

---

UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

---

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ  
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

**ЗБОРНИК РАДОВА  
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

БРОЈ 89 | ГОДИНА LIX | 2020

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

Nº 89 | YEAR LIX | 2020

НИШ, 2020.

# ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

Ниш, 2020.

## 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

## Уредништво

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

Проф. др Невена Петрушић, редовни  
професор Правног факултета  
Универзитета у Нишу

Проф. др Драган Николић, редовни  
професор Правног факултета  
Универзитета у Нишу

Проф. др Мирослав Лазић, редовни  
професор Правног факултета  
Универзитета у Нишу

Проф. др Марина Димитријевић,  
редовни професор Правног факултета  
Универзитета у Нишу

Проф. др Небојша Раичевић, редовни  
професор Правног факултета  
Универзитета у Нишу

Проф. др Душица Миладиновић  
Стефановић, ванредни професор Правног  
факултета Универзитета у Нишу

Др Михајло Цветковић, ванредни  
професор Правног факултета  
Универзитета у Нишу

Сања Ђорђевић Алексовски, асистент  
Правног факултета Универзитета у Нишу

## Научни савет

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

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

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

Др Хајрија Мујовић, научник саветник  
Института друштвених наука у Београду

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

Др Владан Петров, редовни професор  
Правног факултета Универзитета у  
Београду

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

Др Драгољуб Тодић, редовни професор  
Института за међународну политику и  
привреду у Београду

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

## Међународни редакциони одбор

Др Жељко Бартуловић, редовни професор Правног факултета Свеучилишта у Ријеци, Хрватска

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

Dr Mustafa Yasan, доцент Правног факултета, Универзитет "Sakarya", Турска

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

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

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

**Уредник рубрике:** др Михајло Цветковић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

**Секретар Редакционог одбора:** Сања Ђорђевић Алексовски, асистент 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:** Медивест 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, 2020

### **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. Irena Pejić, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

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

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

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

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

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

Prof. Dušica Miladinović Stefanović, Associate Professor, Faculty of Law, University of Niš

Doc. Mihajlo Cvetković, Associate Professor, Faculty of Law, University of Niš

Sanja Đorđević Aleksovski, Teaching Assistant, Faculty of Law, University of Niš

### **Scientific Council**

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

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

Dr Hajrija Mujović, Research Fellow, Institute of Social Sciences, Belgrade, 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 Darko Simović, Full Professor, University of Criminal Investigation and Police Studies Zemun, Belgrade, Serbia

Dr Dragoljub Todić, Full Professor, Institute of International Politics and Economics, Belgrade, Serbia

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

### International Editorial Board

Dr Željko Bartulović, Full Professor, Faculty of Law, University of Rijeka, Croatia

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

Doc. dr Mustafa Yasan, 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 Zlatan Meškić, Associate Professor, Faculty of Law, University of Zenica, Bosnia and Herzegovina

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

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

**Column Editor:** Mihajlo Cvetković, LL.D

**Secretary of the Editorial Board:** Sanja Đorđević Aleksovski

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

**Proofreading:** Aleksandra Gojković (Serbian)

**Layout editor:** Nenad Milošević

**Online Journal editor:** Vladimir Blagojević

**Print:** Medivest Niš

**Circulation:** 120

PUBLICATION CENTRE, Faculty of Law, University of Niš

Trg kralja Aleksandra 11, Niš 18000, Serbia

Telephone: +381 18 500 201,

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

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

<http://www.ebscohost.com/public/legal-source>

<http://home.heinonline.org/titles/Law-Journal-Library/Collection-of-Papers-Faculty-ofLaw-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

### ЉУДСКА ПРАВА И ЕКОЛОШКА ЗАШТИТА / *HUMAN RIGHTS AND ENVIRONMENTAL PROTECTION*

**Војана Ћуčković,**  
State Responsibility for Human Right Violations in cases  
of Transboundary Environmental Harm: A new concept of  
extraterritoriality regarding the application of international  
human rights treaties?..... 15

*Одговорност државе за кршење људских права у  
случају прекограничне еколошке штете – ново  
схватање екстериторијалности у примени  
међународних уговора о људским правима?*

**Mirjana Drenovak-Ivanović,**  
Rights of Individuals and Obligations of the State  
in Protecting Air Quality ..... 35

*Права појединаца и обавезе државе у  
заштити квалитета ваздуха*

**Miroslav Lazić,**  
Neighbours' Rights and Abuse of Rights..... 51  
*Суседска права и злоупотреба права*

**Душица Палачковић,  
Јелена Чановић**  
Бесплатна правна помоћ у контексту права на приступ суду ... 65  
*Free Legal Aid in the context of the Right of Access to Court*

<b>Predrag Cvetković,</b> Liability in the context of Blockchain-Smart Contract Nexus: Introductory Considerations .....	83
<i>Правна одговорност у контексту везе Блокчејн технологије и паметних уговора: уводна разматрања</i>	
<b>Сузана Медар,</b> Однос Келзеновог и Живановићевог схватања одговорности - једна обећавајућа паралела .....	101
<i>The Conception of Legal Responsibility in the opus of Hans Kelsen and Toma Živanović</i>	
<b>Анђелија Тасић, Горан Обрадовић,</b> Последице незаконитог отказа у случају дискриминаторског поступања послодавца.....	119
<i>The Consequences of Termination of Employment Relationship due to Discrimination</i>	
<b>Miloš Prica,</b> Expropriation in a Material Sense.....	139
<i>Експропријација у материјалном смислу</i>	
<b>Ivana Marković, Miloš Zdravković</b> Emotionalization of Criminal Law in the Process of Adopting and Amending Criminal Legislation.....	161
<i>Емоционализација кривичног права у поступку доношења и измене кривичног законодавства</i>	
<b>Helga Špadina,</b> Responsible Employment Policy: Comparative Analysis of Croatian, Swedish and Danish Active Labour Market Policies..	181
<i>Одговорне социјалне политике: упоредна анализа хрватских, шведских и данских активне политике запошљавања</i>	
<b>Višnja Lachner, Jelena Kasap,</b> О temeljima одговорности вјеровника код бесплатних уговора у хрватском средњовјековном праву .....	205
<i>The Foundations of Creditor's Liability in Gratuitous Contracts in Croatian Medieval Law</i>	



<b>Мaja Лукић Радовић,</b> Withdrawal from the European Union: Consequences under EU Law and International Law .....	227
<i>Напуштање еу – последице у складу са правом ЕУ и са међународним правом</i>	
<b>Sanja Gligić,</b> Responsibility of Monks in the context of Law and Society .....	247
<i>Одговорност монаха у правном и друштвеном контексту</i>	
<b>Љубинка Ковачевић,</b> Заштита учесника огласа или конкурса и право на делотворно правно средство у општем режиму радних односа .....	263
<i>Protection of Jobseekers participating in Job Announcements and Advertisements, and the Right to an Effective Remedy in the General Employment Regime</i>	
<b>Слободанка Ковачевић Перић,</b> Одговорност у радном односу – особености дисциплинске одговорности у општем и посебном режиму радних односа .....	285
<i>Responsibility in the Employment Relationship: Distinctive features of disciplinary liability in the general and special employment relations regime</i>	
<b>Јелена Миленковић,</b> Право на приватност из члана 8 Европске конвенције о људским правима и легалност мера епидемиолошког праћења ради сузбијања пандемије вируса Ковид 19.....	303
<i>The Right to Privacy under Article 8 of the European Convention of Human Rights and Legality of Epidemiological Monitoring Measures to combat the Covid-19 Virus Pandemic</i>	
<b>Gordana Damjanović,</b> Pros and Cons of Patenting Stem Cells.....	321
<i>За и против патентирања матичних ћелија</i>	
<b>Срђан Радуловић,</b> (Правни) статус кућних љубимаца и посебна афекција према њима.....	335
<i>Legal Status of Pets and Pretium Affectionis</i>	

**Живорад Рашевић,**

Забрана злоупотребе права у Нацрту Грађанског законика  
Републике Србије .....353

*The Prohibition of Abuse of Rights in the Draft  
Civil Code of the Republic of Serbian*

**Gordana Ignjatović,**

Integrated Communicative Learning Approach in ELP practice:  
Practical application in the context of intra/multi/inter/  
transdisciplinary integration .....369

*Integrisan komunikativni pristup učenju Engleskog jezika  
pravne struke (ELP/LE): Praktična primena u kontekstu intra/  
multi/inter/transdisciplinarnih integrativnih procesa*

## II ПРИКАЗИ / BOOK REVIEWS

ИОМ-УНХЦР Оквирни документ о развоју стандардних  
оперативних процедура за олакшавање идентификације и  
заштите жртава трговине људима (Бојан Стојановић).....391

*IOU-UNHCR Framework document – Developing  
standard operating procedures to facilitate the  
protection of trafficked persons (Bojan Stojanović)*

## III РАДОВИ СТУДЕНАТА ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА / PHD STUDENTS' PAPERS

**Александра Васић,**

Правни третман клаузуле о искоришћавању накнадних  
усавршавања предмета лиценце у уговору о лиценци са  
аспекта права конкуренције Европске уније.....399

*Legal Treatment of Grant-Back Clauses in Licence Agreements  
from the aspect of EU Competition Law*

**Јована Миловић,**

Еутаназија као разлог недостојности за наслеђивање.....415  
*Euthanasia as a Reason for Unworthiness to Inherit*

**Упутство за ауторе**.....435

## Уводна реч

Поштовани читаоци,

У фокусу броја 89/2020 Зборника радова Правног факултета у Нишу налазе се два научна рада из области Еколошког права у којима се анализирају људска права у контексту еколошке заштите. У овом броју налази се део научних радова који су презентовани на Међународној научној конференцији „Одговорност у правном и друштвеном контексту“, одржаној 17-18. септембра, 2020. године на Правном факултету у Нишу. Сви радови испуњавају високе стандарде двоструког анонимног рецензирања у Асистент3 систему онлајн уређивања научног часописа.

Уредништво часописа користи прилику да вас обавести да је наш часопис индексиран у још једном онлајн регистру (Sherpa/Romeo) у коме су представљени часописи са отвореним приступом широм света. На овај начин повећана је видљивост и кредибилитет часописа у оквиру програма подршке лиценцирању SCIndex часописа.

Ниш, фебруар 2021.

*Главни и одговорни уредник  
Проф. др Ирена Пејић*

## **Editor's Introductory Note**

Dear Readers,

This issue of the Collection of Papers of the Law Faculty, University of Niš (89/2019) comprises scientific articles on a range of research topics. The rubric In Focus features two articles in the area of Environmental law, focusing on the analysis of human rights issues in the context of environment protection. The issue includes a number of scientific papers presented at the International Scientific Conference "Responsibility in the Legal and Social Context", held at the Faculty of Law, University of Niš, on 17-18 September 2020. All papers meet the high standards of double-blind peer review in the SCI-Assistant3 online journal editing system.

The Editorial Board would also like to inform you that our LF journal has been indexed in another online register of open access scientific journals (Sherpa/Romeo Database), providing access to open access journal repositories worldwide. It will enhance the visibility and credibility of our LF journal within the support program for licencing SCIndeks journals.

Niš, February 2021

*Prof. Irena Pejić, LL.D.  
Editor-in-Chief*

# І ЧЛАНЦИ

---

---



**Bojana Čučković\*, LL.D.,**  
Associate Professor,  
Faculty of Law, University of Belgrade

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
10.5937/zrpfno-28636

UDK: 342.7:349.6  
341.2

Раđ примљен: 30.09.2020.  
Раđ прихваћен: 02.12.2020.

**STATE RESPONSIBILITY FOR HUMAN RIGHT  
VIOLATIONS IN CASES OF TRANSBOUNDARY  
ENVIRONMENTAL HARM: A NEW CONCEPT OF  
EXTRATERRITORIALITY REGARDING THE APPLICATION  
OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS TREATIES?\***

**Abstract:** *The paper provides an in-depth analysis of the issue of extra-territorial application of human rights treaties in the specific context of transboundary environmental harm. The classic criteria for extraterritorial jurisdiction established through the landmark judgments of the European Court of Human Rights are revisited and compared with the extensive extra-territoriality threshold introduced by the Inter-American Court of Human Rights in its 2017 advisory opinion on environment and human rights. The author examines the features, requirements and limits of the new extra-territoriality threshold which is based on the effective control over intra-territorial activities that result in extraterritorial human rights' violations. The paper attempts to offer arguments for perceiving the new extraterritoriality threshold as a general standard of international human rights, as well as to examine whether it represents a (mis)interpretation of the duty to prevent transboundary environmental harm as a well-established rule of international environmental law. The author also discusses the prospects of expanding the application of the new jurisdictional threshold to other areas not necessarily linked to environmental degradation.*

**Keywords:** *extraterritorial jurisdiction, transboundary environmental harm, human rights, effective control, Inter-American Court of Human Rights, European Court of Human Rights.*

---

\* cuckovic@ius.bg.ac.rs

\*\* This paper is the result of research conducted within the scientific project "Identity Transformation of the Republic of Serbia". supported by the Faculty of Law, University of Belgrade. The paper was presented at the International Scientific Conference "Responsibility in Legal and Social Context", organized by the Faculty of Law, University of Niš, on 18 September 2020.

## 1. Introduction

In November 2017, the Inter-American Court of Human Rights (the Inter-American Court, IACtHR) issued an advisory opinion on the environment and human rights, outlining the scope of obligations of States parties to the American Convention on Human Rights (the American Convention, ACHR) under international environmental agreements, in the context of the right to life and humane treatment. *Inter alia*, the Court addressed the question of whether Article 1 of the American Convention could be construed as making a State party responsible for violations of human rights of persons outside its territory by reason of the environmentally harmful activities with transboundary effects undertaken in the territory of that State. Reaffirming the possibility of the extraterritorial application of the American Convention, the Inter-American Court has gone a significant step beyond the well-established criteria of the European Court of Human Rights (the European Court, ECtHR). In addition to effective control over the territory or persons, the IACtHR has established effective control over intra-territorial activities causing transboundary environmental damage as a valid criteria for the extraterritorial application of the American Convention.<sup>1</sup> The conclusion adopted by the IACtHR seems to confirm the position advocated by prominent international environmental lawyers: since “nuisances do not stop at borders, it makes little sense to treat the victims differently depending on where they happen to live” (Boyle, 2011: 635).

This broader concept of extraterritoriality will first be examined and revised in comparison with the narrow concept inherent in the European system (2). A meticulous analysis of the concept would follow, focusing on its features and limits (3). Given the lack of effective control over the territory or persons as traditional extraterritoriality thresholds, it will be examined whether the obligation to prevent transboundary damage is the sole basis for the extraterritorial application of the American Convention, or whether a general standard of extraterritorial application of this Convention has been affirmed, based on transboundary effects of acts taken within the territory of the State (4). Finally, the concluding remarks will touch upon future prospects of the new extraterritoriality threshold (5).

## 2. Revisiting the concept of extraterritoriality in the application of international human rights treaties

International human rights treaties may be divided into two categories depending on whether they contain a jurisdiction clause. On the one hand, certain treaties, such as the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and the African Charter on Human and People’s Rights, do not contain

---

1 Advisory Opinion OC-23 [2018], § 102.



provisions dealing with the issue of jurisdiction, suggesting that their extraterritorial application is indisputable. On the other hand, most treaties do contain jurisdictional clauses that may limit their extraterritorial applicability.<sup>2</sup> Despite the fact that extraterritoriality is considered to be “a substantive question of the scope of a treaty” and “not a technique of interpretation” (Crawford, Keene, 2020: 945), the meaning and scope of provisions dealing with the issue of jurisdiction have been the subject of constant interpretation by international human rights courts and bodies; it resulted in an ongoing debate among scholars, some of whom qualify it as a “consistent but cautious evolution” (Heiskanen, Viljanen, 2014: 285; Hathaway, 2011: 390) while others criticize it for being inconsistent (Boyle, 2012: 638; Have, 2018: 96). The basic rule that the jurisdiction is primarily territorial but that it can, in exceptional circumstances, be exercised extraterritorially, has mainly been interpreted in a rather restrictive manner so far, with the ECtHR being at the forefront of such restrictive understanding of jurisdiction. However, the advisory opinion of the IACtHR seems to have introduced a novel, quite extensive interpretation of criteria necessary for establishing State party’s jurisdiction for the purposes of applying the provisions of a human rights treaty extraterritorially.

### ***2.1. Standards applied by the European Court of Human Rights – a restrictive concept of extraterritoriality and its applicability in environmental cases***

The ECtHR case-law dealing with the issue of extraterritorial application of the European Convention on Human Rights has been a subject of considerable debate among scholars (Da Costa, 2013:93-252; Goodwin-Gill, 2010:299-300; Gondek, 2005:356-376; Hampson, 2011:178-180; Hathaway, 2011:405-408; Have, 2018:110-113; Wilde, 2010:333-337; Miller, 2010:1225-1241; Lawson, 2004:95-120), a detailed analysis of which surpasses the scope of this paper. *Grosso modo*, criteria established by the ECtHR encompass the effective control over an area test,<sup>3</sup> the test of effective control or authority over persons<sup>4</sup> and, as a variation

---

2 The exact wording may vary from treaty to treaty. For the purposes of this analysis, it is noteworthy to outline the jurisdictional clauses of those international treaties whose interpretation is relevant for considering different issues discussed in this paper. Article 1 of the European Convention on Human Rights provides that States parties “shall secure to everyone within their jurisdiction” the rights and freedoms guaranteed by the Convention. The American Convention on Human Rights obliges the States parties to “ensure to all persons subject to their jurisdiction” the full exercise of the guaranteed rights.

3 *Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)* [1995], § 62; *Cyprus v. Turkey* [2001], § 77-80; *Chiragov and Others v. Armenia* [2015], § 169-171, 186.

4 *Ocalan v. Turkey* [2005], § 91.

of the two – the exercise of public powers normally to be exercised by sovereign government<sup>5</sup>.

None of the cases that have so far served the ECtHR to formulate the relevant criteria for extraterritorial application of the European Convention came even close, both factually and legally, to the situation dealt with by the IACtHR in its advisory opinion. First of all, they all concerned extraterritorial action of States in rather specific areas, such as extraterritorial activities of diplomatic and consular agents,<sup>6</sup> military presence in foreign territory,<sup>7</sup> military, political and economic influence on foreign soil leading to the exercise of effective control,<sup>8</sup> military intervention,<sup>9</sup> extraterritorial acts of state security forces<sup>10</sup> and acts in high seas<sup>11</sup>. The only time when the European Court came close to considering extraterritorial application in environmental cases was in *L.C.B. v. The United Kingdom* and *McGinley and Egan v. The United Kingdom*, in which the Court was to consider the influence of British nuclear testing on the health of service members and their children in the Pacific. However, in both cases, the Court did not consider the issue of extraterritorial application of the European Convention since the applications were declared to be inadmissible for other reasons.<sup>12</sup> Secondly, all of the cases dealing with the issue of extraterritorial jurisdiction of States parties to the European Convention concerned situations in which both the act causing the violation of human rights and the violation itself happened extraterritorially. On the contrary, under the scenario discussed by the Inter-American Court in its 2017 advisory opinion, the action that results in the violation of human rights is exercised intra-territorially whereas extraterritoriality is exclusively the feature of the consequences of such intra-territorial acts. In other words, only one of the two necessary elements happened abroad – the violation of human rights. Thirdly and finally, jurisdiction is conceived by the European Court as a necessary link between the State and the victim. Such link is established either through the effective control of the State over territory beyond its frontiers or through effective control over the victim itself. As rightly noted by certain scholars (Duttwiler, 2012: 152), even the effective control over territory criteria comes down to the control over a particular person since the State actually exer-

---

5 *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom* [2011], § 149.

6 *M. v. Denmark* [1992].

7 *Manitaras and Others v. Turkey* [2008].

8 *Ilascu and Others v. Moldova and Russia* [2004].

9 *Banković and Others v. Belgium and 16 Other Contracting States* [2001].

10 *Ocalan v. Turkey* [2005].

11 *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [2012].

12 *L.C.B. v. The United Kingdom* [1998]; *McGinley and Egan v. The United Kingdom* [1998].

cises control over persons via control over the area in question. It is, however, difficult to conceive how such close and restrictively defined link between the State and the victim is to be fulfilled in cases of State's effective control over intra-territorial activities with extraterritorial consequences.

## ***2.2. Extensive concept of extraterritorial jurisdiction as established by the Inter-American Court of Human Rights***

By carefully reading paragraphs 101 and 102 of the advisory opinion, it may be concluded that the Inter-American Court requires a double degree link between the State and an individual for the purpose of applying the American Convention to cases of transboundary environmental damage. The first link is causal and relates to connecting the environmentally harmful activity carried out within the territory of a State with the "infringement of the human rights of persons outside its territory".<sup>13</sup> The second link refers to the connection between the harmful activity and the State and relies on the effective control that the State in question had over the activity, and thus the possibility to prevent the transboundary harm.<sup>14</sup> In other words, the effective control over the harmful activities serves as an indirect jurisdictional link between the State and the victim.

Therefore, the position taken by the IACtHR essentially redefines and broadens the traditional effective control test in two aspects. Firstly, it not only encompasses the usual understanding of effective control in international human rights law in the sense of its spatial and personal models but also includes the test of State control over the domestic activities with extraterritorial consequences (Banda, 2018), a test that may have serious repercussions for extraterritorial applicability of human rights treaties in numerous fields not necessarily confined to environmental protection. Such an extensive concept of extraterritorial jurisdiction could therefore hardly be qualified as "subtle" (Feria-Tinta, Milnes, 2018: 77). Secondly and less obviously, the IACtHR introduced a double degree jurisdictional link since the State exercises indirect jurisdiction over a person via effective intra-territorial control over harmful activities that caused the human rights violation, as opposed to a single jurisdictional link which is based on direct effective control exercised by a State over the victim.

---

13 Advisory Opinion OC-23[2018], § 101.

14 Advisory Opinion OC-23[2018], § 102.

### ***2.3. Is the extensive concept of extraterritorial jurisdiction a genuine novelty? (Tracing its elements in the case-law of international courts and bodies)***

Through a profound analysis of the abundant case-law of international human rights courts and bodies concerning the issue of extraterritoriality, a hardly noticeable tendency of its gradual widening may be discerned. This leads to a twofold remark. On the one hand, it appears that the extensive concept of extraterritoriality has already been present, at least partially, in the jurisprudence of international courts and bodies that preceded the adoption of the 2017 IACtHR advisory opinion. On the other hand, the concept of extraterritoriality established by the said advisory opinion of the IACtHR could at the same time be considered as a novelty since it actually introduced certain elements that had not been present in the preceding human rights jurisprudence.

The tendency to understand the extraterritoriality threshold in an extensive manner is present both at the universal and regional levels of international human rights protection. The United Nations Human Rights Committee (HRC) held in the 2009 case of *Munaf v. Romania* that “a State party may be responsible for extraterritorial violations of the Covenant, if it is a link in the causal chain that would make possible violations in another jurisdiction”.<sup>15</sup> Whereas the ‘link in the causal chain’ or the so-called effects doctrine appears to be the common feature of the extensive extraterritoriality concept advocated by the IACtHR, it is important to notice that the Committee’s position is not clear with regard to whether it encompasses extraterritorial as well as intra-territorial acts. However, judging by the facts of the case, there is no indication that the Committee had an intention to apply the same threshold to intra-territorial acts with extraterritorial consequences.

When it comes to the American system of human rights protection, the Inter-American Commission on Human Rights has shown a significant level of flexibility with regard to treating cases with extraterritorial dimension in its earlier jurisprudence (Cassel, 2004: 177). Therefore, the advisory opinion may be understood as a tenable continuation of interpreting the provisions of the American human rights instruments in the same manner. The Commission has constantly focused in its analysis on “the State’s control over a specific person *or situation* – not on the State’s control over the territory in which the event occurred” (Hathaway, 2011: 414). In *Saldaño v. Argentina*, the Commission extended the jurisdiction to “acts and *ommissions* of agents *which produce effects* or are undertaken outside that State’s own territory” (italics added by the author).<sup>16</sup>

---

15 *Mohammad Munaf v. Romania* [2009], § 14.2.

16 *Saldaño v. Argentina* [1999], § 17.

The relevance of this position, if compared to the one taken by the IACtHR in the advisory opinion, is obvious for two reasons. First, the Commission focuses not only on acts but also on omissions, which is the expected scenario in cases of effective control over environmentally harmful activities with transboundary effects. Namely, State's jurisdiction will most often be established on the basis of its failure to take effective measures that could have prevented the damage to occur in the first place. Secondly and more importantly, the fact that the Commission used 'or' when it mentioned acts and omissions producing effects outside the territory seems to suggest that not only extraterritorial but also intra-territorial acts with extraterritorial consequences count. Despite these similarities between the Commission and the Court in understanding the extraterritoriality threshold, the advisory opinion has definitely brought added value. The extensive concept of extraterritoriality has been specified further by the Court which, on the one hand, explicitly extended its applicability to human rights violations caused by transboundary environmental harm and, on the other, provided more precise requirements to be met for the American Convention to be applied extraterritorially in such specific circumstances.

Last but not least, the traces of the extensive extraterritoriality threshold seem to be present even in the case-law on extraterritoriality of the restrictively oriented ECtHR. The relevant case is *Andreou v. Turkey*, a case that concerned an applicant who was shot, while being in the UN buffer zone, by Turkish Cypriot troops firing from the territory of the Turkish part of Cyprus. Turkey claimed that the applicant was not within its jurisdiction for the purposes of Article 1 of the European Convention. However, the European Court disagreed. The Court found that "even though the applicant sustained her injuries in territory over which Turkey exercised no control, the opening of fire on the crowd from close range, which was the direct and immediate cause of those injuries, was such that the applicant must be regarded as 'within the jurisdiction' of Turkey within the meaning of Article 1".<sup>17</sup> The so-called cause and effect criteria, an element of the extensive concept proclaimed in the IACtHR's advisory opinion is definitely present even in the ECtHR jurisprudence. What is more, the *Andreou* case is the only example in which an intra-territorial act with extraterritorial consequences was considered to meet the threshold necessary to establish jurisdiction of the State over a human rights victim. However, its applicability to transboundary environmental damage is questionable since the Court seems to consider 'close range' of the harmful act and the immediateness as important features of the case. Should this suggest that long-range transboundary harm and harm which is not immediately felt are out of the question?

---

<sup>17</sup> *Andreou v. Turkey* [2008], p. 11.

It may be concluded that novel elements introduced by the advisory opinion are three-fold: substantial, content-related and spatial. Substantially, the extraterritoriality concept established by the IACtHR does not require effective control either over the territory or the person, only the effective control over activities which is added to the already present cause and effect requirement. This means that contrary to the scarce examples outlined above, the causal link will not establish extraterritorial jurisdiction in transboundary environmental harm situations unless there is effective control of the State over harmful activities. In other words, both elements need to be cumulatively present in order to establish the jurisdictional link. As regards the type of situations to which the extensive concept may apply, the novelty concerns it being reserved, at least for the moment, to transboundary environmental harm that results in human rights violations. Spatially, with the exception of the *Andreou* case as the only example, extraterritoriality was a feature of the consequences, not the act that caused human rights violations. Therefore, instead of a cumulative extraterritoriality of both the cause and the consequence, according to the new concept it appears to suffice that extraterritoriality relates to consequences only.

### **3. Specificities and limits of the extensive concept of extraterritoriality**

In addition to the features of the extensive concept of extraterritoriality that have just been analyzed in the previous section for the purpose of presenting its basic elements, other specific characteristics of the new concept are identified. The IACtHR's qualification of the new extensive concept as exceptional leaves room for critique since exceptions are to be interpreted restrictively, not extensively.

#### ***3.1. Additional characteristics of the new extraterritoriality concept***

Two additional and mutually inter-related features of the extensive concept of extraterritoriality may be identified. Firstly, the victim of human rights violation is not, at any time whatsoever, under the jurisdiction of the State in the way understood in the current restrictive case-law. As already explained, the victim is located extraterritorially at the moment when the violation happens, whereas the harmful activity takes place in the territory of the State. A parallel may be drawn with the *Soering* type of cases in which the violation of a guaranteed right happens outside State's territory, through the act of refoulement which is decided and executed within State's territory.<sup>18</sup> Although *Soering* type of cases is not considered as an example of the extraterritorial application of human rights treaties (Council of Europe, 2012: 113; Gondek, 2005: 355) but of "extraterritorial effect" (Janik, Kleinlein, 2009: 488-489), the State in question

---

18 *Soering v. The United Kingdom* [1989].

becomes responsible for exposing a person to a risk of his guaranteed rights being violated by a third State irrespectively of whether the violation actually happens. What distinguishes such cases from the transboundary environmental harm type of cases is the fact that the victim of human rights violations in the latter case has at no time been in the territory or within direct jurisdiction of the State. The jurisdictional link is indirect and depends on the exercise of State's effective control over the harmful activity. Secondly, there is no exercise of public authority *stricto sensu*, a feature of the jurisdictional link based on either the effective control over persons, which is quite obvious, or, less visibly, the effective control over territory. However, a valid argument may be raised that the State actually did exercise elements of public authority at the very moment when it failed to take appropriate measures to prevent the occurrence of transboundary environmental harm and, consequently, of human rights violations. In other words, failure to effectively control the harmful activities carried out in the territory of the State can be qualified as an indirect exercise of public authority over persons situated outside its territory. Such an interpretation of State's omissions with regard to environmental harm that occurs within the territory of the State is indisputable even in the ECtHR practice (Krstić, Čučković, 2015:173-177).<sup>19</sup> It is not clear why this logic should change if environmental damage crossed national borders.

### ***3.2. Exceptionality v. extensiveness – what are the limits of the new concept?***

Quite curiously, the IACtHR shares the position of its European colleagues that “the situations in which the extraterritorial conduct of a State constitutes the exercise of its jurisdiction are exceptional and, as such, should be interpreted restrictively”.<sup>20</sup> However, the IACtHR departed from the ECtHR by assessing the situation of transboundary environmental damage as satisfying the exceptionality requirement and thus obviously “lowering the exceptional circumstances threshold” (Heiskanen, Viljanen, 2015). The question remains: what are the

---

<sup>19</sup> It is indicative that, in *Fadeyeva v. Russia* case, the ECtHR considered the link between the State and the dangerous activity to be irrelevant. In fact, Russia did not own, control or operate the steel plant which was the source of pollution. However, the Court assigned significance to the fact that Russia failed to apply effective measures to protect the rights of persons affected by pollution. *Fadeyeva v. Russia* [2005], § 89. Application of effective measures may depend on the case circumstances. However, it obviously encompasses an assessment of whether the State failed to meet its environmental obligations to govern, set-up, operate and supervise the hazardous activity and to “make it compulsory for all those concerned to take practical measures to ensure the effective protection” of human rights. *Di Sarno and Others v. Italy* [2012], § 106. Acts taken by the State in order to apply environmental regulations, as well as a failure to do so, most certainly imply an exercise of public authority.

<sup>20</sup> Advisory Opinion OC-23[2018], § 81.

limits of the extensiveness of the new concept of extraterritoriality, i.e. how to further interpret an essentially extensive concept in a restrictive manner?

The parameters of the answer are partially provided by the IACtHR itself, and are twofold. One set of limitations is contained in the standard of significant environmental damage, whereas the other is determined according to the violated human rights criterion.

The IACtHR is clear: not every negative impact gives rise to jurisdiction and consequently to responsibility.<sup>21</sup> Taking into account that the entire advisory opinion was tailored under an immense influence of the rules of international environmental law, both customary and conventional, it did not come as a surprise that the IACtHR opted for the significant transboundary harm standard.<sup>22</sup> However, the Court made a number of unexpected and rather venturous contributions to the interpretation of the said standard. First of all, the Court took the position that “any harm to the environment that may involve a violation of the rights to life and to personal integrity (...) must be considered significant harm”.<sup>23</sup> It goes without saying that such a statement would significantly simplify the otherwise complex process of proving that the significant damage threshold has been reached. Secondly, the Court expanded the notion of significant transboundary damage to encompass not only real but also possible damage.<sup>24</sup> In this regard, the Court was under an obvious influence of the precautionary principle as one of the most relevant guiding principles of international environmental law, a principle that has so far been rather cautiously used before other international courts and bodies (Krstić, Čučković, 2015: 176).

On the other hand, in line with considerations of the ‘tailor and divide’ approach previously discussed in the jurisprudence of the EctHR (Gondek, 2005: 369; Hampson, 2011: 171), the Court thought it pertinent to address the relationship between the extent of jurisdiction and the scope of protected human rights. As stressed by some scholars (Have, 2018: 93), in case a State exercises jurisdiction over a person, the same rights and obligations are owed by the State irrespective of whether the jurisdiction is territorial or extraterritorial. However, in cases of extraterritorial jurisdiction, there may be factors that disable States parties to ensure human rights in the same way as within their territory, just as they may not be in a position to ensure all rights guaranteed by the treaty in question. It is doubtful whether the IACtHR shares that view. It explicitly stated that extensive concept of extraterritoriality applies to the rights to life and personal integrity

---

21 Advisory Opinion OC-23[2018], § 102.

22 Advisory Opinion OC-23[2018], § 135-139.

23 Advisory Opinion OC-23[2018], § 140.

24 Advisory Opinion OC-23[2018], § 180.



to which Colombia referred to in its request for advisory opinion, while it did not exclude its applicability to other human rights qualified in the advisory opinion “as being particularly vulnerable in the case of environmental degradation”.<sup>25</sup> Such a position, although criticised for leaving the door wide open for claims dealing with a whole range of rights (Berkes, 2018:3-4), can be explained by the fact that the State actually exercised control over activities carried out within its territory, thus partially equating this situation with circumstances inherent to cases of regular territorial jurisdiction. Therefore, since the State exercised full control over its territory and activities carried out within it, there seems to be no reason to limit the extraterritorial occurrence of transboundary consequences to the violation of certain human rights only.

It may be concluded that the Court does not seem to intend to continue treating extraterritorial obligations and claims as exceptional (Feria-Tinta, Milnes, 2016: 80) but instead perseveres in further expanding the limits of the concept by determining them in rather broad terms.

#### **4. Extraterritoriality within or beyond jurisdiction?**

Effective control over intra-territorial activities with transboundary consequences has been perceived by the legal doctrine both as a new link to establish extraterritorial jurisdiction and as an application of the customary no-harm rule. Although valid arguments can be found to support both stances, it appears that the most acceptable position combines elements of both.

##### ***4.1. The extensive extraterritoriality threshold as a general standard of jurisdiction?***

According to the first position (Banda, 2018; Berkes, 2018: 1), the IACtHR has created a new extraterritoriality threshold based on effective control over intra-territorial activities, in addition to effective control over an area and effective control over persons. However, can it be considered as a general human rights standard?

Certain scholars advocated such an understanding of the term ‘jurisdiction’ contained in jurisdictional clauses of human rights treaties long before the IACtHR’s advisory opinion saw the daylight. Boyle believes that, in cases of transboundary pollution, victims “fall within the ‘jurisdiction’ of the polluting State – in the most straightforward sense of legal jurisdiction”, thus subsuming the effective control over activities criterion within classical thresholds for extraterritorial

---

<sup>25</sup> Advisory Opinion OC-23[2018], § 243. The Court included into this list the right to property, right to private life, right to health, water, food, and right not to be internally displaced.

jurisdiction (Boyle, 2012: 638). Besson takes the position that the notion of jurisdiction should not be “conceived differently depending on whether it applies inside or outside the territory of a State party” (Besson, 2012: 866). If this argument is applied to the specific circumstances of environmentally harmful activities, it appears that the State does not exercise direct effective control over persons whose rights are violated as a consequence of pollution even when those persons are located on its own territory. In other words, the necessary link between a State and a particular person whose rights are infringed within that State’s territory is also based on the effective control over harmful activities criterion. Why should a different criterion be applied if the pollution reaches victims beyond borders?

In addition, if the three extraterritoriality criteria are compared, it is obvious that the determinant ‘effective control’ is their common element, whereas they are distinguished by the objects of control, i.e. whether the control is exercised over territory, persons or activities. If control is perceived as “a notion that concerns the enforcement of a State’s directives or orders”, whereas a directive or order are understood as “a means to prescribe” someone’s conduct, it may be concluded that effective control actually refers to “a State’s capacity to enforce its directives”, i.e. its legislation (Duttwiler, 2012: 160). Setting things up this way, there is no crucial difference between the classical effective control over territory and person criteria and a new one having activities as the object of State’s control. The point is that all three are capable of satisfying the necessary link between the State and the victim since in all three cases it is the enforcement of State’s legislation, regulations or orders, either through acts or omissions, that result in the extraterritorial infringement of human rights. Such an understanding is in line with Hampson’s interpretation of the relevant case-law of the ECtHR. Namely, the Court referred to the exercise of all or some of the public powers normally to be exercised by the State as the appropriate threshold to be applied in order for the activity to be an exercise of jurisdiction (Hampson, 2011: 179). Regulating hazardous activities, issuing relevant licenses, as well as supervising them, is, without any doubt, a prerogative of the State; thus, the exercise of public powers through which a victim of their transboundary consequences may be considered to be within State’s jurisdiction.

A valid argument is offered by Boyle who claims that the non-discrimination principle demands that victims of environmental harm, both within and beyond State’s borders, should be treated equally and allowed the protection afforded by international human rights treaties. The author considers that claiming that the State has no obligation to take effective preventive measures, simply because the effects of activities carried out within its territory are extraterritorial, is not compelling (Boyle, 2012: 639-640). Similarly, a State would easily escape

responsibility for human rights violations, although it undertook to respect and ensure them, if the obligation ceases at the national boundaries (Feria-Tinta, Milnes, 2016: 75). Or, in quite abstract terms, it would be a paradox “to accentuate the fundamental, universal, and absolute character of human rights provisions and to simultaneously keep them within the frontiers of the concept of State jurisdiction” (Kanalán, 2018: 59).

#### **4.2. Duty to prevent transboundary environmental damage as a criterion for extraterritorial application of human rights treaties?**

According to the second proposition, the advisory opinion did not establish a new link for extraterritorial jurisdiction; it simply interpreted the due diligence obligation to prevent transboundary environmental harm in a manner to provide an additional, extraterritorial scope of human rights to life and humane treatment, and, at the same time, “effectively conflated the extraterritoriality threshold with the obligation to prevent transboundary damage” (Vega-Barbosa, Aboagye, 2018: 296). This line of reasoning stems from the sentence included in paragraph 102 of the Advisory opinion in which the IACtHR provided that “the potential victims of the negative consequences of such activities are under the jurisdiction of the State of origin for the purposes of the *possible responsibility of that State for failing to comply with its obligation to prevent transboundary damage*” (italics added by the author).<sup>26</sup>

A number of arguments may be raised in favour of this second option, some of which relate to a confusion between criteria for establishing extraterritorial jurisdiction and conditions for establishing State responsibility for internationally wrongful acts.

First of all, the IACtHR is speaking of State responsibility for the violation of the duty to prevent transboundary harm, not the duty to respect and ensure human rights guaranteed by the ACHR. In case this is so, effective control over activities may be qualified as a condition of attribution, as an element of State responsibility, not as a criterion of extraterritorial jurisdiction. However, in cases of transboundary environmental harm, the effective control is not the appropriate condition to be applied for the purposes of attribution since the State is responsible for the conduct of its own organs, not the acts of private entities that actually caused transboundary pollution.

Secondly, there needs to be a specific relationship between a State party and an individual for the application of duties with regard to human rights to arise. In line with this argument, it might be that the IACtHR was “too quick to assimilate

---

<sup>26</sup> Advisory Opinion OC-23[2018], § 102.

it to some kind of mere factual power or control test for some, or to a mere capability to respect human rights requirements for other“ (Besson, 2012: 859). As previously noted, the IACtHR requires that the State “is in a position to prevent“ hazardous activities from causing transboundary harm, thus implying that State’s capability is among the conditions for the new jurisdictional threshold. However, Besson believes that “state jurisdiction is not merely about feasibility or capability“ to respect human rights and that the “question of the concrete feasibility of duties only arises once jurisdiction has been established and the abstract rights recognized“ (Besson, 2012: 868). Again, it would seem that the IACtHR conflated the jurisdictional threshold with the other condition for State responsibility – a breach of an international obligation.

Thirdly, not only the effective control and capability but causality as well might serve as an argument in favour of the hypothesis that the Court conflated jurisdiction requirements with conditions for establishing State responsibility. If cause and effect relationship is perceived as a requirement for extraterritorial jurisdiction, it would imply that “every directly and immediately caused harmful result amounts to an exercise of jurisdiction“, which is hardly the case (Duttwiler, 2012: 153-154). As a counterargument, it must also be acknowledged that the IACtHR does not perceive causality as the only extraterritoriality threshold, but requires other conditions to be met cumulatively. In other words, not every act or omission with transboundary consequences would lead to establishing extraterritorial jurisdiction, only those that can be qualified as acts of State authority, whereas the State had at its disposal certain measures to prevent the transboundary effects from occurring.

#### ***4.3. A compromise – combining the elements of the two positions***

As seen from the considerations discussed above, each of the arguments offered in favour of either the first or the second proposition is rebuttable. Therefore, a compromise based on certain elements of both approaches appears to be the most acceptable position.

On the one hand, effective control over intra-territorial environmentally harmful activities does represent a link for establishing extraterritorial jurisdiction of the State over the victim of human rights violations for the purposes of applying the ACHR, in addition to the two already firmly established criteria of effective control over territory and persons. On the other hand, duty to prevent transboundary harm is of relevance, but not in the context of establishing jurisdiction. The IACtHR profitted from the no-harm rule of international environmental law for the purposes of interpreting the content of specific human rights. The Court is quite explicit when it concludes that “although the principle of prevention in

relation to the environment was established within the framework of inter-State relations, the obligations that it imposes are similar to the general duty to prevent human rights violations".<sup>27</sup> In other words, rules of international environmental law provided precise content to human rights by defining very concrete negative and positive environmental obligations of States parties to the ACHR.<sup>28</sup>

However, the two elements are not equally represented in positive international systems of human rights protection. Whereas the additional threshold for the extraterritorial application of international human rights treaties is limited to the inter-American system (at least for the time being), the environmental dimension of human rights has been recognized by both universal and regional systems of human rights protection, all of which (with some minor differences) accept that human rights imply concrete negative and positive environmental duties. The only novelty in this regard, but a very significant one, is the IACTHR's position that positive environmental obligations exist not only in the context of environmental harm caused within but also outside State's borders and, most importantly, that victims of human rights breaches caused by environmental nuisances have the capacity to initiate proceedings before an international court.

## 5. Concluding remarks

First, the question is raised whether the extensive criterion for extraterritorial jurisdiction has the potential to develop into a general standard applicable in other systems of human rights protection, both universal and regional, and to expand to other areas of environmental degradation and even beyond environmental scenarios. Within the ambits of environmental protection, it is sensible to expect its applicability not only with regard to classic examples of cross-border pollution, such as pollution by hazardous substances of rivers or air, but also with regard to damage induced by global environmental threats, i.e. global warming and climate change. Although the causality condition will most surely be difficult to prove in such situations, the third extraterritoriality threshold opens the door towards international mechanisms that have so far been closed for victims of human rights violations caused by climate change.

Next, can it be expected that the effective control over activities criterion expands to other activities beyond the sphere of degradation of the environment? For example, why shouldn't the same principle be applied to situations concerning the use of drones without an exercise of jurisdiction in the classic sense, or surveillance over persons situated abroad by activities carried out in the territory of a State, even the activities of multinational corporations abroad? The HRC's

---

<sup>27</sup> Advisory Opinion OC-23[2018], § 133.

<sup>28</sup> Advisory Opinion OC-23[2018], § 123-241.

Concluding Observations on the fourth periodic report of the United States of America quite curiously demand that the USA should “*take all necessary measures to ensure that its surveillance activities, both within and outside the United States, conform to its obligations under the Covenant, (...) regardless of the nationality or location of the individuals whose communications are under direct surveillance*” (italics added by the author).<sup>29</sup> Though Kanalan understands this position of the HRC to be a confirmation that “human rights obligations of the US exist extraterritorially regardless of the exercise of jurisdiction” (Kalanal, 2018: 52), the HRC’s conclusion can also be interpreted as expanding the threshold for exercising extraterritorial jurisdiction in the manner to encompass effective control over intra-territorial activities.

As already explained, elements of the new jurisdictional link can be found in the case-law of other international courts and bodies, which may suggest that (with the stimulus from the latest developments) its application might expand to other international bodies as well. Besides, there has so far been strong “evidence of convergence in the environmental case law and a cross-fertilization of ideas between the different human rights systems” (Boyle, 2012: 614). In this regard, let us hope that the analyzed advisory opinion would serve as an occasion for further cross-fertilization with respect to the issue of extraterritoriality even before the conservative ECtHR.

## References

Banda, M.L. (2018). Inter-American Court of Human Rights’ Advisory Opinion on the Environment and Human Rights. *ASIL Insights*. 22 (6). Washington DC: American Society of International Law. Retrieved 12 February 2020, from <https://www.asil.org/insights/volume/22/issue/6/inter-american-court-human-rights-advisory-opinion-environment-and-human>

Berkes, A. (2018). A New Extraterritorial Jurisdictional Link Recognised by the IACtHR. *EjilTalk*. [Electronic version]. Retrieved 15 March 2020, from <https://www.ejiltalk.org/a-new-extraterritorial-jurisdictional-link-recognised-by-the-iacthr/>

Boyle, A. (2012). Human Rights and the Environment: Where Next?. *European Journal of International Law*. 23 (3). 613-642

Cassel, D. (2004). Extraterritorial Application of Inter-American Human Rights Instruments. In Coomans, F., Kamminga, M.T. (eds), *Extraterritorial application of human rights treaties*. (175-181). Antwerp: Intersentia

---

<sup>29</sup> CCPR/C/USA/CO/4 [2014], 9-10.

- Council of Europe (2012). *Manual on Human Rights and the Environment*, (2012)
- Crawford, J., Keene, A. (2020). Interpretation of the human rights treaties by the International Court of Justice. *The International Journal of Human Rights*. 24 (7). 935-956
- Da Costa, K. (2013). *The Extraterritorial Application of Selected Human Rights Treaties*. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Duttwiler, M. (2012). Authority, Control and Jurisdiction in the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights. *Netherlands Quarterly of Human Rights*. 30 (2). 137-162
- Feria-Tinta, M., Milnes, S.C. (2018). The Rise of Environmental Law in International Dispute Resolution: The Inter-American Court of Human Rights Issues a Landmark Advisory Opinion on the Environment and Human Rights. *Yearbook of International Environmental Law*. 27 (1). 64-81
- Gondek, M. (2005). Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights: Territorial Focus in the Age of Globalization? *Netherlands International Law Review*. 52 (3). 347-387
- Goodwin-Gill, G.S. (2010). The Extra-territorial Reach of Human Rights Obligation: a Brief Perspective on the Link to Jurisdiction. In Gowlland-Debbas, V., Boisson de Chazournes, L. (eds), *International law and the quest for its implementation = Le droit international et la quête de sa mise en oeuvre: liber amicorum Vera Gowlland-Debbas* (293-308). Leiden: Brill
- Hampson, F. (2011). The Scope of the Extra-territorial Applicability of International Human Rights Law. In Gilbert, G., Rodley, N. (eds), *The delivery of human rights: essays in honour of Professor Sir Nigel Rodley* (157-182). London: Routledge
- Hathaway, O. (2011). Human Rights Abroad: When Do Human Rights Treaty Obligations Apply Extraterritorially? *Arizona State Law Journal*, 43 (2). 389-426
- Have, N. van der. (2018). *The prevention of gross human rights violations under international human rights law*. The Hague: Asser Press.
- Heiskanen, H.E., Viljanen, J. (2014). Reforming the Strasbourg Doctrine on Extraterritorial Jurisdiction in the Context of Environmental Protection. *European Law Reporter*. 11. 285-295
- Janik, C., Kleinlein, T. (2009). When Soering Went to Iraq....: Problems of Jurisdiction, Extraterritorial Effect of Norm Conflicts in Light of the European Court of Human Rights' Al-Saadoon Case. *Goettingen Journal of International Law*. 1 (3). 459-518

Kanalan, I. (2018). Extraterritorial State Obligations beyond the Concept of Jurisdiction. *German Law Journal*. 19 (1). 43-63

Krstić, I., Čučković, B. (2015). Procedural Aspects of Article 8 of the ECHR in Environmental Cases – The Greening of Human Rights Law. *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*. LXIII (3). 170-189

Lawson, R. (2004). Life After Banković: on the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights. In Coomans, F., Kamminga, M.T. (eds), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties* (83-123). Antwerp: Intersentia.

Miller, S. (2010). Revisiting Extraterritorial Jurisdiction: A Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention. *European Journal of International Law*. 20 (4). 1223-1246

United Nations Human Rights Committee/HRC (2014), Concluding observations on the fourth periodic report of the United States of America, Adopted by the Committee at its 110th session (10–28 March 2014), CCPR/C/USA/CO/4, 9-10

Vega-Barbosa, G., Aboagye, L. (2018). A Commentary on the Advisory Opinion of the Inter-American Court of Human Rights on the Environment and Human Rights. DPCE on line. [Electronic version]. Retrieved 31 January 2020 from <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/506>. 291-298

Wilde, R. (2010). Compliance with Human Rights Norms Extraterritorially: Human Rights Imperialism? In Gowlland-Debbas, V., Boisson de Chazournes, L. (eds), *International law and the quest for its implementation = Le droit international et la quête de sa mise en oeuvre: liber amicorum Vera Gowlland-Debbas* (319-348). Leiden: Brill

#### *Case law*

EComHR, *Soering v. The United Kingdom*, Application No. 14038/88, Judgment of 7 July 1989

EComHR, *M. v. Denmark*, Application No. 17392/90, decision of 14 October 1992

ECtHR, *Loizidou v. Turkey (Preliminary Objections)*, Application No. 15318/89, Judgment of 23 March 1995

ECtHR, *L.C.B. v. The United Kingdom*, Application No. 14/1997/798/1001, Judgment of 9 June 1998

ECtHR, *McGinley and Egan v. The United Kingdom*, Application Nos. 21825/93 and 23414/94, Judgment of 9 June 1998



ECtHR, *Cyprus v. Turkey*, Application No. 25781/94, Judgment of the Grand Chamber of 10 May 2001

ECtHR, *Banković and Others v. Belgium and 16 Other Contracting States*, Application No. 52207/99, Decision of the Grand Chamber on admissibility of 19 December 2001

ECtHR, *Ilascu and Others v. Moldova and Russia*, Application No. 48787/99, Judgment of the Grand Chamber of 8 July 2004

ECtHR, *Fadeyeva v. Russia*, Application No. 55723/00, Judgment of 9 June 2005

ECtHR, *Ocalan v. Turkey*, Application No. 46221/99, Judgment of the Grand Chamber of 12 May 2005

ECtHR, *Andreou v. Turkey*, Application No. 45653/99, Decision on admissibility of 3 June 2008

ECtHR, *Manitaras and Others v. Turkey*, Application No. 54591/00, Decision on Admissibility of 3 June 2008

ECtHR, *Al-Skeini and Others v. the United Kingdom*, Application No. 55721/07, Judgment of the Grand Chamber of 7 July 2011

ECtHR, *Di Sarno and Others v. Italy*, Application No. 30765/08, Judgment of 10 January 2012

ECtHR, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, Application No. 27765/09, Judgment of the Grand Chamber of 23 February 2012.

ECtHR, *Chiragov and Others v. Armenia*, Application No. 13216/05, Judgment of 16 June 2015

HRC, *Mohammad Munaf v. Romania*, CCPR/C/96/D/1539/2006, 21 August 2009

IACoMHR, *Saldaño v. Argentina*, Report N. 38/99, Inter-American Commission on Human Rights (IACHR), 11 March 1999

IACtHR, *The Environment and Human Rights (State Obligations in Relation to the Environment in the Context of the Protection and Guarantee of the Rights to Life and to Personal Integrity – Interpretation and Scope of Articles 4(1) and 5(1) of the American Convention on Human Rights)*, Advisory Opinion OC-23/18, Inter-Am. Ct. H.R., (ser. A) No. 23 (Nov. 15, 2017)

**Др Бојана Чучковић,**  
Ванредни професор Правног факултета,  
Универзитет у Београду

**ОДГОВОРНОСТ ДРЖАВЕ ЗА КРШЕЊЕ ЉУДСКИХ ПРАВА  
У СЛУЧАЈУ ПРЕКОГРАНИЧНЕ ЕКОЛОШКЕ ШТЕТЕ –  
НОВО СХВАТАЊЕ ЕКСТЕРИТОРИЈАЛНОСТИ У ПРИМЕНИ  
МЕЂУНАРОДНИХ УГОВОРА О ЉУДСКИМ ПРАВИМА?**

**Резиме**

У саветодавном мишљењу о људским правима и животној средини које је усвојио крајем 2017. године, Међуамерички суд за људска права се бавио питањем да ли држава уговорница Америчке конвенције о људским правима може да одговара за повреде људских права особа које се налазе ван њене територије, а које су настале као последица еколошки штетних активности са прекограничним последицама које су предузете у оквиру територије државе и над којима је држава вршила стварну контролу. Рад пружа детаљну анализу позитивног одговора Међуамеричког суда и пореди га са рестриктивним схватањем критеријумима за заснивање екстериторијалне надлежности које је настало у пракси Европског суда за људска права. Аутор, између осталог, закључује да став Међуамеричког суда редеофинише традиционални тест стварне контроле над територијом или особама и то у неколико аспеката. Нови елементи које уводи Суд се квалификују као тројаки – у суштинском, садржинском и просторном смислу. Предмет анализе је и природа новог концепта. У раду се стога истражује да ли се екстензивни концепт екстериторијалности може сматрати општим стандардом међународног права људских права, или је у питању (не)исправно тумачење обавезе спречавања прекограничне еколошке штете као једног од најважнијих правила међународног еколошког права. Аутор с тим у вези нуди бројне аргументе како у прилог тако и против сваке од две тезе, да би потом, као најприхватљивије, изнео компромисно решење засновано на одабраним елементима оба приступа. Коначно, у раду су размотрени и изгледи за даље ширење екстензивног концепта екстериторијалности на области које нису нужно у вези са заштитом животне средине, као и у друге системе заштите људских права, како универзалне тако и регионалне.

**Кључне речи:** екстериторијална надлежност, прекогранична еколошка штета, људска права, стварна контрола, Међу-амерички суд за људска права, Европски суд за људска права.

**Mirjana Drenovak-Ivanović,\* LL.D.,**  
Associate Professor,  
Faculty of Law, University of Belgrade,  
Jean Monnet Chair in European Environmental Law

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД  
10.5937/zrpfno-28616

UDK: 349.6  
502.3(4-672EU:497.11)  
Раđ примљен: 29.09.2020.  
Раđ прихваћен: 14.12.2020.

## **RIGHTS OF INDIVIDUALS AND OBLIGATIONS OF THE STATE IN PROTECTING AIR QUALITY\*\***

**Abstract:** *The paper analyses the status of international agreements in the field of air protection, aiming to interpret the discord between the adopted legal standards and their application. Having in mind the harmonisation process of Serbian law with the EU law, the author further analyzes the obligations of Member States arising from Directive 2008/50/EC on Ambient Air Quality and Cleaner Air for Europe, the developed practice of the CJEU which embodies elements determining the rights of individuals to initiate a procedure for protecting the right to a healthy environment if states do not adopt an air quality action plan, as well as the measures that domestic courts may prescribe to ensure the implementation of decisions establishing the obligation to implement measures for reduction of emissions above the limit values. The concluding sections analyse the degree of harmonisation of our positive law with the adopted standards and the environmental acquis. Having in mind a substantial number of cases related to air protection in the practice of the Serbian Protector of Citizens (Ombudsman), the analysis of the application of recommendations arising from these cases may suggest the degree of harmonisation of commitments and their application, and serve as an instrument for amending positive law.*

**Keywords:** *right to clean air, active legal standing of individuals in drafting air quality action plans; state responsibility for transboundary air pollution; CJEU role in direct application of the Directive on Ambient Air Quality and Cleaner Air for Europe.*

---

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

\*\* The paper is the result of research activities under Jean Monnet Chair in European Environmental Law, organized with the support of the Erasmus+ Programme of the European Union. The paper was presented at the International Scientific Conference "Responsibility in the Legal and Social Context", organized by the Faculty of Law, University of Nis, on 18 September 2020.

## 1. Introduction

Environmental law regulates legal relations between individuals, the state and individuals, and between states, in matters involving unacceptable environmental quality or a threat of possible disturbance of the reached level of environmental quality. Such issues affect local communities (e.g. construction of a small hydropower plant), residents of one country (e.g. groundwater quality which can only be affected on the territory of that country), several countries (e.g. countries that share the course of the same river), or they can be of a global nature (e.g. climate change or the state of the ozone layer). One of the issues that is both local and global is the issue of air pollution. The elements which are taken into account when establishing the criteria for acceptable air quality are determined by laws and accompanying by-laws. Therefore, in the field of air protection the basis of the legal framework is found in domestic law. However, air is the medium of the environment that illustrates in the best way the interdependence of frameworks governing emissions management and air quality monitoring in different countries. The extent of unsatisfactory air quality impact on human health at the global level is illustrated by the World Health Organization data, stating that 4.2 million people die prematurely every year due to exposure to polluted air (Dechezleprêtre, *et al.* 2019: 44).

Back in the 1930s, the UK saw the development of a regulatory framework that was supposed to ensure a better control of emissions and improvement of air quality. One of the key bases for further development was the need to keep the existing industrial plants in the local communities, but to provide those communities with cleaner air by introducing new technology. They found the solution in introducing a new method of releasing emissions based on the high stacks concept. High stacks enabled industrial plants and thermal power plants to release emissions at high positions, which provides possibility of mixing emissions with air that carries currents of pollution above the zones that local population is susceptible to. Although the effect had been achieved in the medium term in local communities and air quality was improved, this, however, led to deforestation and significant water pollution in lakes across Germany and Scandinavia, registered throughout the decade from the 1960s to the 1970s (Fisher, *et al.*, 2003: 605). New research shows that emissions from thermal power plants located in the Western Balkans are not restricted to the region, but also greatly affect air quality in the EU (HEAL, 2019). This opened the question of transboundary impact of emissions on air quality and led to the development of a large number of agreements binding on Serbia.

Data underlined by the European Environment Agency (EEA) in its annual reports reveal the impact of emissions on public health in Serbia (EEA, 2017).

The recently published report of the Environmental Protection Agency (EPA) of Serbia on the state of air quality in 2019 shows that excessive air pollution was recorded in all agglomerations. The Agency assessed the quality of air as that of category III (EPA, 2020)

The presented data, both at the global and national level, raise the following question: which international acts serve as the basis for the responsibility of a state for the air quality on their territory, as well as the responsibility for transboundary emissions? Therefore, the first part of the paper is dedicated to the analysis of ratified international agreements that have a considerable impact on further development of this field of environmental law. Bearing in mind that an obligation of harmonisation with EU law arises from the Stabilization and Association Agreement between the EU and Serbia (2009), in the second part of the paper, we consider the application of the environmental *acquis* in the field of air protection and recent decisions in infringement procedures, in order to draw conclusions about the rights of individuals which could affect air quality. The question then arises regarding the obligatory activities of the state if the measurement results show that the prescribed limit and tolerance values have been exceeded in one or more pollutants to the extent that the air is excessively polluted. Therefore, the third part of the paper is dedicated to the analysis of domestic legal framework and practice of the Protector of Citizens (Ombudsman) of the Republic of Serbia in order to identify elements that have an impact on the consistent application of the domestic legal framework that guarantees air quality protection.

## **2. Status of international agreements in the field of air protection: between ratification and implementation practice**

The field of environmental law that refers to the protection of air quality contains numerous sources. Depending on the object of protection, we can group them into those that dominantly regulate the values of concentrations of certain particles (PM10 and PM 2.5 particles, sulphur dioxide, nitrogen dioxide, etc.), which determine the consequences of air quality on public health. The second group consists of those related to the protection of the ozone layer. The third group consists of sources that regulate the concentration of greenhouse gases and the management of emissions that reinforce climate change. Having in mind the specifics of the issues related to the management of GHG, the paper does not analyse the sources that form the basis of the rights of climate change and the protection of the ozone layer (Drenovak-Ivanović, 2018) The international agreements that Serbia has acceded determine the principles and goals related to the protection of air quality. It is the obligation of each state to harmonise

the domestic environmental protection policy and air quality management strategies with them.

The Principle 21 of the Stockholm Declaration (1972) established a rule on the responsibility of a state for activities carried out under its jurisdiction or control, which must not harm the environment of another state or areas outside its jurisdiction. In this manner, the exercise of states' sovereign rights is limited if it harms the environment of another state, but also the high seas or areas under special jurisdiction, which includes liability for pollution that may occur due to ship navigation or flight of an aircraft registered on their territory (Sands, 2012: 32). After that, in 1979, the Convention on Long-range Transboundary Air Pollution followed (hereinafter: the Convention), which regulated issues of importance for limiting long-distance air pollution, i.e. in cases where emissions come from sources under the jurisdiction of one state and having harmful consequences which are within the legal jurisdiction of another state. The Convention was ratified by the Act on Ratification of the Convention on Long-range Transboundary Air Pollution.<sup>1</sup>

In international relations, the questions were raised about the procedure and methodology for monitoring the transfer of pollutants in the air, especially about the delimitation of inflows from individual and group sources of pollutants. The program and financing of international cooperation, which would lead to a unified methodology and international cost-sharing of transboundary pollution monitoring, was established by the 1984 Protocol on long-term financing of cooperation programs for monitoring and assessing long-range transboundary air pollution in Europe (EMEP). The Protocol entered into force in 1988 and was ratified by Serbia.<sup>2</sup> The Environmental Protection Agency is responsible for the implementation of the EMEP.

As the presence of heavy metals and long-lasting organic pollutants from production processes became more evident in industrial emissions, two protocols were signed along with the Convention, which were ratified by Serbia. The first one is the Protocol on Heavy Metals (1998), which entered into force in 2003.<sup>3</sup> The PHM protocol was adopted in order to reduce emissions of cadmium, lead

---

1 Act on Ratification of the Convention on Long-range Transboundary Air Pollution, *Official Gazette of SFRY - International Agreements*, No. 11/86.

2 Act on Ratification of the Protocol to the Convention on Long-range Transboundary Air Pollution on Long-Term Financing of the Cooperation Program for Monitoring and Assessment of Transboundary Air Pollutant Transmission in Europe (EMEP), *Official Gazette of SFRY - International Agreements*. No. 2/87.

3 Act on Ratification of the Protocol on Heavy Metals to the Convention on Long-range Transboundary Air Pollution, *Official Gazette of RS International Agreements*. No. 1/12. The protocol has been applied in Serbia since June 24, 2012.

and mercury from industrial processes. However, amendments to the 2012 Protocol, which introduce additional emission control mechanisms that may contain these heavy metals and provide a basis for defining the best available technology (BAT) in such production processes, have not been ratified. The second one is the Protocol on Persistent Organic Pollutants (POPs), adopted in order to eliminate the release of dioxins, furans, polycyclic aromatic hydrocarbons and hexachlorobenzene into the air. The POPs protocol was adopted in 1998 and entered into force in 2003.<sup>4</sup> In 2009, amendments were adopted to the POPs protocol that introduced restrictions on the emission of additional substances, restrictions on the emission of these gases in waste incinerators and parameters based on which the BAT can be determined in the production processes when these substances are emitted, but these amendments have not been ratified. What's more, neither the Gothenburg Protocol (1999) nor the 2012 amendments establishing maximum national emissions for sulphur oxides, nitrogen oxides, ammonia and volatile organic compounds have been ratified. The application of the Gothenburg Protocol has a significant impact on the production of paints and varnishes, as well as on the development of agriculture, bearing in mind that it envisages measures to reduce emissions of easily volatile organic compounds.<sup>5</sup>

The conducted analysis shows that the Protocols and amendments to the Protocols of the Convention on Long-range Transboundary Air Pollution adopted after 2012 have not been ratified.

### **3. EU legislation on Ambient Air Quality and lessons learned from recent CJEU jurisprudence on air quality**

The legal framework that regulates the issues relevant for the protection of air quality with rules that EU Member States have in common are the rules contained in a number of directives. One of the most important directives is the Industrial Emissions Directive 2010/75/EU, which sets emission limit values within the rules on emissions of operators, i.e. introduces a ban on the emission of certain substances. Directive 2010/75/EU prohibits the emission of acid droplets from all installations, and allows the emission of defined substances from

---

4 Act on Ratification of the Protocol on Long-Term Organic Pollutants with the Convention on Long-range Transboundary Air Pollution, *Official Gazette of the RS - International Agreements*. No. 1/12. The protocol has been applied in Serbia since June 24, 2012.

5 Protocol on the Reduction of Sulphur Emissions or their Transboundary Fluxes by at least 30 per cent, 1985 and Protocol on Further Reduction of Sulphur Emissions, 1994; Protocol Concerning the Control of Emissions of Nitrogen Oxides or Their Transboundary Fluxes, 1988; Protocol Concerning the Control of Emissions of Volatile Organic Compounds or Their Transboundary Fluxes, 1991 to the Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution were not adopted by the Republic of Serbia. See: <https://unece.org/protocols>.

industrial installations only when they are below the limit values presented in the subsequent Annex to the Directive.<sup>6</sup> In order for the competent authorities of the Member States to be able to determine whether the conditions of the permits determining the maximum values of emissions of individual elements into the air apply, Member States have an obligation to provide the monitoring of emissions into the air.<sup>7</sup> Limitation of sulphur emissions into the air was also introduced by EU Directive 2016/802 on the Reduction of sulphur content in certain liquid fuels.<sup>8</sup> The EU Directive 2016/2284 on the reduction of emissions of certain atmospheric pollutants introduces the possibility to define the emission balance for certain harmful substances at the level of Member State, and thus help reduce emissions in certain areas of industry.<sup>9</sup>

The basics of systemic air quality protection are laid down in Directive 2008/50/EC on Ambient Air Quality and Cleaner Air for Europe. As a primary responsibility of the Member State for air quality management, the Directive stipulates the obligation of establishing a system to ensure that the levels of sulphur dioxide, PM10, lead and carbon monoxide (in some cases PM2.5) in their zones and agglomerations do not exceed limit values set out in Annex XI to the Directive. The limit values for nitrogen oxides and benzene are set out in the same Annex.<sup>10</sup> If the levels of air pollutants in certain zones or agglomerations were to exceed the limit values, the Member State would need to draw up an air quality action plan for those zones and agglomerations in order to achieve the relevant limit values or target values. Air quality action plans should specify measures whose application makes the period of exceeding the limit values as short as possible.<sup>11</sup>

In order to understand the reasons for a state to exceed limit values and whether an individual has the right to request the adoption of an air quality action plan

---

6 Directive 2010/75/EU, Art. 69(1) Annex VIII, Part 2. Such standards exist for various areas of industrial activity, including special rules for combustion, special rules for waste incineration and co-incineration plants, special rules for plants and activities using organic solvents, special rules for plants which produce titanium dioxide, which are regulated by EU Directive 2010/75.

7 Directive 2010/75/EU, Art. 70(2)

8 Directive 2016/802/EU, Preamble and Art. 14.

9 Directive 2016/2284/EU, Art. 6(2) and Annex III Part 2. The model was specifically developed to establish balance as a measure of ammonia emission control in order to reduce emissions from agriculture.

10 Directive 2008/50/EC, Art. 13(1). For nitrogen oxide values, there was a period of 5 years starting from 2010 during which a Member State could request a transitional period; as for exceeding the limit values for benzene, the starting year for the application of the time frame was set for each Member State.

11 Directive 2008/50/EC, Art. 23(1).



when the limit values are exceeded and the competent authorities do not adopt such a plan, we further analyse recent examples from the CJEU practice.

In the case of *Commission v. Bulgaria* (2017), the question was raised whether exceeding limit values of emissions in Bulgaria prescribed by the Directive violates the EU law.<sup>12</sup> The Commission argued that Bulgaria had systematically and persistently exceeded the limit values, supporting the claim with Bulgaria's annual air quality reports which showed that both daily and annual limit values of PM10 had been exceeded throughout the country for eight consecutive years (with the occasional exception of one of the zones), and that in the same period no downward trend was registered in terms of the number of days of overdraft (paras. 57, 58, 67)(Krämer, 2018). On this basis, the CJEU found that there was a systematic and continuous non-compliance with EU law. (par. 119) The court in the same case did not accept the argument that Bulgaria sought to justify the overdraft, by stating that the efforts to reduce the level of PM10 particles were restrained by the sensitive socio-economic situation of the country, given that PM10 emissions are difficult to reduce since the dominant source of these emissions are heating from individual fireplaces and traffic, and that mostly used fuel during the heating season were wood and coal due to the economic hardship of the Bulgarian population (para. 75). Arguing that Bulgaria had also breached its obligation to draw up an air quality action plan, the CJEU indicated that it was the State's discretion to choose measures which it considered would improve air quality and reduce unwanted emissions below the limit values, but that this discretionary assessment is limited by the obligation of the state that the plan be based on "balance between the goal of reducing the risk of pollution and other engaged public and private interests" (para. 106). In the case of *Commission v. Poland* (2018), the CJEU pointed to additional criteria for determining the measures to be included in the plan, which must be appropriate and effective (para. 82), and adequately selected to eliminate the case of overdraft as soon as possible (par. 118)<sup>13</sup> (Kirsten, 2018).

It then became necessary to introduce criteria to assess whether the measures prescribed by the air quality action plan have been adequately chosen. In the case of the *Commission v. France* (2019), the multiannual excess of nitrogen dioxide emissions by France was justified by the fact that the measures provided for in the air quality action plan to reduce emissions exceeding the limit values

---

12 Case C-488/15 *Commission v Bulgaria* [2017]

13 Case C-336/16 *Commission v Poland* [2018]. In that case, the reasons that led to the conclusion that the envisaged measures were not appropriate were pointed out: „... although individual heating of buildings was the main source of PM10 pollution in a large number of zones, the boiler replacement plan could only have an uncertain effect because quality criteria for boilers installed as a replacement for old ones were not prescribed" (para. 86).

have a limited effect, given the number of public transport users that cannot be increased in the short term, public transport routes that cannot be changed in the short term, and long-term investments that envisage new solutions for population mobility and transformation towards less car use, bearing in mind that traffic was identified as the main source of pollution (para. 29).<sup>14</sup> France also pointed out that when weighing the interests, it took into account that adopting stricter regulations implying higher fuel tax are not an option, having in mind the sensitivity of public opinion on that issue and the possibility that such measures would lead to new public unrest (para. 31). Arguing the decision that France had breached its obligations under Directive 2008/50/EC, the CJEU pointed to elements relevant for establishing liability for exceeding the limit values (paras. 50-61). First, exceeding the limit values over a long period of time and assessment regarding its further duration form the basis for drawing a conclusion on whether the state is executing its obligations under Art. 23 (1) of Directive 2008/50/EC. Second, in assessing whether the measures envisaged by the plan are adequate, one should observe the absolute limit value overdraft. If there is a rise of emissions which should be in accord with limit values, the measures are not adequate. The decreasing trend can also be an indicator whether the measures are adequate: if the reduction is not in line with the extent of the overdraft, the measures do not efficiently lead to a reduction as soon as possible. Third, the adequacy of the measures also depends on the content of the plans, indicating whether the causes that led to the overdraft and the envisaged measures are in accord, as well as whether measures stretch to all sectors relevant for overcoming the problem, and whether they are binding or not (Pedrosa, Vanheusden, 2020). The CJEU also pointed out that the Member State's structural difficulties in implementing emission reduction plans and knowledge if their violation is or is not intentional do not affect the decision on the existence of a violation of EU law (par. 42).

The question further arises: if there is a continuous excess of emissions, and the state fails to adopt air quality action plans, do individuals have the right to legal protection, and what would be the jurisdiction of the domestic court in that case? In the case of *Dieter Janecek v. Freistaat Bayern* (2008), a German citizen initiated an administrative dispute due to the failure of administrative authorities to adopt an air quality action plan.<sup>15</sup> In the ruling procedure, the CJEU considered whether, in cases where a Member State does not transpose

---

14 Case C-636/18 *European Commission v French Republic* [2019]

15 Case C-237/07 *Dieter Janecek v. Freistaat Bayern* [2008]. Mr. Janecek filed a lawsuit with the Munich Administrative Court for failure of the City of Munich to adopt an action plan to reduce excessive air pollution, although in 2005 and 2006 there were more than 35 cases of exceeding the particulate matter (PM 10) in the air, bearing in mind that German federal law stipulates that the maximum number of measurements in which an overrun may occur is 35.

the Directive provisions on the obligation to draw up an action plan, or it does transpose but does not apply them, there is a possibility that the provisions, envisaged in the Directive 96/63/EC on ambient air quality assessment and management (which was relevant at the time) apply directly? (Doerig, 2014). The CJEU held that the requirements of Directive 96/63/EC prescribing the obligation of Member States to draw up action plans are aimed at protecting human health, and that individuals whose health may be impaired by failure to do so have a subjective right to pursue their adoption and to file a lawsuit with such a request (Kurpus, 2019). Member States are given the discretion to choose the means to achieve the objective; therefore, the discretion must be within the limits of the competence and in accordance with the objective set out in the Directive. In that case, the individual may address the competent national court of the Member State with a request for drawing up an action plan, but not with a request for specific measures (paras 34-42).

If the court of a Member State has an obligation to directly apply the provisions of the Directive in these cases, the question arises whether the court of a Member State, directly applying the provisions of the Directive, along with a decision which determines the responsibility for failing to draw up an action plan and orders its adoption, has an obligation to impose additional obligations which would increase the chances for the adoption of the plan by the competent authorities. We find elements for answering this question in the CJEU's opinions provided in the *ClientEarth* case (2014).<sup>16</sup> In 2010, the level of nitrogen dioxide exceeded permitted values in 40 of the 43 zones and agglomerations in the UK, as a result of emissions from traffic and individual furnaces. The NGO ClientEarth has filed a lawsuit in a court of general jurisdiction over the failure of the competent authorities to adopt an action plan for reduction of emissions by 2015. The High Court and the Court of Appeals rejected the lawsuit, considering that these are issues that fall outside their jurisdiction. The UK Supreme Court addressed the CJEU with the preliminary issue regarding measures that should be imposed by a Member State court in the event that the competent authority does not comply with the provisions regarding drawing up the air quality action plan, bearing in mind the obligation under the Directive that the overdraft period must be as short as possible (paras 50-58). The CJEU replied that a court of a Member State must take "any necessary measure such as an order in appropriate terms, so that the authority establishes the plan" (para. 58) (Barrit, 2015). In the practice of EU Member States, we encounter cases where the competent administrative bodies and public authorities do not take the necessary actions for adopting air quality action plans or updating the existing ones, although they are bound by a

---

<sup>16</sup> Case C-404/13 *ClientEarth v. The Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs* [2014]

court decision of a Member State. Therefore, in the case of *Deutsche Umwelthilfe* (2019), the Higher Administrative Court of Bavaria, Germany, addressed the CJEU with a preliminary issue, asking whether fulfilling the obligation to provide an effective legal remedy in environmental protection, in circumstances which show that, despite the decision of the court ordering the drafting of the plan, it has not been carried out, even after the federal State which was required to fulfil such an obligation was fined, means that the national court may, or even has an obligation, “to impose coercive detention on office holders involved in the exercise of the official authority ... of a German Federal Land in order thereby to enforce the obligation of that Federal Land?”<sup>17</sup> (par. 28). The CJEU took the view that “ ... in circumstances in which a national authority persistently refuses to comply with a judicial decision enjoining it to perform a clear, precise and unconditional obligation flowing from EU law, in particular from Directive 2008/50, it is incumbent upon the national court having jurisdiction to order the coercive detention of office holders involved in the exercise of official authority where provisions of domestic law contain a legal basis for ordering such detention...” (para. 56).

#### **4. Application of obligations arising from the international legal framework in Serbia and the practice of the Protector of Citizens**

The conducted analyses of the framework, consisting of international agreements and institutes developed under the auspices of the *acquis communautaire*, indicate the elements for identifying the basic obligations of the state in the field of air quality protection. In the process of harmonisation of our law with the EU law, we regard the transposition issues of the environmental *acquis* by observing the process of transposing the directives into domestic law, and we regard the issues related to its implementation by analysing Member States’ responses to the challenges of transposing the environmental *acquis* into the domestic system and practice of CJEU. By regulating issues of importance for air protection, the legislator qualifies the protection and improvement of air quality as “a natural value of general interest that enjoys special protection” (Art. 1 of the Air Protection Act).<sup>18</sup> The same law prescribes the obligation of competent administrative bodies to perform continuous measurements of air quality and on that basis determine the list of air quality categories. If it is determined that the air quality in a certain agglomeration is excessively polluted, and is assessed as category III air, the competent administrative bodies are obliged to prepare

---

17 Case C-752/18 *Deutsche Umwelthilfe eV v Freistaat Bayern* [2019]

18 Art. 1 of the Air Protection Act, *Official Gazette of the RS*, No. 36/2009 and 10/13.

an air quality action plan which envisages measures expected to improve air quality (Todić, Dujić, 2020).

The practice of the Protector of Citizens of the Republic of Serbia shows that in previous years there had been a violation of the state's obligations arising from ratified international agreements, which were analysed earlier, and violations of positive law. An example can be found in the procedure regarding control of regularity and legality of the actions of competent authorities regarding the release of emissions caused by fires at the Vinča landfill in 2017, which was introduced by the Protector of Citizens on his own initiative.<sup>19</sup> The objects of inspection were activities and absence of activities of the Ministry in charge of environmental protection, the Environmental Protection Agency, and the City Institute for Public Health in Belgrade. The Protector of Citizens pointed out the violations and sent an opinion to the Environmental Protection Agency, pointing to the need to implement measures in order to establish and maintain the National Register of Pollution Sources fully and adequately, which would contain data on all pollutant substances reported on, in accordance with the national regulations and signed international protocols.<sup>20</sup> Such opinion was also expressed in the Recommendation of the Protector of Citizens regarding the control of the regularity and legality of the work of the Ministry in charge of energy and the Environmental Protection Agency regarding the air quality due to emissions coming from the lead smelter in Zajača.

## 5. Conclusion

The conducted analysis shows that Serbia is a signatory to the basic international agreements that set the framework for air quality protection. The development of science and new professional analyses have, over time, indicated an increased impact of certain emissions on human health, which deteriorates public health considerably. In this regard, a number of protocols have made the necessary changes in order to gradually reduce emissions with the largest impact on human health and to introduce obligations that include the control of emissions and gases not envisaged by previous protocols. The conducted analysis shows that the Protocols and amendments to the Protocols of the Convention on Long-range Transboundary Air Pollution adopted after 2012 have not been ratified, and that the rules on reducing emissions that have a considerable impact on human health have not been introduced into our legislation. Bearing in mind that the envisaged rules are mostly part of the environmental *acquis*, as well as

---

19 Protector of Citizens, Serbia, Opinion no. 13-22-1952/17, no. 20818 dated June 27, 2018.

20 Recommendation of the Protector of Citizens, letter no. 14-541/12, no. 15408 dated 30 May 2013.

the intensive harmonisation of Serbian law with the EU law further to signing of the Stabilization and Association Agreement, it is expected that the rules envisaged in unratified Protocols and accompanying amendments will nevertheless become part of the domestic legal framework.

In the CJEU practice, we come across a number of cases initiated by the Commission against Member States regarding the application of directives in the field of air quality protection. The analysis indicates that a Member State cannot give up the application of these directives even when it encounters structural difficulties in the implementation of emission reduction plans, nor when the implementation is made difficult by the country's socio-economic situation. The CJEU pointed out in practice that individuals have the right to initiate proceedings before a Member State court and request the adoption of an air protection action plan if the air pollution exceeds the established limit values and the competent administrative body does not adopt an appropriate air protection action plan. In order to ensure the application of such a decision, the courts of Member States may take any necessary measure, including an order in the appropriate terms. If a national authority persistently refuses to comply with a judicial decision, it is incumbent upon the national court to order, under provisions of domestic law, the coercive detention of office holders involved in the exercise of official authority.

The practice of the Protector of Citizens of the Republic of Serbia indicates the need for further development of positive legal framework for air protection, which should lead to full implementation of the environmental *acquis* rules in this field, taking into account the views expressed in the practice of CJEU.

## References

Barritt, E. (2015). Standing Up for British Lungs: Effective Judicial Enforcement in Environmental Law—R (on the application of Client Earth) v. Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs. *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 24(3), 368-372.

Dechezleprêtre, A., Rivers, N., Stadler, B. (2019). The economic cost of air pollution: Evidence from Europe. OECD.

Doerig, H. (2014). The German courts and European air quality plans. *Journal of environmental law*, 26(1), 139-146.

Drenovak-Ivanović, M. (2018). The public's right of access to information on climate change and transposition of the environmental *acquis* into Serbian legislation. *EU and comparative law issues and challenges series (ECLIC)*, 2, 153-168.

European Environmental Agency (2017), *Coal-fired power plants remain top industrial polluters in Europe*, Retrieved 29 Sept. 2020, from <https://www.eea.europa.eu/highlights/coal-fired-power-plants-remain>.

Environmental Protection Agency (2020). *Annual Report on the State of Air Quality in the Republic of Serbia in 2019*. Belgrade.

Fisher, E., Lange, B., Scotford, E. (2013). *Environmental law: text, cases & materials*. Oxford University Press.

Health and Environment Alliance/HEAL (2019). *Chronic coal pollution, Report Summary 2019*, Retrieved 29 September 2020 from [https://balkangreenergynews.com/rs/wp-content/uploads/2019/02/Izvještaj-HRONIČNO-ZAGAĐENJE-UGLJEM\\_Kratki-sadržaj.pdf](https://balkangreenergynews.com/rs/wp-content/uploads/2019/02/Izvještaj-HRONIČNO-ZAGAĐENJE-UGLJEM_Kratki-sadržaj.pdf)

Kirsten, W.A.R.D. (2018). ECJ rules that Poland failed to fulfill obligations under Ambient Air Directive. *European Journal of Risk Regulation*, 9(2), 372-379.

Krämer, L. (2018). 480.000 Dead per Year are Enough: The CJEU Opens a New Way to Better Enforce Air Quality Laws: Commentary on the CJEU Judgment in C-488/15, *Commission v. Bulgaria*, Judgment of 5 April 2017, ECLI:EU:C: 2017: 267. *Journal for European Environmental & Planning Law*, 15(1), 111-121.

Karpus, K. (2019). Using collective redress mechanisms to protect the right to a healthy environment in Poland: An achievable goal in the near future?, in Simon, R., Müllerová, H. (eds.), *Efficient Collective Redress Mechanisms in Visegrad 4 Countries: an Achievable Target?*. Praha: Institute of State and Law of the Czech Academy of Science.

Pedrosa, K., Vanheusden, B. (2020). EU Air Pollution Law: Comprehensive but Insufficient. In *Research Handbook on EU Environmental Law*. Edward Elgar Publishing.

Sands, P. and Peel, J., (2012). *Principles of international environmental law*. Cambridge University Press.

Todić, D., Dujić, I., (2020). Kvalitet vazduha” u propisima Republike Srbije i Evropske unije (od nejasne definicije do složenog sistema zaštite vazduha). *Zbornik radova pravnog fakulteta u Nišu*. Br. 87.37-54.

Zaštitnik građana Republike Srbije (Protector of Citizens): Mišljenje (Opinion) br. 13-22-1952/17, 27 jun 2018, Beograd

Zaštitnik građana Republike Srbije (Protector of Citizens): Preporuka Zaštitnika građana (Recommendation of the Protector of Citizens), br. 14-541/12, reg.br. 15408, 30 maj 2013, Beograd

## Legal acts

Act on Ratification of the Convention on Long-range Transboundary Air Pollution, *Official Gazette of SFRY- International Agreements*. No. 11/86.

Act on Ratification of the Protocol to the Convention on Long-range Transboundary Air Pollution on Long-Term Financing of the Cooperation Program for Monitoring and Assessment of Transboundary Air Pollutant Transmission in Europe (EMEP), *Official Gazette of SFRY- International Agreements*. No. 2/87.

Act on Ratification of the Protocol on Heavy Metals to the Convention on Long-range Transboundary Air Pollution. *Official Gazette of RS International Agreements*. No. 1/12.

Act on Ratification of the Protocol on Long-Term Organic Pollutants with the Convention on Long-range Transboundary Air Pollution. *Official Gazette of the RS - International Agreements*. No. 1/12. The protocol is applied in Serbia since June 24, 2012.

Directive 2008/50/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on ambient air quality and cleaner air for Europe, Consolidated text, *OJ L 226*, 29.8.2015 and Corrigendum C/2019/2067, *OJ L 72*, 14.3.2019, p. 141-141.

Directive 2010/75/EU of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 on industrial emissions (integrated pollution prevention and control), *OJ L 334*, 17.12.2010, p. 17-119.

Directive (EU) 2016/802 of the European Parliament and of the Council of 11 May 2016 relating to a reduction in the sulphur content of certain liquid fuels, *OJ L 132*, 21.5.2016, p. 58-78.

Directive (EU) 2016/2284 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2016 on the reduction of national emissions of certain atmospheric pollutants, amending Directive 2003/35/EC and repealing Directive 2001/81/EC, *OJ L 344*, 17.12.2016, p. 1-31.

*UNECE Convention on Long-range Transboundary Air Pollution*, Geneva, 1979.

*UNECE Protocol on Long-term Financing of the Cooperative Programme for Monitoring and Evaluation of the Long-range Transmission of Air Pollutants in Europe (EMEP)*, Geneva, 1984.

*UNECE Protocol on Heavy Metals and its 2012 amended version*, Denmark, 1998.

*UNECE Aarhus Protocol on Persistent Organic Pollutants (POPs)*, 1998, as amended on 18 December 2009, 1998.



*UNECE Protocol to Abate Acidification, Eutrophication and Ground-level Ozone to the Convention on Long-range Transboundary Air Pollution*, as amended on 4 May 2012, 1999.

Zakon o zaštiti vazduha (Air Protection Act), *Official Gazette of the RS*. No. 36/2009 and 10/13.

Case law

Case C-237/07 *Dieter Janecek v. Freistaat Bayern* [2008] R.C. I-06221.

Case C-404/13 *ClientEarth v. The Secretary of State for the Environment, Food and Rural Affairs* [2014] ECLI:EU:C:2014:2382

Case C-488/15 *Commission v Bulgaria* [2017] EU:C:2017:267.

Case C-336/16 *Commission v Poland* [2016] ECLI: EU: C: 2018: 94.

Case C-636/18 *European Commission v French Republic* [2019] ECLI:EU:C:2019:900

Case C-752/18 *Deutsche Umwelthilfe eV v Freistaat Bayern* [2019] ECLI:EU:C:2019:1114

**Др Мирјана Дреновак-Ивановић,**  
Ванредни професор Правног факултета,  
Универзитет у Београду,  
носилац Жан Моне Катедре за европско еколошко право

## **ПРАВА ПОЈЕДИНАЦА И ОБАВЕЗЕ ДРЖАВЕ У ЗАШТИТИ КВАЛИТЕТА ВАЗДУХА**

### **Резиме**

У раду се анализира статус међународних споразума из области заштите ваздуха како би се утврдио степен усаглашености позитивног права са стандардима потврђених међународних споразума. Имајући у виду поступак харминизације права Србије са правом ЕУ, у раду се указује на обавезе држава чланица које произилазе из Директиве 2008/50/ЕЗ о квалитету ваздуха и чистијег ваздуха за Европу. У раду се износе резултати анализе богате праксе Суда правде Европске уније у којој се указује на елементе који одређују право појединца да покрене поступак заштите права на здраву животну средину уколико држава чланица не донесе план заштите квалитета ваздуха, као и мере које домаћи судови могу наложити како би осигурали примену одлуке којом се утврђује обавеза примене мера у циљу смањења емисија које превазилазе граничне вредности. Имајући у виду значајан број предмета у вези са заштитом ваздуха које налазимо у пракси Заштитника грађана, анализа примене препорука које су произашле из тих предмета указује на степен усаглашености преузетих обавеза и њихове примене, као и правце новелирања позитивног права.

**Кључне речи:** право на чист ваздух, активна легитимација појединца код израде плана квалитета ваздуха, одговорност државе за прекогранично загађење вадуха, улога Суда правде Европске уније у директној примени Директиве о квалитету ваздуха и чистијег ваздуха за Европу.

**Miroslav Lazić, LL.D.**  
Full Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
10.5937/zrpfno-29684

UDK: 347.26  
347.241(497.11)

Раџ примљен: 02.12.2020.  
Раџ прихваћен: 14.01.2021.

## ***NEIGHBOURS' RIGHTS AND ABUSE OF RIGHTS\*\****

**Abstract:** *The subject matter of this paper is the analysis of the ownership right and its limitations in neighbour-law relationships, including the restrictions on ownership and neighbours' rights due to the prohibition of abuse of rights. Neighbours' rights set boundaries to the content of the ownership right, whereas the prohibition of abuse of rights additionally restricts the freedom of exercising the recognised content of the ownership right. The paper aims to point out to the basic differences between neighbours' rights and the prohibition of abuse of rights, as well as to the occasional overlapping of their legal functions and effects.*

**Key words:** *ownership, neighbours' rights, abuse of rights.*

### **1. Introduction**

Ownership is a socially regulated way of appropriating things (assets) which provides for satisfying the most diverse human needs, including both the primary (biological and physiological) needs and the derived "cultural" ones (psychological, spiritual, aesthetic, conventional, luxury-oriented, etc) (Gams, 1991: 12). Considering that ownership is the basic facet of life, freedom, power [...], it has always represented the object of the greatest factual and legal protection.

---

\*lazic@prafak.ni.ac.rs

\*\* This paper is the result of research supported by the Ministry of Education, Science and Technological Development of the Republic of Serbia (Agreement no. 451-03-68/2020-14/200120).

The notion of ownership (Lat. *dominium proprietas*), as an individual, absolute and exclusive right, may be traced back to Roman Law<sup>1</sup>, but it received its full confirmation in the period of liberal capitalism and the first civil bourgeois codes<sup>2</sup>. Those codes treated property as a natural and eternal (imprescriptible) right of man<sup>3</sup>.

Yet, freedom of an owner, particularly over immovable property (such as land and buildings), is necessarily limited by equivalent freedom of another owner. Thus, besides explicitly defining the content of the ownership right, legislators have always imposed some restrictions, pertaining to public and private ownership alike (Stojanović, 1987:80; Kovačević Kuštrimović, Lazić, 2008:73). Ownership seems to have always been “a progeny of its own time” (Stojanović, 1991:1176). Yet, given that the essential feature of ownership as an individual (sovereign) right is increasingly compromised<sup>4</sup>, it has become a social category that is increasingly narrowed down in favour of a general social interest. Thus, owners are subjected to different legal and social restrictions, including both the explicit legal restrictions (e.g. on neighbours’ rights) and the ones relying by virtue of law on the social morale (e.g. the prohibition of abuse of rights when exercising ownership powers, as well as those stemming from neighbours’ rights). The subject matter of consideration in this paper are the restrictions pertaining to the content of ownership which is restricted by neighbours’ rights and the manner of exercising ownership.

## 2. The Ownership Right and Neighbour-Law Restrictions

The relationship between neighbours is a complex social relationship entailing a set of different human interests and behaviours arising from the clash of two ownership rights over real estates. Given that customary law alone cannot

---

1 *Qui suo iure utitur, neminem laedit* (Dicta, Sec. Paulus - D. 50, 17, 155). “He who uses his own right harms no one” (Stojčević, Romac, 1984: 434, 325).

2 “Ownership is the right to enjoy and dispose of things in the most absolute manner, provided they are not used in a way prohibited by statutes or regulations” (Art. 544 of the French *Code Civil*). A similar definition exists in § 354 of the Austrian Civil Code/ABGB; § 903 of the German Civil Code/BGB; §§ 211 and 216 of the Civil Code of the Principality of Serbia (1844); and Art. 93 of the General Property Code of the Principality of Montenegro (1888).

3 Article 2 of the French Declaration of the Rights of Man and the Citizen (1789) envisaged: “The goal of any political association is the preservation of the natural and imprescriptible rights of man. These rights are liberty, property, safety and resistance against oppression.”

4 The notion of ownership as an individual (sovereign) right is also an expression of the general understanding of the specific time and society, rather than a permanently acquired developmental value of the ownership right. The rule *Uti, non abuti* (Ulpianus - D.7,1,15,1), meaning “to use, not to abuse”, has always been an integral part of the concept of ownership.

adequately regulate numerous neighbours relationships, the “law” (statutory legislation) had to respond and regulate these issues by relevant legal provisions. Thus, neighbours’ relationship has become either a conceptual element of certain legal institutes (the regulation of boundary lines, neighbours’ rights, the pre-emption right to purchase the adjacent agricultural land, etc.) or an element of factual circumstances (e.g. trespass to property, disturbance of possession, retention rights, compensation for damage, etc.) Consequently, neighbour law regulates only one aspect of neighbours’ relations arising from the restriction of ownership.

The limitation of the ownership right content (imposed on the owner as a self-centred individual) was performed in the interest of the owner as a social being. After the First World War, the social character of ownership prevailed (Savić, 2012: 233). “Property obligates. Its use is to be at the same time service for the best good of the public” (Art. 153 para.3, Weimar Constitution).<sup>5</sup> However, the first limitations of the ownership right contents occurred much earlier, with the emergences of ownership rights, and these limitations primarily referred to neighbours’ rights. “Our legal powers are not abstract; they have a social value; as such, they have to be exercised in a social context, in compliance with the goal that is changeable in different countries, times and legal relationships at issue, but that goal [...] makes the essence of our rights [...]” (Marković, 1978:1008).

Neighbour law is a specific legal limitation of ownership in private interest which ensues alongside with the ownership right, but the justification for the expansion of neighbours’ rights is the frequent abuse of ownership. The abuse of rights originally emerged in neighbour-law relations pertaining to ownership over land, but it subsequently developed into a separate legal institute regulating a specific form of limitation in exercising the established content of the ownership right.

“Neighbour rights exist over the adjacent real estates whose use is interdependent because, according to local customs, they are deemed to be neighbouring properties” (Toroman, 1978:234). Neighbours’ rights imply the power of the owner of one real estate to make use of the neighbouring real estate, or to request from the owner of the neighbouring real estate to take a specific action or to abstain from exercising a specific ownership power. It is a legal limitation of ownership that is introduced in the mutual interest of the owners of neighbouring estates (*praedia vicina*) for the purpose of preserving good neighbourly relations, but also in the general interest of preventing any confrontation of the real estate owners.

---

5 Art. 153 para. 3 of the Weimar Constitution, 1919 (Savić, 2012: 227-234).

The first neighbours' rights emerged in conjunction with ownership over real estate (e.g. boundary lines). Boundary lines are the key conceptual element of ownership, given that there is no ownership over land without the explicit demarcation of the subject matter of ownership. A more intensive development of neighbours' rights was the result of modern-day disputes over ownership, particularly in urban areas where a large number of people live in a relatively small space.

Neighbour-law limitations are legal restrictions aimed at accomplishing three goals: *the reciprocity of neighbours' rights and obligations*, *the prohibition of causing disturbance to the neighbouring property*, and *the correlation of neighbours' rights and obligations*. In legal theory, they are commonly classified into three groups:

- 1) neighbours' rights that prohibit causing disturbance to neighbours in their quiet and rational use of their real estate (the right to protection against digging beneath the ground jeopardising the stability of neighbouring buildings, protection against changing the natural water flow, and protection against emissions (private nuisance);
- 2) neighbours' rights characterised by the reciprocity of neighbours' rights and obligations (mutual use of the common fence, boundary lines, hedges, walls, etc.);
- 3) neighbours' rights characterised by the correlation of neighbours' rights and obligations; they are similar to easements and refer to the right to use the neighbouring land and the right of way (Toroman, 1978:235; Stojanović, 1991:121; Kovačević-Kuštrimović, Lazić, 2009:75).

The neighbours' rights in the second and third category are quite prone to being abused as they provide specific powers to the holders of these rights.

### 3. Prohibition of Abuse of Ownership Rights

Although Roman law did not recognize the institute of prohibition of abuse of rights, which is often disputed by many Roman law scholars (Jovanović, 1996:100), the concept *Malitis non est indulgendum* ("Malice is not to be indulged") may be traced back to Roman law<sup>6</sup> (Stojčević, Romac, 1984: 274). However, the prevalent rule in Roman law was: *Qui suo iure utitur, neminem laedit* ("He who exercises his legal rights harms no one") (Stojčević, Romac, 1984:434).<sup>7</sup>

Konstantinović (1925) noted that "it is a misconception that the prohibition of abuse of rights is of recent origin and that individualism and prohibition of

---

6 Celsus -D. 6,1,38. *Dicta et regulae iuris* (Stojčević, Romac, 1984:274, no. 69).

7 Sec. Paulus - D. 50, 17, 155, 1. *Dicta* ( Stojčević, Romac, 1984:434, no. 325).

abuse of rights mutually exclude each other” (Anali PF u Beogradu, 1982:269).<sup>8</sup> However, the theory of abuse of rights started to take form in French law in the 19<sup>th</sup> century, on the basis of judicial decisions (case law), as a result of the growing understanding that the exercise of the ownership right must move not only within the limits set by the positive (objective) law, primarily by statutory legislation, but also in accordance with the purpose and the spirit of law, i.e. the social morality. This issue was first regulated in the German Civil Code (§ 226 BGB, amended in § 826).<sup>9</sup>

Konstantinović (1925) also noted that “the prohibition of abuse means a very simple thing. Anyone who has exercised one’s own right only out of malice to the injured party, with the intention to cause damage, and, generally, every one who has exercised one’s right without malicious intention but in an abnormal manner, thus causing damage to another person and preventing the other person to exercise his own right in a normal manner, shall be held liable for inflicting damage.” (Anali PF u Beogradu, 1982:269).

Long ago, the population growth and modernisation of life “extinguished the notion of ownership as an individual (sovereign) right, i.e. its concept of ownership as a “fortress where it is forbidden to ask “how” and “why” something is done” (Rodier, 1960:7); the new limitations to ownership seem to be gradually turning into reality Rodier’s prediction on “imminent disappearance of the purported absolute rights” (Rodier, 1960:7).

It is most difficult to determine the criterion for establishing the existence of abuse of rights, i.e. to distinguish between the permissible “use” and the impermissible use (abuse) of rights. Given that human creativity is inexhaustible (both in positive and negative terms), the first legal reactions to the malicious abuse of rights and the first legal criteria were developed in judicial practice (case law).

First of all, the judicial practice may dispute and bar the legally valid rights which have been exercised with the aim of inflicting damage to another (chicanery as a form of abuse of rights).<sup>10</sup> It is the so-called narrow (subjective) concept of abuse of rights. “Rights are social prerogatives intended for accomplishing

---

8 M. Konstantinović (1925). *Zabrana zloupotrebe prava i socijalizacija prava* (Prohibition of abuse of rights and socialisation of law), Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, 3/1925, reprinted in *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1982, vol. 30. br. 3-4 (261-281)

9 Notably, the General Property Code (GPC) of the Principality of Montenegro (1888) regulated the prohibition of abuse of rights a bit earlier, but V. Bogišić transposed this legal institute from German and French legal theory and practice. “You cannot exercise your right just to harm or disturb anyone (art. 1000 GPC); “Do not indulge in hair-splitting in your own right”. (art. 1014 GPC) (Bogišić, 1898, in: Danilovic, 1998: 276, 277).

10 “When a right is intended to be exercised for its own sake, irrespective of its moral or at least utilitarian goals alone, it is called a *chicane*” (Radbruch, 1980:135).

social peace and a fair balance of interest in disputes; therefore, they must not be put into the service of malice; any deliberate act committed with intent to inflict harm to another cannot enjoy legal protection” (Marković, 1978:1009). As a legal institute, the abuse of rights emerged in the process of evolution of responsibility which imposed the need to recognise that “the rights are not granted to individuals by public authorities to exercise them arbitrarily, as they wish, but rather to exercise them for a specific purpose; created by the society, they also have a social task: a specific purpose and a specific goal which they cannot be and must not be separated from” (Joserand, 1935:328).

Further development of legal theory on the abuse of rights generated the broader concept, embodied in the so-called “ultimate goal” (objective) criterion. According to this conception, abuse exists where the subjective (individual) right is exercised contrary to the ultimate goal for which it is established. It may involve a lack of interest in the exercise of rights, a disturbance of the balance of interests, an abnormal exercise of rights, diverting the right from the designated function (social and economic goals), failure to exercise the right in a prudent manner, inadequate and disproportionate exercise of rights, etc. These are the sub-criteria developed by judicial practice for assessing the abuse of rights.

The institute of the prohibition of abuse of rights is widely accepted in contemporary law. It is a consequence of the fact that “subjective rights are not exercised in a vacuum but in a social environment; an individual is only one of its numerous cells; consequently, when an individual exercises his/her subjective rights, he/she simultaneously contributes to accomplishing a social function” (Marković, 1978:1005).

The Serbian law has adopted the broader (objective) concept of abuse of rights. “The owner shall exercise the right of ownership in accordance with the nature and purpose of the property asset. Exercising the ownership right contrary to the goal for which it has been established or recognised by the law shall be forbidden” (Art. 4 <sup>11</sup> In comparative law, the legal standard of “good practice” is a common method for preventing the abuse of rights.

The prohibition of abuse of rights was initially established in relation to the exercise of the ownership right as the broadest absolute civil subjective right, and its application was subsequently extended to other civil subjective rights.

---

11 Art. 4 of the Ownership and Real Property Relations Act, *Official Gazette of the SFRY* no.6 /1980, 36/1990; “*Official Gazette of the FRY*” no. 29/1996, and “*Official Gazette of the RS*”, no. 115/2005 -other law.



#### 4. Delimitation of Neighbours' Rights and Abuse of Rights

Neighbours' rights imply a legal restriction of the content of the ownership right which narrows down the owner's powers and renders any non-compliance an impermissible and illegal act. In relation to a breach of neighbours' rights, the court issues a judgement of declarative character. The abuse of ownership rights entails the performance of ownership-related powers in the manner that is prohibited by the positive (objective) law because the act is abusive in terms of the goal of performance, or the manner of performance. The abuse of rights does not entail a direct restriction of the content of ownership but of the manner of its performance, which imposes an additional obligation on the owner – the obligation to exercise the right in a civilised (considerate) manner (*civilliter modo*). It arises from the need for moralisation and socialisation of rights. Konstantinović (1925) noted that “the prohibition of abuse of rights has its basis in the general need for the greatest possible peace and security in each social community. It is a legal rule as much as a moral one (Anali PF u Beogradu, 1982:73; Lazarević, 1960:43).

Neighbours' rights entail a direct and concrete legal restriction of the content of the ownership right, while the abuse of rights entails a direct and general legal restriction of the manner of performing ownership powers. The abuse of rights institute enables the law to follow the dynamics of social life, and the law is put into effect by applying legal standards by a court-of-law, in accordance with local customs and circumstances of exercising ownership rights.

The neighbour-law restriction of ownership may be preceded by a specific abuse of the ownership right. For instance, opening windows on one's own building which are facing towards the neighbour's building is a permissible exercise of the ownership right which arises from the ownership powers on the use of things (*ius utendi*). Consequently, in our judicial practice (case law), it is deemed that “there is no disturbance when the owner makes an opening in his/her fence or opens a window in his/her aerial space and gets a view of the neighbour's yard.”<sup>12</sup> However, “opening a window towards the neighbour's yard should be carried out in such a manner that it causes the least possible disturbance to the neighbour's ownership right; otherwise, it may constitute an abuse of rights.”<sup>13</sup>

The abuse of the ownership power to open a window on one's building is the condition for the restriction of this right, by enacting a set of the urban-planning regulations which prescribe the conditions for opening windows towards the

---

12 Збирка судских одлука (*Collection of Court Decisions*), Beograd, 1969, book 14, vol. 2, Decision no. 155

13 Odluka Višeg suda Vojvodine (Decision of the Higher Court of Vojvodina), Rev. 524/87, Судска пракса (*Court Case Law*), Beograd, 10/1988, Decision no. 55

neighbouring estates. These regulations have a character of neighbour-law restrictions that narrow down the abuse of the ownership right related to opening windows; but, does it completely exclude the abuse of rights? The answer lies in shaping the owner's prospective conduct within the limits of these regulations. "Where the "law" explicitly prohibiting specific behaviour enters the "scene", the abuse of rights disappears as a stream sinking into subterranean watercourses, and unexpectedly springs out in another area" (Kovačević Kuštrimović, 1996: 17).

In terms of their legal nature, both the violation of neighbours' rights and the abuse of ownership rights are impermissible behaviour. In the former case, there is an explicit unlawful behaviour, and the consequences are eliminated by restoring the previous condition and seeking compensation for damage. In case of the abuse of rights, the most common sanction is the compensation for damage or elimination of the source of risk or danger. On the other hand, return to the previous condition cannot be attained in most cases (Strohsack, 1990: 1169) because the exercise of rights involving abuse is "shrouded" in a subjective right which distinguishes it from an unlawful action" (Marković, 1978: 1012).

The Serbian Ownership and Real Property Relations Act did not completely regulate neighbours' rights, except for the issues pertaining to emissions (private nuisance). The incomplete regulation sometimes gives rise to dilemmas in judicial practice, particularly in terms of whether the specific behaviour constitutes illegal conduct or malicious exercise of rights, a violation of neighbours' rights or an abuse of rights. The judicial practice yielded a number of decisions where the abuse of rights was "mixed" with the violation of neighbours' rights in a manner contrary to explicit legal prohibitions or restrictions on the content of ownership. Basically, the abuse of rights implies a legal restriction of the content of ownership; the restriction is not imposed directly but rather by means of a decision of the court which assesses the permissibility of the goal, or the manner of exercising the right.

In addition to autonomous and independent development of neighbours' rights, the justification for their further expansion was often found in judicial decisions on the abuse of rights. Behaviours that had initially been treated as the abuse of rights were explicitly prohibited over time, attaining the character of neighbour-law and other forms of restrictions on the content of the ownership right. However, the moment when a specific restriction on the content of ownership is explicitly prescribed by the law, any violation of the specified restriction is treated as unlawful behaviour, not as abuse of rights. The abuse of rights is a more general term that is most frequently regulated by legal standards, which enables the court to adapt the law to the social circumstances in order to ensure the basic

legal principles: to live honestly, not to offend anyone, and to give everyone what is due. At times, our judicial practice unnecessarily uses the institute of abuse of rights instead of neighbours' ownership restrictions, but it is sometimes necessary given the absence of legal provision on neighbours' rights.

On the other hand, the abuse of neighbours' rights is possible with those neighbours' rights that provide mutual rights and obligations to the titleholders of ownership rights (e.g. the right to cut overhanging branches and lateral roots growing from the neighbour's tree, or trim overgrown trees overtopping the real estate of the holder of ownership rights, or the right to use the neighbour's real estate for fruit-picking, harvesting or catching a runaway swarm of bees).

It is a known fact that the conditions for using the right to cut branches were set in Roman law, which stipulated that it could be done only if branches lower than 15 feet, as they were considered to be obstructing sunlight, casting a shade over the land and hindering the growth of the neighbour's plants. According to the provision in German law, in order to be cut off, it is required that branches and lateral roots disturb the neighbour (§ 910 BGB al. 2; similarly, art. 687 of the Swiss Civil Code). A similar legal solution is expected to be introduced in the Serbian legislation upon the adoption of the Serbian act on real property rights.

## 5. Conclusion

In addition to the limits explicitly prescribed in statutory legislation regulating the content of ownership and mutual neighbour-law restrictions, ownership and other subjective rights have also been increasingly restricted indirectly, by the purpose of law and the general legal principles and standards of "good practice", "acting in good faith (*bona fides*)", "public order", "prohibition of abuse of rights", etc.

The prohibition of abuse of rights, as a restriction on exercising the recognised content of the ownership, has been extended from the ownership right into other real property rights (easements, neighbours' rights), and further into other private law areas (law of obligations, succession); over time, its outreach has extended from the sphere of private law into the sphere of public law. Like the sea-god Proteus, it gets transformed into various forms and goes on living in spite of the law and socially accepted morality. Yet, it facilitates the abuse of neighbours' rights, particularly those granting powers to take a positive action on the neighbour's real estate.

The abuse of rights is both a state of affairs (*factual* legal situation) and a dynamic process. It entails the *de facto* situation of impermissibility of immoral conduct in exercising one's right as well as the process of ongoing development of

law in the function of preventing any abnormality in exercising the rights and its permanent socialisation. The prohibition of abuse of right enables the judge to assess the regularity of the manner of exercising the right on the merits of each specific case, bearing in mind the “goal” of the recognised subjective right at the specific time and in the specific society. The prohibition of abuse of rights is aimed at moralization and socialisation of rights, by means of court proceedings and legal standards that enable the law to keep pace with the dynamics of social life changes.

The principle of mutual observance of neighbours’ rights transforms neighbours’ relations into a legal relationship, imposes sanctions for a violation of envisaged rights, and introduces the element of coercion (enforcement). Neighbour-law restrictions are an expression of “the morality of duty”, translated into a direct legal prohibition. In addition to the “morality of duty”, the prohibition of abuse of rights additionally expresses “the morality of will”, as an expression of victory of the general (public) interest over the individual (private) interest. Good neighbour relations ultimately rest on the exercise of the ownership right and neighbours’ rights within the limits of the envisaged legislation and without abuse.

Neighbour-law restrictions on the ownership right are a kind of “prevention” against the abuse of right. Notwithstanding all legislative efforts, any legal concept remains partially indeterminate; the limits of subjective rights cannot be set without raising issues about their content and the likelihood of various abuses by exercising neighbours’ rights. The prohibition of abuse of rights is an ongoing process which constantly reasserts the social and cultural elements which, in view of the general (public) interest, call for consideration and civility in exercising one’s own right.

The owner’s refraining from the abuse of ownership and neighbours’ rights is based on the balance of interests of private owners, the fear of reciprocity, and the “authority” of the proverb: “Do not do to others what you do not want to be done to yourself”. Thus, the author considers that private property (i.e. privatization) objectively narrows down the “grounds” for the abuse of rights, whereas the development of legal culture narrows down the subjective presumptions of abuse, embodied in amorality and self-centeredness in exercising one’s own right. The need to prohibit the abuse of the ownership right and neighbours’ rights arises from the fact that positive law cannot fully anticipate and regulate the conduct of individuals in property relations; it is also based on the fact that no legal concept is all-inclusive and comprehensively specified, and that no legal institute is immune to abuse.

## References

Vogišić, V. (1898). Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору (General Property Code for the Principality of Montenegro), Државна штампарија на Цетинју, 1898; in: (ed.) Danilović, J. (1998). Валтазар Божишић: Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору и изабрана дјела (2. издање), Унирекс Подгорица, Службени гласник Београд, 1998.

Gams, A. (1991). *Svojina* (Ownership), Научна knjiga, Београд.

Josserand, L. (1935). *Evolucija odgovornosti* (Evolution of Responsibility), Бранич, Београд, 7-8, 323-336 (translated by Prof. B. Благојевић).

Jovanović, M. (1996). Да ли Гај и неки други сведоче о злоупотреби права (Do Gaius and others testify about the abuse of rights?), *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 1996, 78-93.

Konstantinović, M. (1925). Забрана злоупотребе права и социјализација права (Prohibition of abuse of rights and socialisation of rights), Архив за правне и друштвене науке, Београд, 3/1925, прештампан у *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1982, vol. 30, br. 3-4 (261-281); [https://anali.rs/xml/198-/1982c/1982-3-4c/Zabrana\\_zloupotrebe\\_prava\\_i\\_socijalizacija\\_prava.pdf](https://anali.rs/xml/198-/1982c/1982-3-4c/Zabrana_zloupotrebe_prava_i_socijalizacija_prava.pdf)

Kovačević Kuštrimović, R. (1996). Domen primene načela zabrane злоупотребе права (Domain of application of prohibition of abuse of rights), *Zbornik sa save-tovanja "Zloupotreba prava"*, Ниш, 1996, 17-30.

Kovačević Kuštrimović, R., Lazić, M. (2009). *Stvarno pravo* (Real Property Law), Пунта, Ниш.

Lazarević, A. (1960). О злоупотреби права и njenome pojmu (On abuse of rights and its concept), *Архив за правне и друштвене науке*, LXXV, 1960, br. 1-2, 40-57.

Marković, M. (1976). Злоупотреба права (Abuse of Rights), *Enciklopedija imovins-kog prava i prava udruženog rada* (Encyclopaedia of Property Law and the Law on Associated Labour), Vol. III. BIGZ, Београд.

Radbruch, G. (1980). *Filozofija prava* (Legal Philosophy), Nolit, Београд.

Rodier, R. (1960). Злоупотреба права (Abuse of Rights), *Anali PF u Beogradu*, br. 1-2/1960, 1-12..

Savić, S. (2012). Вajмарски Устав (Weimer Constitution), *Zbornik Pravnog fakul-teta u Nišu*, LX, 2012, 227-234.

Stojčević, D., Romac, A. (1984). *Dicta et regulae iuris*, Savremena administracija, Београд.

Strohsack, B. (1990). Imisije - odnos stvarnopravne i obveznopravne zaštite (Emissions: Relationship between real-law and obligation-law protection), *Naša zakonitost*, Zagreb, 1990, br. 9-10, 1163-1173.

Stojanović, D. (1987) Stvarno pravo (Real Property Law), *Službeni list SFRJ*, Beograd.

Stojanović, D. (1991) Pravo svojine u EEZ (The Ownership Right in the EEC), *Pravni život*, 1991, br. 11-12, 39-58.

Toroman, M. (1978). Susedsko pravo, *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada* ((Neighbour Law, in Encyclopaedia of Property Law and the Law on Associated Labour), 1978, Vol. III, BIGZ, Beograd,

Legal documents and judicial practice (case law)

French Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, 1789, <http://www.historyguide.org/intellect/declaration.html>

Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa Republike Srbije (Act on Ownership and Real Property Relations RS), *Službeni list SFRJ*, br. 6/1980, 36/1990; *Službeni list SRJ*, br. 29/1996, i *Službeni glasnik RS*, br. 115/2005 -dr. zakon.

Zbirka sudskih odluka (*Collection of Court Decisions*), Beograd, 1969, knj.14, vol. 2, Odluka br. 155

Odluka Višeg suda Vojvodine (Decision of the Higher Court of Vojvodina), Rev. 524/87, *Sudska praksa*, Beograd, 10/1988, Odluka br. 55

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

## **СУСЕДСКА ПРАВА И ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА**

### **Резиме**

*Рад се бави анализом својине и потребом за њеним ограничењима у приватном и општем интересу. Анализира се однос суседско-правних ограничења и забране злоупотребе права. Суседска права постављају границе у садржини права својине, док забрана злоупотребе права додатно ограничава слободу у вршењу признате садржине права. Сврха рада је да се укаже на основне разлике између суседског права и забране злоупотребе права, али и сродност њихових функција.*

*Стварна права су апсолутна права која свом титулару гарантују непосредну правну власт на ствари као објекту својине, стварних и личних службености, заложног права и других стварних права. Иако је својина најшире имовинско право, што омогућава читав спектар различитих облика држања, коришћења и располагања, модерно право ограничава власника тако што му намеће обавезу да своја овлашћења врши у складу са друштвено прихватљивим циљем и на друштвено допуштен начин. Овај принцип се потврђује ограничењем својине, али и других стварних права, путем института забране злоупотребе права.*

*Забрана злоупотребе права није унапред попуњена позитивном садржином већ као један стандард понашања омогућава судији да у сваком конкретном случају процени исправност начина вршења признате садржине стварног права, сагледавањем друштвеног циља субјективног права у одређеном времену и друштву. Забрана (зло)употребе права је израз победе општег над индивидуалним интересом, тако што се спречава „себичност“ и потпуна аутономија у вршењу стварних права која није у складу са ширим, друштвеним интересима.*

**Кључне речи:** својина, суседска права, злоупотреба права.





**Др Душица Палачковић,\***  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Крагујевцу

**Јелена Чановић,\***  
Асистент Правног факултета,  
Универзитет у Крагујевцу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
10.5937/zrpfno-28777

UDK: 347.921.8(497.11)  
341.2:342.7

Рад примљен: 08.10.2020.  
Рад прихваћен: 16.12.2020.

## **БЕСПЛАТНА ПРАВНА ПОМОЋ У КОНТЕКСТУ ПРАВА НА ПРИСТУП СУДУ\*\***

**Апстракт:** Устав Републике Србије изричито одређује да се бесплатна правна помоћ регулише законом. У низу извештаја о напретку Републике Србије у процесу придруживања Европској унији упозоравано је на недопустиво низак ниво квалитета и ефикасности правосуђа, а у том контексту и на неопходност законског регулисања система бесплатне правне помоћи. Коначно, ова материја је нормирана посебним законом који се примењује од 1. октобра 2019. године. У раду је поред појмовног одређења права на бесплатну правну помоћ анализирана условљеност права на приступ суду, као конститутивног елемента права на правично суђење из члана 6 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, остварењем права на бесплатну правну помоћ. Регулисање бесплатне правне помоћи на националном нивоу мора испуњавати стандарде формулисане на нивоу Европске уније, али и кроз праксу Европског суда за људска права, па су у раду анализирани референтни прописи и одлуке, односно стандарди који су препознати и прихваћени. Закон о бесплатној правној помоћи Републике Србије анализиран је у контексту испуњености стандарда, посебно у односу на услове за остварење права на бесплатну правну помоћ и круга корисника и пружалаца појединих врста правне помоћи.

**Кључне речи:** право на приступ суду, бесплатна правна помоћ, европски стандарди бесплатне правне помоћи, примена стандарда у процесу доношења закона.

---

\* [duda@jura.kg.ac.rs](mailto:duda@jura.kg.ac.rs)

\* [jcanovic@jura.kg.ac.rs](mailto:jcanovic@jura.kg.ac.rs)

\*\* Рад је под истим називом изложен у виду усменог саопштења на међународној научној конференцији „Одговорност у правном и друштвеном контексту“, одржаној 18. септембра 2020. године у организацији Правног факултета у Нишу.

## 1. Уводна разматрања

Неспорно је да је право на приступ суду (*right of access, access to court*) елемент права на правично (поштено) суђење (*fair trial*) из чл. 6, ст. 1 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (надаље: Конвенција). Наведена одредба не помиње изричито право на приступ суду ван кривичних поступака, али је Европски суд за људска права (надаље: Суд), у случају *Golder v UK* (1975) 36 недвосмислено истакао да је „право на приступ суду конститутивни елемент права из чл. 6, ст. 1“. Реч је о једном од тзв. имлицираних права (Омејес, 2014: 1125) које је „предуслов и неопходна претпоставка у остваривању свих осталих процесних људских права“ (Петрушић, 2008: 164) (тима и супстанцијалних), а владавина права тешко је замислива ако нема могућности приступа судовима (Šarin, 2015: 276). Истовремено, право на приступ суду је и полазна тачка за детектовање права на бесплатну правну помоћ (Jelinić, Knol Radoja, 2014: 187), стога што „нико не сме бити спречен економским препрекама у свом настојању да оствари или одбрани своје право пред било којим судом који поступа у грађанским, трговачким, управним, социјалним или пореским стварима“ (Resolution (78)8, I, art. 1–4). Бесплатна правна помоћ уведена је и у сам систем европске заштите људских права (Радивојевић, Раичевић, 2019: 77).

У домену грађанских судских поступака повреда права на приступ суду први пут је анализирана у случају *Airey v Ireland* (1979) 26. Став Суда је да, без обзира што не постоји право на бесплатну правну помоћ *per se*, аутономни захтев за њеним пружањем се поставља нарочито када поступак приморавана подносиоца представке да га пред вишим судом заступа адвокат и када је поступак сложен, али се као критеријуми препознају и материјално стање, карактеристике странке (нпр. степен образовања и познавања права и правних могућности), способност странке да делотворно штити своје интересе у поступку и посебна обележја случаја. Неки од њих, нарочито посебне околности случаја и способност странака да штите своје интересе, тешко се утврђују и остављају простор накнадне разраде за Суд (Jelinić, Knol Radoja 2014: 189).

Право на бесплатну правну помоћ није апсолутно, па су прихватљива његова ограничења на основу финансијских прилика тражиоца и изгледа на успех у спору, на тражиоцу је терет доказивања да нема довољно средстава за ангажовање адвоката, а обавеза државе је да спречи арбитрерност при одлучивању о додели (Голубовић, 2013: 294). Реч је о једној од позитивних обавеза државе која обезбеђује равноправност странака (Јакшић, 2017: 101, 102), која поред нормативног признања подразумева и заштиту у случају повреде (Водинелић, 2007: 34). Да би право на приступ суду било

делотворно „појединац мора имати јасну и стварну могућност оспоравања акта којим се нарушавају његова права“ (*Lesjak v Croatia* (2006) 35). Оно подразумева гаранције остварења свих права изричито наведених у чл. 6, ст. 1, али и низ других конкретних гаранција: правну помоћ (посебно бесплатну<sup>1</sup>), право на саветовање, право на превођење и друге мере практичне подршке (Prigučnik, 2016: 27), поједностављивање судских поступака и обезбеђење њихове транспарентности, повећање нивоа информисаности појединаца о механизмима судске заштите или смањење трошкова самих поступака.<sup>2</sup>

Бесплатна правна помоћ у контексту права на приступ суду условљава бројне дилеме у одабиру ефикасног и делотворног система пружања овог вида помоћи. У раду ће бити анализирани најважнији европски стандарди бесплатне правне помоћи у грађанским судским поступцима и законска решења у Републици Србији у контексту ових стандарда. Њихово прихватање и делотворна примена усвојеног модела омогућава доступност суда пре свега лицима која нису у могућности да снесе трошкове поступка.

## 2. Бесплатна правна помоћ (појам, сврха и врсте)

Право на бесплатну правну помоћ може се одредити као право на коришћење услуга организованих стручних служби и надлежних органа, без накнаде или уз делимичну накнаду, у складу са законским критеријумима за одобравање (Лазич, Здравковић, 2008: 110). Реч је о „законом уређеном виду заштите којим држава омогућава да поједина лица остваре заштиту повређених, угрожених или оспорених права и интереса у поступку пред надлежним судом“ (Станковић, 2015: 12) и чије трошкове у целини или делимично сноси држава (Џизмић, 2010: 412). Трошкови настају током или поводом поступка правне заштите, а ослобођење је потпуно или делимично – преко износа који се не би могао сносити без знатнијих тешкоћа (Resolution (78)8, art. 2).

Ефикасан систем бесплатне правне помоћи је одговор државе на постојање одређених категорија становника који нису у могућности да остваре право на приступ суду без организоване помоћи заједнице (Адамовић, 2008: 149). Реч је о сиромашнима, али су они често и невични праву и недовољно образовани, што их додатно спречава у остварењу својих права у судским и другим поступцима заштите. Као *conditio sine qua non* реализације права

---

1 Правна помоћ коју пружају адвокати на основу уговора и према тарифи није тема овог рада.

2 Низ других начина остварења права на приступ суду помиње, нпр. *Recommendation No.R (81)7*.

на приступ правди бесплатна правна помоћ је начин да се правда учини фактички доступном и сиромашнима, да нормативно прихваћено право на правично суђење и право на једнаку заштиту права и на правно средство (Устав РС, чл. 32 и 36) буду и остварени. Стога су основни захтеви система бесплатне правне помоћи ефикасност, квалитет и функционалост, али и правичност, као и одрживост и сталност кроз обезбеђења материјална и друга неопходна средства (Лазих, Здравковић, 2008: 110, 111). Обезбеђење једнакости, равноправности и правичности у поступцима заштите увођењем система бесплатне правне помоћи најдиректније утиче на спречавање дискриминације услед различитих имовинских прилика странака, што је посебно актуелизовано у условима пораста броја незапослених, ниске цене рада, економских криза и константног раслојавања у савременом друштву (Станковић, 2015: 13, 16; Буха, 2019: 160). Такође, посебности одређених права условљавају увођење посебних процедура (заштита од дискриминације, потрошачки, медијски, спорови о интелектуалним правима и др.), што компликује заштиту и додатни је разлог обезбеђења бесплатне правне помоћи.

Бесплатна правна помоћ не обухвата само сношење или партиципирање у трошковима заступања у судским поступцима већ и трошкове судских такса, извођења доказа, превођења, обезбеђења доказа, као и неких специфичних, нпр. за плаћање акторске кауције, али укључује и право на примерену информацију и правни савет (Uzelac, Pristup pravosudju – Nacrт: 2).

Начелно, на нормативном нивоу, разликују се примарна (давање општих правних информација и правних савета, састављање поднесака и заступање у вансудским поступцима, нпр. мирног решавања спорова) и секундарна бесплатна правна помоћ (правни савет, састављање поднесака и заступање у судским поступцима, али и ослобођење од плаћања трошкова судског поступка и судских такси).<sup>3</sup> Поред разлике према врстама радњи правне помоћи, различит је и круг пружалаца услуга заступања корисника у судским поступцима (тзв. судска сфера, секундарна правна помоћ), који је по правилу ограничен прихватањем ужег или ширег монопола адвоката. У вансудској сфери круг пружалаца, али и корисника је најшири – примарна правна помоћ није условљена финансијским цензусом. Изван адвокатуре пружаоци услуга примарне правне помоћи су невладине организације, посебне службе, канцеларије, правни заступници, правне клинике, при чему је они ван државног система не смеју пружати у виду заната – системски и наплатно (Водинелић 2007: 19), али морају бити регистровани

---

<sup>3</sup> Тако чл. 12 Закона о besplatnoj pravnoj pomoći Republike Hrvatske, NN, бр. 143/13 и 98/19, (надаље: ZBPPH).

и пружати правну помоћ организовано.<sup>4</sup> Могуће је и разликовање на радње правне помоћи које се тичу саме ствари у вези са остварењем права (помоћ у погледу меритума – обавештења, савети, израда аката и поднесака, заступање) и оне које само доприносе на други, посредан начин, олакшању и ојачању положаја лица у вези са његовим правом (ослобађање од сношења трошкова поступка – „сиромашко право“) (Водинелић, 2007: 16). Бројне разлике националних права условљавају закључак да јединственог модела бесплатне правне помоћи нема, да бесплатна правна помоћ „није једнина него множина“ (Водинелић, 2007: 31). Треба, такође, имати у виду и да ослобођење од плаћања трошкова поступка и бесплатна правна помоћ нису истозначни појмови, те је и законодавни приступ њиховом регулисању различит (у законима о бесплатној правној помоћи или процесним законима). Ослобођење од плаћања судских трошкова и судских такси је „економска помоћ или социјална мера која би за бољитак странке у правној сфери могла имати тек посредни утицај“ (Čizmić, 2010: 415–416) и само један од начина да се најсиромашнијима олакша приступ суду. Процесна равноправност или „једнакост оружја“ постиже се тек обезбеђењем бесплатних услуга заступања које не би смело бити условљено потпуним ослобађањем од плаћања трошкова вођења поступка.

Из економске перспективе правна помоћ је „услуга која се купује на тржишту од оних који су овлашћени да је пружају“, али социјалне (не) прилике, различити нивои образовања и свести о правима, непознавање права и правних могућности и бројност прописа који оптерећују модерне правне системе условљавају да грађани због имовинских прилика ове услуге не могу купити, па је последица неефикасност заштите њихових права (Jelinić, Knol Radoja, 2014: 190).

### **3. Европски стандарди бесплатне правне помоћи**

Бесплатна правна помоћ није „милостиња сиромашнима“ већ обавеза друштва (Resolution (78)8), како „нико не би био спречен сметњама економске природе у настојању да оствари или одбрани своје право пред било којим судом који одлучује у грађанским, трговинским, управним, социјалним или пореским стварима“ (Part I(1)). Будући да економско и социјално стање условљава неравноправност у приступу суду (Recommendation (81)7) препоручује се проширење круга лица која имају право на бесплатну правну помоћ (Recommendation (93)1). Поред државног система допуштени су и други, комплементарни облици, као што су услуге

---

4 Упоредноправни преглед за европске државе видети у Водинелић, 2007: 15–28, а за постјугословенске државе у Preložnjak, Šago, 2010: 789–812.

удружења, центара за правно саветовање или формирање фондова којима управља приватни сектор (Prigučnik, 2016: 58). Како су корисници у највећој мери лица слабијег имовног стања и угрожене категорије, од посебне је важности реална процена границе сиромаштва и уважавање разлога правичности, али и испуњење обавеза које проистичу из међународних уговора и обухватање правних ствари са елементом иностраности (Лазивић, 2009: 152).

Наведено је да Конвенција не предвиђа изричито обавезу пружања бесплатне правне помоћи у грађанским правним стварима, али је Суд у бројним одлукама усвајао сукцесивно критеријуме који оправдавају или чине неопходном бесплатну правну помоћ и у овој материји. Најчешће су то финансијско стање појединца, вредност предмета спора, неукост странке, стварне могућности постулативно способних лица, степен писмености и образовања, припадност социјално угроженим категоријама и маргинализованим групама, значај самог спора за апликанте и сложеност правне ствари са аспекта примене процесних (*Steel and Moris v the UK* (2005) 61; *McVicar v the UK* (2002) 48, 50; *P., C. and S v the UK* (2002) 89, нпр., компликованост доказног поступка), као и материјалноправних норми (*Airey v Ireland* (1979) 24, 27; *Pristup pravdi*, 10).

Тако, став Суда је да непружање бесплатне правне помоћи од стране адвоката може имати за последицу кршење чл. 6, ст. 1 Конвенције, ако је она неопходна за делотворан приступ суду, нпр. када је такво заступање обавезно по закону (ограничена постулативна способност странака), али и у посебним врстама парничних поступака (*P., C. and S. v UK* (2002) 88–91; Prigučnik, 2016: 60). Слобода држава у одређивању критеријума и њиховој примени подразумева и ограничења која не смеју нарушавати саму суштину права на приступ суду, циљ ограничења мора бити легитиман и мора постојати пропорционалност између средства ограничења и циља (*Ashingdane v UK* (1979) 57; Маширевић против Србије (2014) 46; Prigučnik, 2016: 60). Критеријуми Суда могу се свести на имовински и интерес правичности.

У случају *Airey v Ireland* (1979) 26–28, Суд указује да апликанткиња није имала средстава да плати адвоката, а „с обзиром на сложену процедуру и правна питања која се у овом случају постављају, неопходна доказна средства и посебну (емоционалну) осетљивост брачних спорова, могућност да (гђа *Airey*) сама води поступак... не би обезбедила делотворно правно средство“. Поступак је био „економски неприступачан и компликован“, странка је правно неука, а противна странка је имала адвоката и стога оне нису биле „једнаке у оружју“. „Интерес правде“ Суд образлаже у бројним

одлукама према околностима случајева (*Artico v. Italy* (1980); *Pakelli v FR of Germany* (1981); *Croissant v FR of Germany* (1989); *Quaranta v Switzyerland* (1991); *Steel and Morris v UK* (2005)). Практичну немогућност покретања поступка због превеликих трошкова Суд изједначава са правном немогућношћу.

У низу случајева Суд је ограничења оценио као легитимна, односно оправдана и сразмерна потребама: примена правила о имунитету, ограничења лица са душевним сметњама у покретању и вођењу поступка, забрана злоупотребе процесних овлашћења, ограничена постулатациона способност, правила о акторској кауцији, неспорно и слободно одрицање од права на приступ суду уговарањем арбитраже, наплаћивање примерених судских такси (*Uzelac, Pravo na pošteno suđenje*, 2010: 93). У случају *Kreuz v Poland* (2001) 62, нпр., Суд је оценио да процена пољског суда по захтеву за ослобођење од плаћања високих судских такси у контексту хипотетичких могућности зараде тражиоца, а не доказа које је он поднео представља повреду права на приступ суду, али не и када апликант није обухваћен програмом бесплатне правне помоћи јер његов приход премашује национални лимит, под условом да то не нарушава суштину права на приступ суду (*Glaser v UK* (2000) 99; *Santambrogio v Italy* (2005) 58). Апсолутно постављен лимит за подношење захтева доводи се у везу са комплексношћу и стога изузетно скупим вођењем поступка (*Uzelac, Pravo na pošteno suđenje*, 2010: 106; *Steel and Morris v UK* (2005) 62–72). Наиме, државе немају обавезу да јавна средства троше ради обезбеђења потпуне једнакости оружја кроз бесплатну правну помоћ једној од странака „под условом да се свакој страни омогући разумна могућност да изнесе свој предмет у околностима које је не стављају у знатно неповољнији положај у односу на противника“ (*Steel and Morris v UK* (2005) 62). Стога и доминирају системи правне помоћи у којима корисник учествује у њеном финансирању мање или више, уз могућност отплаћивања трошкова и на рате (Водинелић, 2007: 24). Прихватљиво је и одбијање захтева за пружање правне помоћи када се захтева претерано висок износ, када су услови накнаде произвољни и неразумни или када се ситуација апликанта поправила у мери да је могао да поднесе трошак (*Legal aid in Europe*, 2015: 5). Недовољна могућност за успех или неозбиљно или из обести покретање поступка такође оправдава одбијање захтева за пружање бесплатне правне помоћи (*Staroszczyk v Poland* (2007) 120), али се одлука по захтеву увек мора донети (*A.B. v Slovakia* (2003) 61–63). Арбитрерност при одлучивању је забрањена па критеријуми морају бити објективизирани, тело које одлучује непристрасно, а одлуке подобне преиспитивању (*Legal aid in Europe*, 2015: 5; *Vitkauskas, Dikov*, 2012: 34). Национални закони могу извесне типове парничних поступака искључити из система бесплатне правне помоћи (*Vitkauskas, Dikov*, 2012: 34). Код

малих вредности предмета спора ни сиромашни немају гарантовано право на бесплатну правну помоћ, а имућни могу бити ослобођени плаћања трошкова у случају високе вредности (Čizmić, 2010: 420; Legal aid in Europe, 2015: 7). И однос апликанта са додељеним заступником је од значаја за Суд, па у околностима када их је промењено чак седам јер апликант није желео са њима да сарађује, држава не може бити одговорна (*Renda Martins v Portugal* (2002)).

У случају *Bertuzzi v France* (2003) 31, утврђена је повреда права на приступ суду јер је апликант сам водио спор за накнаду штете против адвоката, правна помоћ му је већ била одобрена, а три адвоката су одбила да га заступају уз оправдање личним везама са туженим (Prigučnik, 2016: 77). Мада држава не може да одговара за понашање адвоката који је додељен странци, морају се обезбедити механизми контроле њиховог рада, па и замена ако посао не врше, или га врше неадекватно (*Artico v Italy* (1980) 33–37). Држава мора успоставити неопходан баланс адвокатске независности и савесности у вршењу професије и поштовања права на приступ суду, па повреда постоји када адвокат додељен странци одбије да поднесе правни лек само три дана пре истицања законског рока, сматрајући да нема основа за подношење, а странка није могла да нађе новог заступника и одржи рок (*Sialkowskav Poland* (2007) 114).

И поступак за признање права на бесплатну правну помоћ је предмет оцене Суда са аспекта преклузивности рокова и негативне процене успеха у спору који се доводе у везу са правном сигурношћу (Голубовић, 2013: 295–298; *Kozlowski v Poland* (2013) 26–32). Поступак одобравања подразумева одређено време, па се правила судских поступака морају прилагодити, нпр. отклањањем дејства преклузивности рокова за процесне радње, законски или уједначеном судском праксом, бесплатни заступник мора обавестити странку у одређеном року о одбијању да је заступа услед негативне процене успеха (нпр. изјављивања правног лека), односно непостојања основа за даље поступање.

#### **4. Стање у Републици Србији – Закон о бесплатној правној помоћи**

Устав Републике Србије (чл. 67) јемчи право на правну помоћ, под условима одређеним законом, као пружаоце одређује адвокатуру и службе правне помоћи јединица локалне самоуправе и препушта посебном закону уређење бесплатне правне помоћи. Ситуирање ове одредбе неспорно упућује на прихватање права на правну помоћ као једног од основних људских права. Доносећи Закон о бесплатној правној помоћи<sup>5</sup> Србија

---

<sup>5</sup> Закон о бесплатној правној помоћи, *Сл. гласник РС*, 87/2018, надаље: ЗБПП.



се, уз недопустиво кашњење,<sup>6</sup> прикључила државама које су овакаве прописе усвојиле, али и створила предуслове за ефикасније остварење права на приступ суду лицима чији је број, према доступним подацима, забрињавајуће велики.<sup>7</sup> Такође, измене у општој парничној процедури последњих десетак година не погодују неким странкама и сиромашнима – тужба и правни лекови не могу се више подносити изјавом на записник састављен у суду, писани одговор на тужбу је обавезан, уведена је пресуда због пропуштања, ограничен период за изношење чињеничних тврдњи и предлагање доказа, фаворизовано расправно начело и уведена могућност приватне експертизе и др. (Станковић, 2015: 17).

Наведена уставна формулација (ст. 2) условила је у време израде ЗБПП различита тумачења у погледу круга пружалаца правне помоћи. Адвокатска комора је тврдила да уставне одредбе изричито и таксативно набрајају ко може да пружа правну помоћ, па је свако друго решење неуставно. У правној теорији ставови су били различити, од оних који подржавају став Коморе (Петров, Орловић, Станковић, 2018) до оних који сматрају да Устав само обавезује адвокатуру и службе правне помоћи локалних самоуправа да је пружају, али не забрањује другима да, под одређеним условима, то исто чине (Гајин, 2007: 9; Водинелић, 2007: 35; Право на бесплатну правну помоћ, 2016: 3). У основи конфликта је подела „колача“, односно значајних државних средстава која бесплатна правна помоћ подразумева.<sup>8</sup>

У односу на стандарде система бесплатне правне помоћи издваја се неколико кључних питања на основу анализе ЗБПП. Пре свих то је ширина круга пружалаца услуга. Наиме, широк круг свакако обезбеђује виши ниво гаранција реализације права на бесплатну правну помоћ, а конкурентност омогућава побољшање квалитета услуга (Лазић, Здравковић, 2008: 114). Неспорно је да адвокати и надлежна тела у локалној самоуправи могу да буду пружаоци практично свих услуга (чл. 9, ст. 1 ЗБПП). Укључивање

---

6 Извештаји ЕК о напретку Србије констатују у дужем периоду недостатак квалитета и ефикасности правосуђа и приступа правди између осталог и због недостатка закона о бесплатној правној помоћи, нпр. Извештај, 2016: 13). Национална стратегија реформе правосуђа за период од 2013. до 2018. констатује да је досадашњи напредак у овој области незадовољавајући.

7 Према подацима Тима за социјално укључивање и смањење сиромаштва Владе РС за 2017. год, четвртина становника је у ризику од сиромаштва, 500.000 људи нема средства за основне потребе, 12.045 дин. је граница апсолутног сиромаштва, 286.000 људи прима новчану социјалну помоћ, а 35.300 је корисника народне кухиње. Стопа тзв. апсолутно сиромашних је 7,1%.

8 Акциони план за поглавље 23 предвиђа да се у прве три године примене закона годишње издваја по 5,6 милиона евра, од чега највећи део добијају пружаоци, <http://www.romskinacionalnisavet.org.rs/>

овлашћених удружења као и правних клиника свакако је корисно, али је могући обим различит, а ЗБПП се определио да то буде у начелу тзв. примарна правна помоћ. Чини нам се да нема сметњи да се у ограниченом виду (у оквиру регистроване делатности) удружењима омогући и заступање у тзв. судској сфери, посебно стога што процесна правила парничне процедуре не предвиђају монопол адвоката као пуномоћника (осим у поступку по ванредним правним лековима),<sup>9</sup> а ова правила примењује се и у другим грађанским судским поступцима. Одредбом чл. 9 ЗБПП је предвидео да удружења могу пружати бесплатну правну помоћ у ужем смислу (примарну) само на основу одредаба закона који уређује право азила и забрану дискриминације, а да је у име удружења пружају адвокати, док је неограничено у оквиру циља оснивања предвиђено само попуњавање формулара и пружање општих правних информација (чл. 9, ст. 5). Укључивање услуга јавних бележника, посредника и правних факултета кроз тзв. бесплатну правну подршку од несумњивог је значаја у контексту испуњености стандарда (чл. 11 и 12). Међутим, законодавац се определио за модел у коме монопол пружања правне помоћи у ужем смислу (заступање, одбрана и састављање поднесака) остаје у надлежности адвокатуре и државних служби, као што је то и у већини европских држава (Петров, Орловић, Станковић, 2018).<sup>10</sup>

За кориснике бесплатне правне помоћи основни постулат је да се примарна правна помоћ обезбеди у свакој правној ствари и да се не сме ограничавати искључиво имовинским цензусом.<sup>11</sup> Наш законодавац је предвидео (чл. 13) да се право на општу правну информацију, попуњавање формулара, као и помоћ коју могу пружати удружења (прописи о азилу и забрани дискриминације), пружа и лицима која не испуњавају услове (из чл. 4). У односу на секундарну бесплатну правну помоћ цензус пак не сме бити превисоко одређен јер се тиме свима који реално нису у могућности да сносе, у целини или делимично, трошкове поступка, укључујући и трошкове заступања, онемогућава делотворан приступ суду. Имовински цензус мора бити егзактан, односно не сме се допустити арбитрерно тумачење, али је његово везивање за остварење права на бесплатну правну помоћ уз висину накнаде социјалне помоћи или дечјег додатка пример веома ниско одређеног цензуса који значајан број стварно сиромашних

9 Чл. 85, ст. 2–4 ЗПП.

10 Има и држава које укључују и тзв. невладин сектор (Грчка, Мађарска, Словачка, Француска, Хрватска и Чешка) (Петров, Орловић, Станковић, 2018).

11 Видети, нпр., одредбу чл. 10 (а) ZVPRH.

лишава могућности коришћења ових услуга.<sup>12</sup> Уз то, услови коришћења социјалне помоћи и дечјег додатка су све рестриктивнији (Радојевић, 2018: 255). Непотпуна или неажурна евиденција социјалног положаја („социјалне карте“) не сме бити сметња остварењу овог права (Лазивић, Здравковић, 2008: 116). Међутим, увођење ове евиденције код нас је неизвесно.

Околност да се законима о бесплатној правној помоћи не обухвата увек и ослобађање од плаћања трошкова поступка и плаћања судских такси,<sup>13</sup> што не чини ни ЗБПП Србије где ову материју регулишу процесни закони, захтева неопходно уједначавање критеријума.<sup>14</sup>

Интерес правичности примаран је у низу ситуација, пре свега ради заштите маргинализованих група, или када постоји посебна друштвена опасност или егзистенцијална угроженост лица (насиље у породици, дискриминација, корупција, трговина људима, злоупотребе органа власти и сл. (Лазивић, Здравковић, 2008: 116)).<sup>15</sup> Стога би и услуге секундарне правне помоћи, односно правних савета, писања поднесака и заступања морале бити доступне и лицима која немају способности да сама воде поступак, или у сложеним правним стварима или правним стварима од посебног интереса за странку, а не само сиромашним.<sup>16</sup> ЗБПП (чл. 4, ст. 3) набраја велики број категорија лица која би, према смислу Закона, право остваривала без обзира на имовно стање (Радојевић, 2018: 255). Обухваћена су и лица која немају домаће држављанство, апатриди или страни држављани настањени код нас, као и лица која по другом основу имају право на бесплатну правну помоћ, као и случајеви тзв. прекограничних спорова

---

12 Најновији цензус за дечији додаток је 9.271,83 дин, односно за једнородитељске породице 12.053,40, а нпр. за једнородитељске породице са дететом са инвалидитетом 11.126,21. дин. [https://www.paragraf.rs/statistika/nominalni\\_iznosi\\_prava\\_na\\_finansijsku\\_podrsku\\_porodici\\_sa\\_decom\\_i\\_cenzusi\\_za\\_ostvarivanje\\_prava\\_na\\_deciji\\_dodatak.html](https://www.paragraf.rs/statistika/nominalni_iznosi_prava_na_finansijsku_podrsku_porodici_sa_decom_i_cenzusi_za_ostvarivanje_prava_na_deciji_dodatak.html). У 2019. год. цензус висине новчане социјалне помоћи за носиоца права у породици био је 8.508 дин. Истраживања показују да би само око 1,3% грађана могло да оствари бесплатну правну помоћ ако се цензус на овај начин рачуна (Лазивић, Здравковић, 2008: 116).

13 ЗВРРП то, нпр. чини (чл. 12, ст. 2).

14 Тако Закон о парничном поступку (*Сл. гласник РС*, 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014) у чл. 168, ст. 1, омогућава ослобођење од плаћања трошкова поступка странци која према свом општем имовном стању није у могућности да сноси ове трошкове, а чл. 170 омогућава да суд оној странци која је потпуно ослобођена од плаћања трошкова признаје право на бесплатну правну помоћ.

15 Видети и чл. 15 ЗВРРП.

16 Видети нпр. чл. 13, ст. 1 ЗВРРП.

(*Council Directive 2002/8/EC*).<sup>17</sup> Искључење одређених категорија правних субјеката (нпр. правних лица), као и поступака чија правна природа је неспојива са усвојеним критеријумима имовинског цензуса, правичности и заштите посебних категорија лица или друштвених група,<sup>18</sup> је легитимно. Интерес правичности у односу на секундарну правну помоћ захтевао је увођење делимичног сношења трошкова од стране корисника.<sup>19</sup>

Проблематично је решење ЗБПП да одлуку по захтеву доноси појединац без обзира на предвиђене квалификације (чл. 29), јер може водити арбитрерности. Уз то, законодавац користи и израз „орган управе“ у контексту поступања и доношења решења, па је нејасано да ли је то и даље појединац, односно физичко лице.<sup>20</sup> Прикупљање података по службеној дужности ограничено је на оне из „службених евиденција“ (чл. 31, ст. 2), што се чини недовољним.<sup>21</sup>

Финансирање бесплатне правне помоћи мора подразумевати сталне, односно стабилне и довољне изворе. Директно финансирање из средстава државног буџета и буџета јединица локалне самоуправе је најповољније решење, али се могу користити и други начини, као што су донације и пројектно финансирање из јавних прихода (чл. 39 ЗБПП), које подразумева јавни конкурс. Недостатак може бити изузимање из буџетског и финансирање средствима локалне самоуправе заступања у првостепеном управном поступку, а проблеми могу настати и услед нетранспарентности јавних конкурса, ако услови нису унапред познати и ако није обезбеђен равноправни третман свих потенцијалних давалаца услуга. Заједничко финансирање из државног и буџета локалне самоуправе по себи није проблематично (чл. 39, ст. 2), али је проблематичан принцип претходног сношења укупних трошкова од стране локалне самоуправе (чл. 41, ст. 2).

Законом мора бити успостављен чврст систем надзора над законитошћу рада пружалаца услуга и управне и стручне контроле квалитета услуга. Стручну контролу, односно контролу стручности и савесности у пружању

---

17 За критички приказ одредаба о бесплатној правној помоћи у прекограничним споровима видети Станковић, 2020: 253–271.

18 Видети чл. 7ЗБПП, чл. 13 ЗВРРН.

19 Видети, нпр. чл. 2 Закона о бесплатној правној помоћи Црне Горе, из 2011. год. (у даљем тексту: ЗБППЦГ), који већ у дефинисању појма одређује да је реч о „обезбеђењу потребних средстава за потпуно или делимично покривање трошкова“ различитих видова правне помоћи и трошкова судских поступака као и чл. 19 ЗВРРН.

20 ЗВРРН нпр. предвиђа надлежност управног органа (чл. 16).

21 ЗВРРН, нпр. предвиђа и прикупљање података од надлежних органа или правних лица из јединственог регистра рачуна, податке који су банкарска тајна и све друге податке о имовини, чл. 18.

услуга требало би да спроводе судије које воде поступак у коме је помоћ одобрена. Поступци контроле морају бити прецизно уређени, а како се корисник не налази у уговорном односу са пружаоцем, односно не може, као у случају пуномоћника, опозвати пуномоћје, мора му бити омогућено да захтева нпр. замену адвоката.<sup>22</sup> Није довољно да је бесплатни адвокат „номинован“. Мора се обезбедити ефективно и ефикасно репрезентовање странке, а интерпретација ових стандарда од стране државе мора бити рестриктивна, иначе бесплатна правна помоћ остаје безвредна (уп. Петрушић, 2008: 177, 178).

Поступак одобравања је према ЗБПП хитан (чл. 32, 34, ст. 4), а ефикасности служи и одредба о скраћеном року уколико за потенцијалног корисника може настати ненадокнадива штета или му прети преклузија у поступку који води. Поред опште месне надлежности за подношење захтева уводи се и место пружања бесплатне правне помоћи (чл. 27), што олакшава остварење права. Одредба о ослобађању од плаћања таксе за захтев је у складу са стандардима, али се не односи и на таксу за решење.<sup>23</sup>

## 5. Уместо закључка

Право на приступ суду је несумњиво конститутивни елемент права на правично суђење из члана 6 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Ефикасна и ефективна реализација овог права у пракси подразумева, поред осталог, и успостављање и делотворно спровођење система бесплатне правне помоћи како би се примарно лицима која немају финансијска средства за вођење судских или других поступака заштите омогућио приступ суду. Србија је 2018. године коначно усвојила Закон о бесплатној правној помоћи. Низ решења која је закон предвидео указују на прихваћене међународне стандарде, али простора за одређена прилагођавања и побољшања свакако има. Такође, кратко време од усвајања указује да пракса није могла у довољној мери да укаже на дилеме, нејасноће или неадекватност појединих одредаба, па остаје да се у будућности о томе изјасни како би и такви ставови указали на могуће правце измена или допуна.

## Литература/References

Адамовић, А. (2008). Систем бесплатне правне помоћи у Словенији. У Петрушић, Н. (Ур.). *Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију*

---

22 Видети чл. 41 и 42 ЗВРРП.

23 Видети чл. 16, ст. 5 ЗВРРП, у оквиру секундарне правне помоћи.

*европских стандарда у правни систем Републике Србије: тематски зборник радова, Књига 4.* Ниш: Центар за публикације Правног факултета;

Vodinić, V. (2007). *Pravna pomoć – u uporednom i našem pravu, sada i ubuduće.* U Trkulja, J. i Gajin, S. (Ur.). *Pravna pomoć.* Beograd: Centar za unapređivanje pravnih studija;

Gajin, S. (2007). *Uvodnik.* U Trkulja, J. i Gajin, S. (Ur.). *Pravna pomoć.* Beograd: Centar za unapređivanje pravnih studija;

Golubović, K. (2013). *Perspektive primene evropskih standarda prava na besplatnu pravnu pomoć u RS.* U Lilić, S. (Prir.) i Mitrović, M. D. (ur.). *Perspektive impleментације evropskih standarda u pravni sistem Srbije – Knjiga 3.* Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu;

Јакшић, А. (2017). *Грађанско процесно право,* Београд;

Jelinić, Z., Knol Radoja, K. (2014). *Analiza hrvatskog sustava besplatne pravne pomoći u građanskim stvarima u svjetlu dosadašnje prakse Europskog suda za ljudska prava.* *Pravni vijesnik.* Vol. 30. Br. 2.;

Лазих, М., Здравковић, У. (2008). *Успостављање система бесплатне правне помоћи у Републици Србији.* У Петрушић, Н. (Ур.). *Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије: тематски зборник радова, Књига 4.* Ниш: Центар за публикације Правног факултета;

Лазих, М. (2009). *Субјекти бесплатне грађанскоправне помоћи у Републици Србији.* У Лазих, М. и Пејић, И. (Ур.). *Законодавни и институционални оквир независног судства у Републици Србији,* тематски зборник радова. Ниш: Центар за публикације Правног факултета;

Omejec, J. (2013). *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi europskog Suda za ljudska prava (Strasburrški Acquis),* Zagreb;

Петрушић, Н. (2008). *Право на приступ суду у светлу новог ЗПП.* У Петрушић, Н. (Ур.). *Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије: тематски зборник радова, Књига 4.* Ниш: Центар за публикације Правног факултета;

Радојевић, М. (2018). *Систем (бесплатне) правне помоћи у РС.* *Српска политичка мисао.* Бр. 4/2018. Год. 25. Vol. 62.;

Станковић, Г. (2015). *Спречавање дискриминације по основу имовног стања у парничном поступку.* У Боранијашевић, В. (Ур.). *Правни систем и заштита од дискриминације, тематски зборник радова, прва свеска.* Косовска

Митровица: Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици;

Čizmić, J. (2010). O pružanju besplatne pravne pomoći. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*. Vol. 31. (1991). Br. 1.

### **Прописи**

Закон о бесплатној правној помоћи. Службени гласник РС. Бр. 87/2018;

Закон о парничном поступку. Службени гласник РС. Бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014;

Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (са допунским протоколима бр. 11, 4, 6, 7, 12 и 13). Службени лист СЦГ – Међународни уговори. Бр. 9/2003 и 5/2005;

Устав Републике Србије. Службени гласник РС. Бр. 98/06.

### **Електронски извори**

Акциони план за спровођење Националне стратегије реформе правосуђа за период од 2013–2018. године. Преузето 28. 2. 2020. Доступно на: <https://mpravde.gov.rs/tekst/22602/akcioni-plan-za-sprovođenje-strategije.php>

Буха, М. (2019). Право на бесплатну правну помоћ у кривичном поступку БиХ, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. Бр. 86, Год. LIX. Преузето 10. 12. 2020. Доступно на: <https://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/0350-8501/2020/0350-85012086157B.pdf>

Vitkauskas, D., Dikov, G. (2012). *Zaštita prava na pravično suđenje prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima*. Strasbourg: Vijeće Evrope. Преузето 25. 2. 2020. Доступно на: <https://rm.coe.int/16806f1612>

Закон о бесплатној правној помоћи Црне Горе. Службени лист Црне Горе. Бр. 20/2011. Преузето 10. 3. 2020. Доступно на: <http://www.sluzbenilist.me/>

Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći Republike Hrvatske. Преузето 11. 3. 2020. Доступно на: <https://www.zakon.hr/z/286/Zakon-o-besplatnoj-pravnoj-pomoći%20%87i>

Извештај о напретку Србије у процесу придруживања – *Commission Staff Working Document, Serbia 2016 Report, Brussels, 9. 11. 2016*. Преузето 28. 2. 2020. Доступно на: [http://eupregovori.bos.rs/progovori-o-pregovorima/uploaded/20161109\\_report\\_serbia.pdf](http://eupregovori.bos.rs/progovori-o-pregovorima/uploaded/20161109_report_serbia.pdf)

Конвенција за заштиту људских права и основних слобода. Преузето 3. 2. 2020. Доступно на: [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SRP.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SRP.pdf)

*Legal aid in Europe (2015): minimum requirements under international law.* Open SocietyJustice Initiative. Преузето 5. 2. 2020. Доступно на: <https://namati.org/wp-content/uploads/2017/04/Legal-Aid-in-Europe.pdf>

Национална стратегија реформе правосуђа за период од 2013. до 2018. године. Преузето 1. 4. 2020. Доступно на: <https://www.mpravde.gov.rs/tekst/2959/nacionalna-strategija-reforme-pravosudja.php>

Петров, В., Орловић, С., Станковић, М. (2018). *Правна помоћ у уставном систему Републике Србије – стручно мишљење.* Преузето 10. 3. 2020. Доступно на: <https://akb.org.rs/wp-content/uploads/2018/04/PRAVNA-PO-MOC-STR.MIS.PROF.PRAV.FAK..pdf>

Preložnjak, B., Šago, D. (2010). Pravno uređenje instituta besplatne pravne pomoći u republici Hrvatskoj s osvrtom na zakonska rješenja postjugoslavenskih država. *Zbornik pravnog fakulteta u Zagrebu.* Vol. 60. Br. 3–4. Преузето 10. 5. 2020. Доступно на: [file:///C:/Users/Jelena/Downloads/Preloznjak\\_i\\_Sago\\_Zbornik\\_PFZ\\_3\\_4\\_2010%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Jelena/Downloads/Preloznjak_i_Sago_Zbornik_PFZ_3_4_2010%20(1).pdf)

Priručnik o europskom pravu u području pristupa pravosuđu (2016). Agencija Europske unije za temeljna prava. Преузето 10. 2. 2020. Доступно на: [https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook\\_access\\_justice\\_HRV.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_access_justice_HRV.pdf)

Pristup pravdi i besplatna pravna pomoć u Srbiji – izazovi i reforme. YUCOM, Beograd. Преузето 12. 2. 2020. Доступно на: [http://yucom.org.rs/upload/vestgalerija\\_103\\_9/1363187570\\_GSO\\_BPP%20veliki%20web.pdf](http://yucom.org.rs/upload/vestgalerija_103_9/1363187570_GSO_BPP%20veliki%20web.pdf)

Радивојевић, З. и Раичевић, Н. (2019). Накнада трошкова поступка као облик правичног задовољења у пракси Европског суда за људска права. *Зборник радова Правног факултета у Нишу.* Бр. 85, Год. LVIII. Преузето 10. 12. 2020. Доступно на: <https://scindeks.ceon.rs/Article.aspx?artid=0350-85011985073X>

Recommendation No.R(81)7, of the Committee of Ministers to Member States on Measures facilitating Access to Justice, May, 14 1981. Преузето 13. 2. 2020. Доступно на: <https://rm.coe.int/168050e7e4>

Resolution (78)8, of the Committee of Ministers, on legal aid and advice, March, 1978. Преузето 12. 2. 2020. Доступно на: <https://rm.coe.int/16804e2bb2>

Recommendation No. R(93)1, of teh Committee of ministers to member States on effective access to the law and to justice for the very poor [1]. Преузето 13. 2. 2020. Доступно на: [http://www.whiplashinfo.se/juridik/recommendation\\_no\\_r\\_93.htm](http://www.whiplashinfo.se/juridik/recommendation_no_r_93.htm)



Сиромаштво у Републици Србији 2006–2016. године, ревидирани и нови подаци. Тим за социјално укључивање и смањење сиромаштва, Влада РС, август 2017. Преузето 1. 4. 2020. Доступно на: [http://socijalnoukljucivanje.gov.rs/wp-content/uploads/2017/09/Siromastvo\\_u\\_Republici\\_Srbiji\\_2006-2016.\\_godine\\_revidirani\\_i\\_novi\\_podaci.pdf](http://socijalnoukljucivanje.gov.rs/wp-content/uploads/2017/09/Siromastvo_u_Republici_Srbiji_2006-2016._godine_revidirani_i_novi_podaci.pdf)

Станковић, С. (2020). Анализа одредаба Закона о бесплатној правној помоћи Републике Србије које уређују бесплатну правну помоћ у прекограничном спору de lege lata и de lege ferenda. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. Бр. 86, Год. LIX. Преузето 10. 12. 2020. Доступно на: <https://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/0350-8501/2020/0350-85012086253S.pdf>

Судска пракса Европског суда за људска права: <https://hudoc.echr.coe.int/eng>

Uzelac, A. (2010). Pravo na pošteno suđenje: opći i građansko-pravni aspekti čl. 6. st. 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. U Radačić, I. (Ur.). *Usklađenost hrvatskih zakona i prakse sa stanovišta Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*. Преузето 20. 2. 2020. Доступно на: [http://www.alanuzelac.from.hr/pubs/A35Fair\\_trial\\_uskladenost%20zakonaCMS.pdf](http://www.alanuzelac.from.hr/pubs/A35Fair_trial_uskladenost%20zakonaCMS.pdf)

Uzelac, A. *Pristup pravosuđu: Analiza stanja u RH i sažetak teza o mogućim pravcima projekta*, Nacrt. Преузето 20. 2. 2020. Доступно на: <http://www.alanuzelac.from.hr/Pdf/access.pdf>

Council Directive 2002/8/EC of 27 January 2003 to improve access to justice in cross-border disputes by establishing minimum common rules relating to legal aid for such disputes. Преузето 20. 2. 2020. Доступно на: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:32003L0008>

Šarin, D. (2015). Pravo na pristup sudu u praksi Europskog suda za ljudska prava. *Pravni vjesnik*. God. 31. Br. 3–4. Преузето 10. 2. 2020. Доступно на: <https://hrcak.srce.hr/155994>

**Dušica Palačković, L.L.D.**

*Full Professor,*

*Faculty of Law, University of Kragujevac*

**Jelena Čanović. LL.M.,**

*Teaching Assistant,*

*Faculty of Law, University of Kragujevac*

## **FREE LEGAL AID IN THE CONTEXT OF THE RIGHT OF ACCESS TO COURT**

### **Summary**

*The Constitution of the Republic of Serbia explicitly regulates that free legal aid shall be stipulated by the law. In a series of reports on the progress of the Republic of Serbia in the process of joining the EU, there are warnings about the unacceptably low quality level and efficiency of the judiciary, and indications that there is a need to regulate the legal aid system. Finally, this matter was regulated by enacting the Legal Aid Act of the Republic of Serbia, which came into force on 1<sup>st</sup> October 2019. In addition to the conceptual definition of legal aid, the paper analyzes the right of access to court as a constituent element of the right to a fair trial prescribed in Article 6 of the European Convention on Human Rights, which entails the right to legal aid. The regulation of legal aid at the national level has to meet the standards formulated at the European Union level as well as the standards formulated through the practice of the European Court of Human Rights. In that context, the paper analyzes the regulations and decisions, i.e. the widely recognized and accepted standards. The Legal Aid Act of the Republic of Serbia has been analyzed in the context of meeting these standards, especially in relation to the conditions for granting the right to legal aid and the circle of beneficiaries and providers of certain types of legal aid.*

**Key words:** *the right of access to court, free legal aid, European standards on free legal aid, application of standards in the legislative process.*

**Predrag Cvetković,\* LL.D.,**  
Full Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
10.5937/zrpfno-28637

UDK: 347.4:[004.7:336.74  
004.7  
336.74

Раd примљен: 30.09.2020.  
Раd прихваћен: 02.12.2020.

## **LIABILITY IN THE CONTEXT OF BLOCKCHAIN-SMART CONTRACT NEXUS: INTRODUCTORY CONSIDERATIONS\*\***

**Abstract:** *Blockchain technology becomes relevant in economic exchange as it lowers costs and contributes to cost-efficiency and effectiveness of economic transactions. The key quality of Blockchain lies in ensuring the authenticity of digital data: trust in the traditional legal relationship has been replaced by digital verification of data in blocks. As an important phenomenon, Blockchain calls for legal answers on the issues arising from its application. An example of this development is the legal regime of smart contracts. A smart contract is a transaction in which any rights and obligations of the contracting parties are programmed in a code. Being the result of Blockchain technology application, such a contract implies the need for trust between the contracting parties. As a legal phenomenon, Blockchain (smart contract) technology raises the issue of liability for performing contractual obligations. Smart contracts can minimize certain contract risks and additionally simplify contract execution. They are immediately put into effect, without the need for any further interaction between the parties. The essential components of smart contracts are the digitally verifiable data and the automatic performance of legally relevant actions based on digitally received and processed information. All of the enlisted issues are important for proper understanding of liability of Blockchain actors.*

**Keywords:** *Blockchain, smart contracts, liability, Distributed Ledger Technology, Ricardian contract, "If This, Than That" principle.*

---

\*pepi@prafak.ni.ac.rs

\*\* The paper was presented at the International Scientific Conference "Responsibility in the Legal and Social Context", held at the Faculty of Law, University of Nis, on 18 September 2020.

## 1. Introduction

More than a decade ago, in one of the publications on cryptography, a group of unidentified authors (known under the pseudonym Satoshi Nakamoto) introduced the concept of a Blockchain-based contract (Ducas, Wilner, 2017: 544). The document proposed introducing a version of electronic money (bitcoin), which uses cryptography to allow direct peer-to-peer (P2P) payments to eliminate the participation of intermediaries in economic transactions.<sup>1</sup>

The development of information technologies influences all areas of human existence. One of the key breakthroughs in this regard is the emergence of Blockchain technology (Cvetković, 2020: 127-144). Blockchain technology is becoming relevant in energy production, health system, education, financing, public service management, logistics, and transport. The impact of this development is reflected in the legislative efforts, aimed at:

- a) regulating the Blockchain-related processes;
- b) standardizing the terminology used;
- c) indicating the method for resolving disputes arising from the application of Blockchain technology.

## 2. General Features of Blockchain technology

### 2.1. *Distributed Ledger Technology (DLT)*

The development of information technology entered a mature phase when it was possible to transfer files from one to two or more computers, which boosted the power of computer networks. The so-called Metcalfe's law stipulates the premise that the effect of a computer network is proportional to the square of the number of connected computers (nodes). A computer node is an active electronic device which is connected to a network and enables the sending of information through communication channels to a computer network.

The term "Distributed Ledger Technology" (DLT) was first used in a Report prepared by an expert group for the United Kingdom Government. DLT is defined as a type of database that extends to multiple different locations, countries, or institutions, and is typically public. The data are stored one after the other in continuous records; new data are added when the participants reach a consensus (UK Government Office for Science, 2016: 17).<sup>2</sup>

---

1 Peer- to- Peer payment is the electronic transfer of money from one person to another through the use of a payment application without intermediaries.

2 UK Government Office for Science (2016): Distributed Ledger Technology: beyond block chain. A report by the UK Government Chief Scientific Adviser, London, UK, 2016.

DLT is associated with the modern meaning of the term “document”. The starting point is the following: the method and security of data verification are more important than the formal characteristics of the document that contains the information. Access to information and prevention of altering it (by protecting the “integrity” of information) are more important than the document itself. The essence of the document is that:

- the content of the information it contains is constant and stable,
- it is possible to copy or transfer information to another medium (in the context of Blockchain technology, it is a computer on a network) so that it remains unchanged.

In case of DLT, data verification/validation occurs automatically through an information system based on cryptography and data protection. The information is approved after verification by the participants in the network (nodes, i.e. participants behind the computers that constitute the network) who are authorized to perform data verification.

## **2.2. Blockchain Mode of Operation**

“Blockchain” is a compound of the words “block” and “chain”. It is a concept based on the use of a cryptographically protected chain of transaction blocks. Transactions are packed into blocks, and blocks are tied into a chain. Blocks are bound cryptographically, through a hash function<sup>3</sup>: the contents of a block cannot be changed without changing the contents of all other blocks preceding it. Namely, each block is bound to the next block using a cryptographic signature. This allows the Blockchains to be used as a digital ledger which can be shared and verified by anyone with the appropriate permission to do so.<sup>4</sup>

A block consists of a title and transaction data.

A title contains:

---

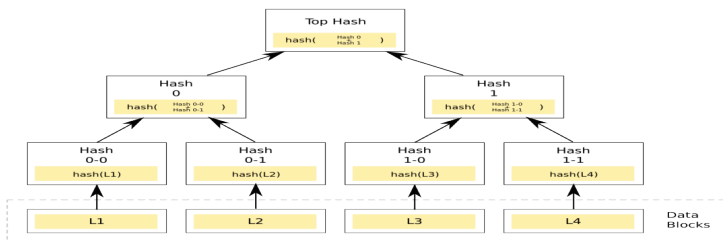
<sup>3</sup> The term *hash* (“hash value”) comes from mathematics. It refers to a short string of a fixed length which represents the abbreviated form of a long string (checksum). A cryptographic hash value is used as a security mechanism in Blockchain technology. If a character has been changed in the original value (i.e. in the original content of the data recorded in the Blockchain), the corresponding hash value also changes. The hash value is used to compare two character strings (checksums) with one another in order to determine whether they are identical. On the Blockchain, the data record is converted into a hash value and stored inside of the block. New data shall be in the form of a block with hash value, taking into account the hash values of other data in the previous blocks (which are already part of the “chain”). If the hash value is not in accordance with the data contained in the previously inserted blocks, it cannot be verified; consequently, it cannot be part of the Blockchain at stake.

<sup>4</sup> See more infra in this Part.

- references to the previous block in the chain, i.e a short combination of letters related to a certain set of data (hash).
- a time stamp indicating the time the block was entered into the “chain” of blocks, and
- a hash tree or “Merkle tree” which lays out all transactions included in the block.<sup>5</sup>

In Table 1, nodes L1 to L4 are external nodes (users), which are the point of further branching. In the Blockchain context, external nodes are the points for adding other blocks.

Table 1: Merkle Tree Concept



Source: Hash Tree, illustrated by David Göthberg, English Wikipedia, 20 August 2005

Including hashes in the block title enables the search for transactions through the hashes as their recognition signs; thus, there is no need to read all the data included in the Blockchain. In the search, the title and branches of the Merkle tree are automatically readable. This practice is analogous to searches in a traditional hard copy ledger; the title and data from the ledger are obtained by reviewing the contents of the ledger and page references. The only difference is in the search method; data from the Blockchain are searched automatically; in traditional ledgers, it is a physical search. However, unlike traditional hard copy ledgers, DLT functions as a decentralized system; each participant has its own

5 The concept of *hash tree* is named after Ralph Merkle, who patented it in 1979. In cryptography, “Merkle tree” denotes a network structure in which each external user (called a “node”) is marked with a hash; any other node that branches further contains the particular hash marking all sub-branches arising from that other node. Hash-branches enable efficient and secure verification of the contents of voluminous files.

copy, or part of the register, identical to the copies of other participants (nodes). It means that everyone has access to all the data included into the digital ledger.<sup>6</sup>

The process of data verification and ensuring the consent of other participants in the Blockchain concerning the entry of new blocks of information is performed automatically. After the consent (approval) is obtained, the new blocks are registered in the chain and cryptographically secured by those participants who have carried out previous transactions by tying new blocks to previous blocks. The chain generated in this way is difficult to change. It is virtually impossible to destroy it due to the large number of copies of the same data (available in different blocks); destroying one copy would require a simultaneous and effective attack on other Blockchain participants; (as for this feature, the Blockchain design is similar to ARPANET; the latter is the forerunner of the modern Internet created in order to eliminate the loss of data in case of infrastructure network damage) (Leiner, *et al*, 1997:3)

### **2.3. Types of Blockchain**

The most important typology distinguishes between public and private Blockchains.

The disruptive impact of the Blockchain concept is attached to the public Blockchain. The public Blockchain is fully accessible to everyone; it is based on the so-called open source code<sup>7</sup> and the software solutions are fully accessible. Anyone, without any personal or territorial restrictions, may install the appropriate software required for the operation of the public Blockchain on the device, record in whole or in part a fragment of the files, and make their copy available to other users. Anyone can request the addition of any block of information (transaction) to a chain of blocks. However, the transaction will be accepted when other Blockchain participants have agreed to it. No access

---

6 Verification of digital data by tracing them through blocks is identical to a hard copy ledger; blocks function analogously as bookkeeping inputs of a digital bookkeeper. Blocks are functionally equal to sheets of paper, used by all participants to enter their transaction and to sign it. In doing so, they grant authorization to all previous paper transactions. This process continues as long as there is space on paper available. When the sheet is filled in, it is secured with a stamp; new transactions are recorded on a new sheet of paper; once filled in, it is linked to the previous paper (secured with the signature and stamp at the boundary between the first and second paper). Functionally speaking, the identical activity is conducted in the framework of Blockchain technology.

7 Open source code is freely available to users; anyone can download the source code, modify it and distribute its modified version in an unlimited number of copies. There are no license fees or any other restrictions. A more detailed and technologically developed definition is given at the Open Source Initiative website: <https://opensource.org/osd> (accessed on 01.05.2020).

rights are required and no single entity manages the Blockchain. With no one in control of the network, public Blockchains are genuinely decentralized systems. New blocks are verified by the entire network. It is not necessary for a separate trusted party to monitor the operations. Accordingly, public Blockchains are trustworthy. Anyone who wants to change data on the Blockchain needs permission from other participants. As a result, manipulating data on public Blockchains is next to impossible.<sup>8</sup>

From a technical perspective, a private Blockchain is based on the same technology of linking blocks into chains as it is the case with a public Blockchain. However, there is a crucial difference: private Blockchains are owned by a central entity (one or more units). The owner can decide who can join the network; his function is analogous with the one of a central network administrator. A private Blockchain is used when the network contains confidential information; consequently, activities in the ledger require authorization by the administrator. The capacity of a particular person to use a private Blockchain usually arises from an agreement concluded between the users themselves. Private Blockchain is usually (but not only) used in projects and agreements of a lucrative character. A private Blockchain is not genuinely decentralized; actually, it is just a cryptographically secured distributed ledger. To carry out transactions, the participants in the network are still dependent on a third party - the Blockchain administrator.

#### ***2.4. Blockchain as a Trustless Concept***

Blockchain creates a trustless system which may function without the need for mutual trust among contracting parties, The basic idea of the public Blockchain is to overcome the traditional aspects of trust that play a central role in everyday business life. The parties enter into contracts with partners who are expected to comply with the agreements. This expectation stems from the contracting party's reputation, data from public registers, or personal conviction. Trust plays a central role in traditional contract law. However, trust is not a prerequisite for entering into a Blockchain transaction. Due to the technical possibility of storing unaltered data, in a decentralized and distributed manner, there is no need to have trust in another party; trust is functionally replaced with reliance on the technology that Blockchain is based on. Ultimately, the Blockchain concept brings about a paradigm shift in contractual relations; trust in the human is replaced by reliance on technology. In case of a public Blockchain, trust is ascertained

---

<sup>8</sup> Typical examples of public blockchains are Bitcoin and Ethereum. For more on Ethereum, see *infra* in footnote 13.



by numerous operators of the Blockchain network nodes; consequently, the Blockchain as a system is not dependent on a single participant.

The result of this paradigm shift is that costly intermediaries (such as banks) are no longer required. However, this result is not fully reflected in case of private Blockchain. The participation in a private Blockchain is subject to permission or fulfilment of certain conditions. It is operated by a limited network of participants, according to mutually defined rules. Trust is based on the closed community of participants who initiated the private Blockchain. Therefore, one can no longer speak of a “trustless” system, given that a single player (the administrator) is the one who is trusted. Consequently, in case of a private Blockchain, reliance on technology is of secondary importance.

From the present-day perspective, it is difficult to assess whether a “trustless” system can also have an impact on the basic principles of contract law. Given the rapid development of technology, it is highly unlikely for the time being. It should be noted that the trust aspect is an essential element in interpreting contracts. It is true that the automation of contracts by means of Blockchain technology (particularly in case of smart contracts) reaffirms the *pacta sunt servanda* principle. However, it cannot fully exclude the need for interpretation of the terms which are not based on the principle “If this, than that”.<sup>9</sup>

### **3. Blockchain and Smart Contracts Nexus**

Blockchain and smart contracts are two different technologies that are closely correlated.

A smart contract is a Blockchain-based computer program (hereinafter: a code) that authenticates, enables and implements the contract norms contained in program code. It is based on a cryptographic process enabling the execution of contracts once the terms and conditions contained in the code have been met. In compliance with the contracting parties’ agreement, a smart contract automatically fulfils the envisaged obligation. Once the smart contract (in the form of a program code) is entered into the Blockchain, the contract can only be executed in line with the loaded program code. The main goal of applying Blockchain in the context of smart contracts is to make the contractual relationship more efficient and economically viable, with fewer opportunities for errors, delays or disputes.

The term “smart contract” dates back to 1996, when Nick Szabo defined it as a series of digitally recorded promises and protocols, by means of which the

---

9 For more about smart contracts and the principle “*If this, than that*”, see *infra* in parts 3 and 4.

parties keep these promises without the involvement of intermediaries.<sup>10</sup> Szabo is the author of the canonical definition of a smart contract: it is a computer protocol (program) for carrying out a transaction in accordance with the terms of contract. The main goals of smart contracts are to: ensure the performance of contractual provisions (e.g. payment terms, surety, confidentiality, execution), and minimize the need for “honourable” impartial intermediaries. The basic idea of a smart contract is that many contract clauses (e.g. surety, advance payment, authorization specification, etc.) can be embedded into the code and uploaded into hardware, thus ensuring that the costs of contract breach are so high for the infringer that it makes the breach unlikely (Szabo,1996:1).

The key feature of smart contracts is that they can be presented in the program code and executed by computers; hence, they differ from traditional contracts usually established through negotiations, written documents and conclusive actions. Smart contracts are self-implementing and self-executing computer programs based on a program algorithm (Lauslahti, Mattila & Seppälä, 2017:2)

Self-service (vending) machines may illustrate the operation of a smart contract; these machines are computerized, thus avoiding the interaction and participation of a third party (intermediary); they are programmed to deliver the product without the need for human when certain conditions are met (i.e. when money is put into the machine slot).

The key features of smart contracts are as follows:

1) smart contracts are created (programmed) by using an open source code;<sup>11</sup> their standardization and execution are almost cost-free, thereby reducing the contract transaction costs;

2) smart contract potentially narrows the space for ambiguous or vague interpretations, thus increasing the efficiency of contract execution; when the parties agree on the content of the clauses, the smart contract program code executes those clauses without the possibility of breach of contract;<sup>12</sup>

---

10 Szabo described the idea of contracts that could be read and used by humans and machines alike; however, it was not technically implementable at the time. The term “smart contract” has resurrected in recent years, with the development of Blockchain technology.

11 See supra footnote 7.

12 Written in a programming language, smart contracts eliminate the ambiguity of natural language. This feature limits the usefulness of the smart contract conceptual framework; namely, parties may prefer the flexibility of legally binding contracts to the rigidity of automated software. For the time being, smart contracts cannot measure up with the discretion rooted in legally binding contracts or their linguistic ambiguity. Terms such as “the best possible effort” or “force majeure” cannot be reproduced in the code. See more infra in part 4. 2.

3) smart contracts are designed to operate without intermediaries (in a decentralized format);

4) a smart contract is a self-executing program, especially in Blockchain technology, which aims to ensure that the parties perform and execute automated transactions; the execution can be based on data from the program, or it be the result of data collected from the environment in which the transaction takes place; a smart contract benefits from the security of the underlying Blockchain infrastructure (the multiple Blockchain nodes): for example, its execution cannot be stopped by individuals or groups unless this option has been specifically integrated into the code.

### **3.1. Smart Contract: Legal Issues**

The legal effect of smart contracts cannot be disputed and their validity cannot be *a priori* denied only because they comprise “smart instructions” or because the parties’ consent is expressed in a way that is not in compliance with traditional contract law.<sup>13</sup> Although they have emerged quite recently, their importance has been recognized by national legal systems.<sup>14</sup>

13 After Szabo had published his conception of a smart contract, the idea was embraced by Vitalik Buterin, a co-founder of the Ethereum Blockchain. In his opinion, the original Bitcoin Blockchain had a limited use in software development. In response, the Ethereum Blockchain was launched in order to enable the use of the advantages of a distributed database together with a more versatile programming language, expanding thereby the areas of application of the Blockchain technology. Ethereum is the golden standard of smart contracts. It is a software platform based on an open source code providing the ability to create and activate decentralized applications. Ethereum allows the users to run various programs on Ethereum Virtual Machine-EVM, regardless of the programming language. This feature creates space for the development of more applications on one platform instead of building a completely new application for each specific case. Ethereum allows parties to enter into an agreement, while guaranteeing the confidentiality of the transaction. It is an illustration of the evolution of the Blockchain from a payment mechanism to an effective instrument for regulating mutual relations. The Ethereum allows flexibility as a prerequisite for programming functionality, thus overcoming the immutability of the program code. The Ethereum platform enables the creation of smart contracts that define complex obligations of the contracting parties, sanction their arbitrariness, monitor the state of contract execution, and the like. Once entered in the program code, each contract term and condition is in a stand-by mode, waiting for a “trigger” that it has been fulfilled. Once the “trigger” ensues, the rule contained in that condition applies automatically. Smart contracts are not a passive list of instructions enumerating the contracting parties obligations; rather, they are perceived as “autonomous agents” who execute a certain part of the program code (“smart contract”) when they receive certain information defined as a “code trigger”, which is the condition for the execution of the “smart contract” norm). See: Buterin (2014) Ethereum White Paper.

14 Definitions of smart contracts are incorporated in the legislation of some European countries, such as two legislative acts of the Republic of Malta regulating Blockchain issues:

From the technology-neutral perspective, a smart contract is understood as a computer code of contractual significance. Thus, smart contracts can exist independently from Blockchain technology, and they are already used in a variety of ways. In relevant literature, a smart contract is defined as a combination of the following properties: (1) a digitally verifiable event; (2) program code which processes the event; and (3) a legally relevant act that is carried out on the basis of the event (Kaulartz & Heckmann, 2016: 618). In contrast to this definition, the focus of the legal definition is not on technical details but on contractual effects of computer programs.

From the legal perspective, a smart contract is a computer program that is stored in a tamper-proof manner and guarantees that predetermined action will be taken when certain conditions (defined in the code) are met. The parties define (in the form of in a smart contract, i.e. a code) their fundamental contractual obligations as well as the consequences of breaches of duty or changes to essential contractual framework conditions. At the same time, they link the code to data sources enabling the code to automatically recognize the fulfilment of the stipulated conditions. If there is a breach of duty or a change in the contracted terms and conditions, the software can automatically trigger the legal consequences attached to the contracted obligations. In contrast to traditional contracts, which often require interpretation, smart contract concept offers a high degree of legal security; its legal consequences are clear, given that the code ensures that a certain clause will be put into effect when certain conditions are met. In contrast to traditional ones, the result of a smart contract is almost “guaranteed”. This is beneficial in many ways. For example, in case of service contracts, when service delivery is disrupted, the resulting claims can be processed immediately. Owing to smart contracts, transaction costs are reduced, contracts are concluded more quickly, and legal certainty in business transactions is increased. Finally, thanks to the Blockchain technology, the traceability of transactions increases transparency and verifiability of transactions.<sup>15</sup>

---

the Malta Digital Innovation Authority Act C901, and the Virtual Financial Asset Act C778. Both include an identical definition of smart contracts; these contracts are a form of innovative technology consisting of: a) a computer protocol and b) an agreement concluded in whole or in part in electronic form that is automated and executable by the executing program code, although some parts may require human input and control; it can be enforced by the traditional legal method or by using both methods. The above definition adequately reflects the essence of a smart contract and can be considered a model. See: *Malta Digital Innovation Authority Act C901* of 11 November 2018 (accessed on 1. 09. 2019).

15 See more supra in part 2.1-2.2. Appropriate cost reductions can create new business models and markets, such as: Peer-to-Peer energy markets that use intelligent smart grids or solutions with micro payments; consumer contracts where the software can automatically carry out legally required reimbursements, etc. Furthermore, insurance providers are experimenting with products that are fully automated from contract conclusion to pay out;

The provisional legal definition of a smart contract is as follows: a smart contract is a contract connected to a computer protocol, written in a computer programming language, which automatically performs programmed functions in response to the fulfilment of certain conditions (“If this, than that” principle).<sup>16</sup> The concept described is not new but, when integrated with Blockchain technology, it builds the potential of smart contracts to automate and guarantee the fulfilment of a large number of different contractual obligations without the need for a central authority, legal system or external enforcement mechanism. Smart contracts potentially bring clarity, predictability and controllability, and ultimately facilitate the fulfilment of contractual obligations while reducing the risks associated with human participation (Sherborne, 2017: 3-4).

#### **4. Liability as an issue in Blockchain-Smart Contract Nexus: key issues**

The long-standing debate on whether human beings are responsible for the operation of machines has been part of legal discourse since the industrial revolution at least. In all jurisdictions, the answer to this question has been the same: the law will cover, and be applied to, new situations and inventions appropriately adapted to the new circumstances. However, conceptions of liability did not adequately keep pace with advances in technology. While increasingly relying on automated systems, the nearest human operators were being blamed for the accidents and shortcomings of the purported “fool proof” technology. There was a significant mismatch between attributions of responsibility and how physical control over the system was actually distributed throughout a complex system and across multiple actors in time and space.<sup>17</sup>

##### **4.1. Code as Law**

The metaphor “code is law” (ascribed to the Lawrence Lessig) rests on the functional equality between law and a code, given that a code controls behaviour just as law does (Lessig, 2000:1). Code design and structure define the users’ freedom; thus, a code determines what users can and cannot do, and what they must and must not do when using it. Hence, some legislatures defined that smart

---

an example of this is flight delay insurance, which is linked to a publicly accessible air traffic database, which in turn initiates the claims settlement process as soon as a relevant delay has been detected from reliable database.

16 See more *infra* in the part 4. 2.

17 For example, while flight control increasingly shifted to automated systems, responsibility for the flight still rested with the pilot.

contracts are as legally effective as the traditional ones.<sup>18</sup> Such definition could lead to an extreme view: if a code defines what is the 'law', anything under the coded design could be considered as a legal rule. However, the institutionalized law-making bodies are vested with the power to make rules of the specific legal system; therefore, code is *not* law.

Furthermore, the unconditioned "code is law" approach could lead to embedding the *ex ante* normativity into the code. Namely, each code depends on the subjective value-judgments (social, economic, philosophical) of its designers. The importance and influence of this dependence is magnified when the code is widely adopted. Fixed in the technology parameters (code, access conditions), it causes systemic effects. Unlike the political decisions or legal documents (e. g. contracts), computer codes are often locked for future changes. Consequently, the approximation of values embodied in the code has to be conducted before the code concerned becomes operational (*ex ante*). The legitimacy of values embedded in a code shall be conducted in the production phase, given that a code is often irreversible; once it is developed and applied in society, it is difficult to change or remove it. Law shall be able to secure the effective and efficient evaluation of the code. For the time being, there is not enough argumentation for a reliable and credible approximation of values embodied in the code.

#### **4.2. *De lege lata* Limitations in the Application of Smart Contract: "If This, Than That" format**

In addition to its numerous positive aspects, the automated execution of smart contracts has some disadvantages from a legal perspective. For example, it is impossible for the party to withdraw from the contract once it has become effective. Furthermore, it is also not possible to adjust a smart contract if the

---

18 For example, the Electronic Transactions Act of the State of Arizona defines Blockchain technology and specifies some of its consequences. Article 5 of this Act stipulates that Blockchain technology is a form of application of the DLT concept, which uses a distributed, decentralized, shared and duplicated database that can be public or private, with or without permission, run by a tokenized crypto economy or without a token. The data in the database are protected by cryptography, immutable and suitable for control, and provide uncensored accuracy. Article 5 allows smart contracts to be used in business relationships. Therefore, it is impossible to ignore the effects of contracts only because they are concluded as "smart contracts". Furthermore, notwithstanding other regulations, the data provided by using Blockchain technology are considered equivalent to other data whose integrity is protected in other ways. For example, this principle applies to a contract for the transfer of property rights. See: *An Act amending Section 44-7003, Arizona revised Statutes; amending Title 44, Chapter 26, Arizona revised Statutes, by adding Article 5; relating to Electronic Transactions;* (accessed on 01. 08. 2019).

circumstances affecting it have changed. In addition, there is also no possibility of intervention in the event that the code subsequently turns out to be faulty.

The most illustrative disadvantage of smart contracts in the legal discourse is their (current) inability to provide the necessary flexibility of contractual framework. As previously noted, a smart contract is a contract connected to a computer protocol, written in a computer programming language, which automatically performs programmed functions in response to the fulfilment of certain conditions (“*If this, than that*” principle). A single block in the chain is created without errors if it can be successfully linked with other blocks in the Blockchain. In this sense, the execution of a smart contract transaction cannot be incorrect; it is either successfully processed or not.

Another debatable issue is whether the legal flexibility embodied in legal standards can be transposed into a program code. By analogy with vending machines, where the execution relies on mathematical calculation (i.e. whether a sufficient amount of money has been paid to deliver the goods), smart contracts also rely on a precise and predefined execution logic. Yet, it raises the issue how some legal concepts (e.g. “reasonable conduct” or “best efforts”), which are used in traditional contracts to provide flexibility, may be transposed into the program code. The transposition of such concepts into the code by reducing them to a code algorithm may be difficult (if possible at all).

One of the ways to resolve this issue is to create the so-called hybrid forms of contract that can be “read” by both machines and humans. A typical example of such hybrid contracts is the so-called Ricardian contract. It was first introduced by the financial cryptographer Ian Grigg in 1995 (Grigg, 1996: 1, *passim*). The Ricardian contract is readable both by people (as any traditional paper contract) and by machine (a software program). The Ricardian contract does not automate the given elements of the agreement through the application of the program code. Instead, its goal is to provide flexibility for agreements in textual form, while providing them a certain degree of code identity; namely, the Ricardian contract converts an agreement in textual form into the program code, ensuring compliance to the extent which does not affect the flexibility of the norms contained in specific agreements. The ultimate result of this process is that program code complements rather than replaces agreements in textual form (by applying the formula “more rights/duties- less software”).

The text of the contract which is not fully coded should be formulated in a way that corresponds to the minimalist semantics of the code. The described minimalist semantics enables the program code to guarantee the integrity of the information contained in the code (information contained in the contract itself and converted into a programming language) and verification of its origin. The

text of the agreement contains all the possibilities and nuances of the language used by the contract law to meet the parties' requirements. In this way, the immutability of the program code is combined with the flexibility of expression. Flexibility as a possibility of choice is materialized in the agreement itself; on the other hand, the program code ensures the immutability of information. It remains to be seen to what extent this approach is practically useful from a technology perspective.

### ***4.3. Responsibility for Legal Compliance and Liability Standards***

In decentralised networks, it can be burdensome to identify the actors liable for legal compliance (i.e. to define the so-called "regulatory access point"). Identifying a regulatory access point is, however, more complicated where there is no centralised legal entity responsible for the network. It is among the most important regulatory issues to have emerged in relation to Blockchain and smart contracts (European Commission, 2018:47).<sup>19</sup>

There are two types of liability for malfunction of the code and non-fulfilment of a smart contract: 1) strict liability for any fault in a code, and 2) liability based on the reasonable-care standard.

Under the strict liability standard, code designers may be held liable for any defect in the code which has been used to make the system operative. As a result, the costs of code developers would be so high that innovation would not be financially viable. Hence, subject to the prevailing application of strict liability principle, it is likely that any Blockchain/smart contract development would be disincentivized (European Commission, 2018:47).

An approach that limits liability of developers by establishing certain standards of conduct could help safeguard and promote innovation and risk-taking. Hence, in order not to make the costs of innovation too severe, the legislature might eventually develop the liability standard focussing on reasonable care and best efforts. For instance, it may be expected that industry will do its best to ensure that code-based systems are secure against cyber intrusions; yet, perfection as such may not be expected and a lack of it will not be legally sanctioned (European Commission, 2018:48).

## **5. Conclusion**

Blockchain technology is increasingly relevant in different fields (energy, healthcare, education, financing, public services, logistics, transport). The ad-

---

<sup>19</sup> European Commission (2018): Study on Blockchains: Legal, governance and interoperability aspects (SMART 2018/0038), European Commission; (accessed on 1. 05. 2020).



vantage of Blockchain technology lies in ensuring the authenticity of digital data: trust in the classic legal relationship has been replaced by a mechanism for verifying data in blocks without the participation of a third party. The potential of Blockchain development is clearly reflected in smart contracts. Smart contracts are Blockchain-based computer programs that authenticate, monitor, and implement contractual obligations which have been converted into a program code. The code automatically performs the obligation in accordance with the terms and conditions that the parties have decided in the agreement. Smart contracts are becoming a reality; therefore, an adequate legal response is required. But, the requisite response is highly specific because it lies on the brink between law and technology, two fields whose interaction has been exclusively technical for most of the history of their coexistence. Their intersection and overlapping open the plethora of new issues and demand the rephrasing of the old ones. As an example of this interaction which is as much important as it is intensive, Blockchain and smart contracts *nexus* creates a new reality and offers experience for further elaboration on the issue.

In terms of liability in the Blockchain/smart contract discourse, the basic question is whether legal flexibility embodied in legal standards (such as “reasonableness” or “best efforts”) can be transposed into a program code. Converting those standards into a code means reducing them to the form and boundaries of the programming language. This reduction is complex and demanding, if it is possible at all. For the time being, the question of applying smart contracts as a complete replacement for traditional contracts is without a final answer. It is clear that traditional contracts cannot and should not be replaced overnight. There is no revolution in that sense. Changes must be made step by step. It is also necessary to devise the criteria for the identification of actors liable for legal compliance (to define the so-called “regulatory access point”). In addition, there are two possible suggestions regarding the types of liability in smart contract: strict liability for any fault in a code, and liability based on the reasonable-care standard. The former brings about legal clarity, but disincentivize the innovative potential of the Blockchain/smart contract technology; the latter may results in a vice versa outcome.

The main goal of Blockchain application in the context of smart contracts is to make the contractual relationship more efficient and economically viable, with fewer opportunities for contractual breach and subsequent disputes. With full respect towards national legislative efforts to define smart contracts, their legal conditions and consequences, the “state-of-the-art” approach is to allow for the smart contracts to reach maturity as a universal phenomenon. This process will sharpen its basic structure, clarify the most critical issues, and provide a catalogue of possible solution, the most important of which is liability.

## References

Buterin, V. (2014). Ethereum White Paper: A Next Generation Smart Contract & Decentralized Application Platform, accessed 5. 03. 2020, [https://blockchainlab.com/pdf/Ethereum\\_white\\_paper-a\\_next\\_generation\\_smart\\_contract\\_and\\_decentralized\\_application\\_platform-vitalik-buterin.pdf](https://blockchainlab.com/pdf/Ethereum_white_paper-a_next_generation_smart_contract_and_decentralized_application_platform-vitalik-buterin.pdf)

Cvetković, P. (2020). Blokčejn kao pravni fenomen: uvodna razmatranja, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, 87, 127-144.

Ducas, E., Wilner, A. (2017): The security on Financial Implications of Blockchain Technologies: Regulating Emerging Technologies in Canada, International Journal, No. 72/2017, 538-562.

European Commission (2018): Study on Blockchains: Legal, Governance and Interoperability aspects (SMART 2018/0038), report (28 February 2020), Luxemburg; accessed on 1. 05. 2020. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/study-blockchains-legal-governance-and-interoperability-aspects-smart-20180038>

Grigg, I, (1996). The Ricardian contract, Systemics Ltd., Arkansas, accessed 2.06. 2020, [https://www.iang.org/papers/digital\\_trading.html](https://www.iang.org/papers/digital_trading.html); [http://iang.org/papers/ricardian\\_contract.html](http://iang.org/papers/ricardian_contract.html);

Kaulartz, M., & Heckmann, J. (2016). Smart Contracts-Anwendungen der Blockchain-Technologie. Computer und Recht, 32(9), 618

Lauslahti, K, Mattila, J & Seppälä, T (2017). Smart Contracts – How will Blockchain Technology Affect Contractual Practices? ETLA Reports No 68; <https://pub.etla.fi/ETLA-Raportit-Reports-68.pdf>, accessed 13. 04. 2019

Leiner, B.M.; Cerf, V.G.; Clark D.D.; Kahn, R.E.; Kleinrock, L.; Lynch, D.C.; Postel, J.; Roberts, L.G, Wolff, S. (1997), 'Brief History of the Internet' (Introduction), Internet Society, (published in 1997); <https://www.internetsociety.org/internet/history-internet/brief-history-internet>, accessed 1.3.2020.

Lessig, L, (2000). Code is Law, Harvard Magazine, 2000; accessed 01. 07. 2020. <https://davelevy.info/wiki/wp-content/uploads/2014/05/Code-is-Law.pdf>

Sherborne, A. (2017). Blockchain, Smart Contracts and Lawyers; International Bar Association, 2017; <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=17badeaa-072a-403b-b63c-8fbd985d198b> , accessed 01. 08. 2019.

Szabo, N. (1996). Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets, accessed 1. 04. 2020. <http://www.fon.hum.uva.nl/rob/Courses/InformationInSpeech/>

CDROM/Literature/LOTwinterschool2006/szabo.best.vwh.net/smart\_contracts\_2.html.

UK Government Office for Science (2016): Distributed Ledger Technology: beyond block chain. A report by the UK Government Chief Scientific Adviser, London, UK, 2016, accessed on 01. 08. 2019; [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/492972/gs-16-1-distributed-ledger-technology.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/492972/gs-16-1-distributed-ledger-technology.pdf)

Illustration of Merkle Tree: Göthberg, D. (2005): Hash Tree, English Wikipedia, released by D.G. as a public domain on 20 August 2005; retrieved on 01. 09. 2019 from [https://en.wikipedia.org/wiki/Merkle\\_tree#/media/File:Hash\\_Tree.svg](https://en.wikipedia.org/wiki/Merkle_tree#/media/File:Hash_Tree.svg)

### *Legislative acts*

Malta Digital Innovation Authority Act C901 of 11 November 2018, Republic of Malta; accessed on 01. 09. 2019; <http://justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lp&itemid=29080&l=1>,

The Act amending Section 44-7003, Arizona revised Statutes; amending Title 44, Chapter 26, Arizona revised Statutes, by adding Article 5; relating to Electronic Transactions; State of Arizona, USA; <https://legiscan.com/AZ/text/HB2417/id/1497439> , accessed on 01. 08. 2019.

**Др Предраг Цветковић,**  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

## **ПРАВНА ОДГОВОРНОСТ У КОНТЕКСТУ ВЕЗЕ БЛОКЧЕЈН ТЕХНОЛОГИЈЕ И ПАМЕТНИХ УГОВОРА: уводна разматрања**

### **Резиме**

Блокчејн је појава која својом важношћу захтева правне одговоре на питања окренута његовом применом. Његова кључна карактеристика је да доноси промену парадигме у погледу улоге поверења уговарача: поверење у уговорног партнера замењује поверење у технологију. Пример наведене промене је концепт паметних уговора. Кључна карактеристика паметних уговора је да су само-имплементирајући. Ова карактеристика заснована је на томе да се обавезе страна извршавају кроз функционисање компјутерског програма (кода). Уговорне стране паметног уговора дефинишу права, обавезе, дужности и одговорности употребом програмског језика. У случају да наступи догађај који је предвиђен кодом (на пример, кршење уговора), код аутоматски извршава наредбу која је повезана са наведеним догађајем. Правно дејство паметних уговора не може да се негира искључиво с позивањем на чињеницу да сагласност страна о уговорним одредбама није дефинисана на начин како је то уобичајено у уговорном праву. Препреку за имплементацију и потпуно прихватање паметних уговора представља дискрепанција у развоју правних концепција одговорности и напретка технологије (при чему је потоња динамичнија). Отворено питање код паметних уговора је на који начин, и да ли је уопште могуће, обезбедити њихову флексибилност као елемент готово свих контрактуалних инструмената. У погледу типова одговорности, постоје два приступа: принцип одговорности дизајнера кода за његово функционисање (па и функционисање паметног уговора који се тим кодом уређује) заснован на схватању његове обавезе као обавезе резултата и принцип одговорности заснован на природи обавезе дизајнера кода као обавезе средства (стандарди поступања у складу са најбољим напорима, разумности и слично). Први принцип стимулише правну сигурност, али дестимулише иновативни потенцијал блокчејн технологије (с обзиром на потенцијалне трошкове тог развоја). Други приступ даје подстицај за развој Блокчејн концепта, уз мањи степен правне одговорности дизајнера кода за штету причињену грешкама у коду (односно грешкама у функционисању паметног уговора који регулише). Оптималан приступ правне заједнице је надгледање процеса сазревања паметног уговора као свеопштег феномена: очекивано је да ће то сазревање допринети дефинисању основне структуре описане технологије и обезбедити каталог одговора за решење кључних питања.

**Кључне речи:** Блокчејн, "паметни" уговори, правна одговорност, технологија дистрибуиране главне књиге, Рикардијански уговор, принцип "If this than that".

**Др Сузана Медар,\***  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
10.5937/zrpfno-28657

UDK: 340.12  
Рад примљен: 01.10.2020.  
Рад прихваћен: 16.01.2021.

## **ОДНОС КЕЛЗЕНОВОГ И ЖИВАНОВИЋЕОВОГ СХВАТАЊА ОДГОВОРНОСТИ - ЈЕДНА ОБЕЋАВАЈУЋА ПАРАЛЕЛА –**

*„Човек је осуђен да буде слободан; јер једном кад  
је бачен у свет, одговоран је за све што уради“*

*Jean-Paul Sartre*

**Апстракт:** Одговорност представља однос човека према вредностима. Тако у праву она значи увођење, најпре правде и правичности, а затим и других правних вредности. Одговорност у праву је очигледна, будући да је право принудног карактера, тј. почива на санкцији државе. Одговорност је подложност санкцији. Одговорност постоји у свим гранама права. Најпре у уставном праву, као правна али и политичка када се односи на понашање суверена. Након уставног, одговорност је најизразитија у грађанском и кривичном праву. Келзен обрађује претежно грађанскоправну одговорност а Живановић кривичноправну. У разради опште и специјалне правне одговорности оба аутора су јако речита. Упоредивање њиховог схватања одговорности даје извесне заједничке констатације, али, такође, и особености код оба аутора.

**Кључне речи:** природно право, позитивно право, правна одговорност, деликт, делинквент, санкција.

---

\* medars@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је под истим називом изложен у виду усменог саопштења на међународној научној конференцији „Одговорност у правном и друштвеном контексту“, одржаној 18. септембра 2020. године у организацији Правног факултета у Нишу.

## 1. Увод

Реч одговорност нема у свим језицима исто значење. Тако се у енглеском језику реч одговорност (responsibility, liability, accountability) често везује за појам надлежности. У нашем језику реч одговорност етимолошки има своје корене у речи „говорити, дати одговор, одговорити“ (Караџић, 1969: 442). На основу назначеног појма, може се дати дефиниција правне одговорности. „Одговарати значи полагати рачуна другима за своје поступке који нису у складу са друштвеним правилима и трпети одређене последице због непоштовања истих“ (Некк, 1958: 76).

У најширем смислу, одговорност представља свестан однос човека према друштвеним вредностима, без којих оно као организована друштвена заједница не може постојати. Одговорност почива на способности човека, као свесног друштвеног бића, да разликује корисно од штетног, рационално од ирационалног, поштено од непоштеног, а тиме и дозвољено од недозвољеног. Као константна друштвена категорија, одговорност је мењала своје облике испољавања. При томе, њен захтев остаје увек исти: да свако за свој рад и понашање у друштву мора да полаже рачуне некоме. Ко ће коме одговарати зависи од карактера друштва и односа који у њему владају. Најзначајнији критеријум за разврставање одговорности у друштву је начин примене санкције према прекршиоцу норме. По том основу разликују се морална, политичка и правна одговорност. За разлику од правних норми, моралне норме настају неорганизовано, спонтано у самом друштвеном животу, тј. у интеракцији људи и група људи. Морал је хетерогена и флуидна категорија јер свака друштвена заједница има свој морал. А у једној истој друштвеној заједници свака друштвена група, па и сваки појединац, има свој морал. Утолико је морална одговорност она коју свако осећа због извршеног моралног деликта, и то како пред другима тако и према самом себи. Морална кривица се испољава у осећају стида, нелагодности и грижи савести. Морална и политичка одговорност се често мешају, мада су два различита појма. Политичка одговорност се састоји у полагању рачуна због свог нецелисходног рада, неизвршења задатака или штетног рада пред односном политичком организацијом. Политичка одговорност се ослања на морал. Уколико је политика више заснована на општељудским моралним принципима утолико има више шанси за успех. То одговорност чини ефикасном.

Као константна друштвена категорија, одговорност је током дуге историје људског друштва мењала своје видове и механизме дејства на људску свест. „Друштво, развијајући се, иде из нижег у виши савршенији облик

одговорности, па аналогно томе и одговорност прелази из нижег у виши, суптилнији облик испољавања“ (Јовановић, 1973: 83).

## 2. Појам правне одговорности

Питање правне одговорности једно је од централних у конструкцији правних појмова одвајкада до данас. То је и разумљиво, ако се право, како се најчешће чини, схвати као принудан поредак и систем. У оквиру питања правне одговорности треба најпре нешто рећи о оној у природном праву. То је оправдано и насловом рада, будући да су и Келзен и Живановић присталице природног права. Природно право као вечно, непромењиво, априорно, универзално, апсолутно је у рационалистичкој варијанти стуб културе разума којим се гради хумана будућност. “Одговорност... обухваћена животом више од два миленијума, својом моралном и правном организацијом, испољава достигнути степен индивидуалне и опште цивилизације“ (Перовић, 2011: 862). Нема природноправне вредности слободе под насиљем и нема слободе без одговорности. Схваћена у рационалном смислу, слобода је нераздвојна од одговорности као стања кажњивости.

Одговорност у праву значи кршење диспозиције и подложност прекршиоца санкцији. Однос одговорности има две стране, објекат одговорности, односно страну која је прекршила диспозицију и субјекат одговорности, тј. страну којој објекат одговара. Зато сваки овакав однос има три елемента: субјекат, објекат и основ одговорности (кршење правила). Ова три елемента дају одговор на питање ко, коме и за шта одговара.

Одговорност уопште, а посебно државе, је институција без које се не може замислити једна правна држава. „Она представља једну етапу, и без сумње највишу етапу у развоју правне државе, наравно под претпоставком да се упоредо развијају и остале институције које одликују правну државу“ (Тасић, 1921: 3). Концепт правне државе и принцип владавине права подразумева три кључна мерила и то: “важење законског права које природноправну доктрину о људским правима замењује концептом субјективних јавних права, затим, демократски принцип народног суверенитета и идеју о подели власти“ (Димитријевић, 2005: 17).

Још са једном значајном идејом је повезано питање одговорности, наиме са принципом поделе власти. Као претходно питање овде се јавља оно о подели одговорности на хоризонталну и вертикалну. Још је Levenštajn, разматрајући контролу политичке моћи, дефинисао хоризонталну и вертикалну одговорност. Хоризонтална одговорност постоји када једну функцију власти врши више лица, односно код колективних државних

органа где се у оквиру самог органа установљавају механизми контроле. Вертикална одговорност „обухвата федерализам, плурализам (као облик колективизације деловања појединаца кроз групу) и гаранције људских права“ (Lowenstein, 1969: 168). Одговорност се не може поистоветити са хоризонталном поделом власти јер се не може говорити о хоризонталној одговорности увек кад једна од власти утиче на другу, рецимо код законодавног вета или када је потребна сагласност једног органа за именовање које врши други орган.

Близак појам одговорности је појам контроле. „На пример, уставно судство контролише рад парламента и може поништити акте које он доноси, но парламент није одговоран уставном судству. То раздваја појмове контроле и одговорности, а из дефиниције хоризонталне одговорности следи да они немају правну могућност да казне онога кога контролишу“ (Трипковић, 2008: 824).

Правна одговорност се јавља готово у свим правним дисциплинама, а нарочито у грађанском и кривичном праву, породичном праву, уставном и управном, прекршајном и финансијском, ауторском и проналазачком, међународно јавном и међународно приватном. У релативно скоријој историји социјалистичких држава постојала је специфична непосредна одговорност. У односу на друге, она је карактеристична по јачем интензитету. Она, као друштвена категорија мора да постане елемент свести сваког човека и да поред одговорности пред другима буде и одговорност пред самим собом. Овде је приметна јача веза са моралном одговорношћу.

Почев од прве велике цивилне кодификације, француског Code civil-а, па донекле и од аустријског Општег грађанског законика, а потом и немачког Грађанског законика, грађанска инкриминација је дефинисана општом забраном наносења штете другоме. Од тог периода мења се сврха грађанскоправне одговорности. Она се уместо дотадашњег пеналног приступа оријентише ка одштетном циљу, у правцу обештећења оштећеног. „У материји грађанскоправне одговорности се врши даље разграђавање на нове врсте одговорности, као што је вануговорна (деликтна) и уговорна (или контрактуална), у зависности од тога да ли је повређена општа забрана проузроковање штете, тј. неком законом заштићено добро (својина, личност, слобода, здравље односно психички, физички или имовински интегритет) или пак индивидуална норма, правило уговора“ (Салма, 2008: 80). У грађанском праву се примећује да није довољно разрађен случај када се ради о деликту нечињења, посебно невршења корисних туђих послова. Ту се „прије свега ради више о моралној, него о правној обавези, обзиром



да се и за невршење тих таквих (корисних) туђих послова у принципу не одговара“.

Што се тиче кривичноправне одговорности, по принципу *nulum crimen, nulla poene sine lege*, неопходно је да постоји кривица. Кривица је субјективни и конститутивни елемент кривичног дела. Инкриминација кривичног деликта не може, због правне сигурности, бити заснована на гипким директивама, тзв. каучук нормама. У савременом праву оно што није забрањено специјалном инкриминацијом, допуштено је. До доношења новог кривичног законодавства Републике Србије, поред и изнад кривице, коришћен је појам кривична одговорност. „Кривична одговорност је раније представљала скуп субјективних услова којима се означавало психичко стање учиниоца и његов однос према кривичном делу“ (Јовашевић, 2016: 121). За разлику од кривице, кривична одговорност може и да се избегне. Кривична одговорност је само последица вршења кривичног дела. Састоји се од два елемента, урачунљивости и кривице (виности). Оба ова елемента су нужна, дакле морају да постоје да би постојала одговорност. Одатле произилази да су кумулативни. Урачунљивост означава постојање психичких својстава код учиниоца кривичног дела. Састоји се у способности учиниоца кривичног дела да схвати значај свог дела и да управља својим поступцима. Кривица пак означава постојање одређеног односа учиниоца према свом делу као свом остварењу. Без постојања урачунљивости не може постојати ни кривица јер је она основица на којој се кривица гради. С друге стране, урачунљивост може постојати и када код учиниоца нема кривице. И у једном и у другом случају нема кривичне одговорности, па стога не може доћи ни до кажњавања за дело које је остварено у одсуству ових елемената.

Најпрегнантнија разлика грађанскоправне и кривичноправне одговорности је она по критеријуму санкције. Одговорност у теорији грађанског права и законској регулативи је двојака, уговорна и вануговорна. Традиционално се заснива на институту кривице (субјективна одговорност) или одсуства кривице (објективна одговорност). „Под утицајем англосаксонске прецедентне праксе и на њој засноване регулативе (*common law*) континентално право преузима (правни трансплант) институт правила пословне одлуке (*business judgment rule*)<sup>1</sup>, који у доброј мери отвара питање места института кривице из грађанског права као основа уговорне или вануговорне одговорности“ (Васиљевић, 2011: 5).

---

1 Правило пословне пресуде

### **2.1. Схватање правне одговорности код Келзена**

Ханс Келзен се каткад означава као најзначајнији правник двадесетог века. Биће да је ова констатација примењива и на двадесете године двадесет првог века. „Ипак, он је био од истакнутог значаја не само као правник него и као социјални филозоф и критичар идеологије“ (Трајковић, 2004: 226). „Келзеново дело и Бечка правнотеоријска школа су типичан производ Бечке модерне“ (Јаблонер, 2001: 3). Келзен сам за себе каже: „Оно што ме је повезивало са филозофијом тог Круга – а да у томе нисам од ње претрпео утицај – била је њена антиметафизичка тенденција“ (Келзен, 1998: 6). Међутим, за потребе овог чланка треба рећи нешто о Келзеновој чистој теорији права и његом императивном моделу права.

Како се одговорност појављује као последица деликта, проговоримо пар речи о Келзеновом схватању правне норме и подели норми на примарне и секундарне. За Келзена је правна норма она која „има за циљ да регулише људско понашање, прописивањем аката принуде као санкције“ (Келзен, 1951: 128). Основни елемент права је санкција из које се изводе остали правни појмови, наиме појам деликта, као претпоставке санкције, правне обавезе и субјективног права. Овде се ради о класичној четвородеобној логичко-семантичкој структури правне норме. У погледу Келзеновог схватања примарних и секундарних норми и њиховог односа, приметан је потпуни заокрет у односу на схватање традиционалне теорије. „По Келзену, два су елемента логички и значењски довољна за поимање правне норме: деликт и санкција, тј. означавање једне људске радње као увјета-прекршаја и друге радње као посљедице-санкције“ (Висковић, 1981: 176). То је Келзенова примарна норма. Секундарна норма, која није неопходна, се састоји из правне обавезе и субјективног права.

Након ове кратке дигресије, прелазимо *in media res*, на Келзеново схватање одговорности коју он децидно тематизује. Будући да је одговорност нормативног карактера, зачуђује то што о њој мало и скрајнуто говоре они теоретичари права који дају вишечлане шеме правних норми. Нпр. Висковић који познаје десет елемената правне норме само се буквално у једном пасусу бави одговорношћу.

По Келзену је појам правне одговорности везан за појам правне обавезе. Субјект правне одговорности и субјект правне обавезе се поклапају. У традиционалној теорији се разликују две врсте одговорности: субјективна одговорност, као одговорност заснована на кривици и апсолутна одговорност код које није нужна никаква веза између стања свести делинквента и последице његовог понашања. Усавршена правна техника захтева разлику између случаја када је лице које је извршило деликт

предвиђало и хтело последицу свог понашања и случаја када је понашање тог лица изазвало штетну последицу коју делинквент није предвиђао нити хтео. „Индивидуалистички идеал правде захтева да се санкција веже за понашање неког лица само ако је лице које је извршило радњу предвиђало или хтело штетну последицу понашања и ако је хтело да нанесе штету другом лицу својим понашањем, под условом да је његова воља имала карактер зле воље“ (Келзен, 2010: 145).

У два горе описана случаја различите су санкције. Кад је санкција везана једино за психолошки квалификован деликт, говори се о одговорности заснованој на грешци или кривици. Психолошка квалификација деликта постоји једино у случају када је делинквент предвиђао и хтео, са или без зле намере, штетне последице. „Ако се не покаже брижљивост коју наређује право, то се зове нехат; и нехат се обично сматра као друга врста „кривице“ (culpa)“ (Келзен, 2010: 146). Нехат је деликт пропуштања. Одговорност за нехат је пре једна врста апсолутне одговорности него облик кривице. Ово је видљиво када се деликт пропуштања који има карактер нехата упореди с деликтом пропуштања који сачињава кривицу. Код деликта пропуштања постоји правни или морални а не психолошки аспект ситуације. Келзен подсећа да се „према примитивном праву санкција везује за понашање и кад је њена штетна последица проузрокована упркос томе што је показана нужна брижљивост“ (Келзен, 2010: 147). У модерном праву пак постоји тенденција да се одговорност ограничи на неиспуњавање обавезе да се предузму мере којима се може избећи штетна последица. Кад је једно лице својим понашањем изазвало штетну последицу у односу на неко друго лице, оно ће бити ослобођено кривичне или грађанске санкције ако покаже да није предвидело или хтело штетну последицу свог понашања.

Посебно место у свом схватању одговорности Келзен придаје њеном односу са обавезом. Терминолошка разлика између правне обавезе и правне одговорности је нужна кад санкција није, или није једино, уперена против непосредног делинквента, него против лица која су правно везана са њим. Уколико се правна ситуација описује у терминима правних лица, субјект правне обавезе и објект санкције су идентични. То се нарочито добро види када је у питању одговорност државе као правног лица. Али, ако се одбаци персонификација и правни односи између субјеката се опишу без појма правног лица, онда разлика између непосредног субјекта деликта и непосредног објекта санкције постаје очигледна. „Деликт је извршио одређени појединац – орган друштва или орган државе; санкција је уперена против свих чланова друштва и против свих грађана државе“ (Келзен, 2010: 148–149). Колективна одговорност пак постоји онда кад делинквент и лица која су одговорна за деликт припадају истој правној заједници, односно

правном лицу. Келзен посебно подвлачи да је колективна одговорност увек и апсолутна одговорност.

Горњи наводи апсолвирају тешкоћу да се одреди ко је правно обавезан да избегне деликт. Иста правна норма је постављена и као обавеза и као одговорност. Правна норма имплицира обавезу у погледу потенцијалног субјекта деликта а одговорност у погледу потенцијалног објекта санкције. Субјект правне обавезе је онај ко је способан да се покори или не покори правној норми и његово понашање јесте услов санкције. Одговорно за деликт је лице против кога је уперена санкција, чак и у случају да његово понашање није услов санкције која је уперена против њега. Тај услов је правно одређени однос према делинквенту. Дакле, постоје изузеци „у којима је неко лице учињено одговорним за понашање које чини обавезу неког другог, за деликт који је извршио други“ (Келзен, 2010: 150).

Келзен посебно говори о одговорности у грађанском праву. Када неко лице одговара за штету коју је учинио неко други, није у питању случај одговорности за нечији туђи деликт. Како се деликт састоји у чињеници да обавеза за накнаду штете није била извршена, то је онај ко је подложен санкцији способан да је избегне одговарајућим држањем, тј. накнадом штете коју је неко други причинио. Овде се, по Келзену, поклапају субјект обавезе и субјект одговорности.

Као критичар аналитичке теорије (Austin) Остина, Келзен се бави његовим схватањем правне одговорности. Остин је представник есенцијалистичког начина дефинисања права. Он разликује право правилно названо од права неправилно названог. Још је (Kantogowicz) Канторович писао да „између назива неке ствари (предмета мишљења и ствари која се назива постоји нека метафизичка веза коју је опасно и богохулно занемаривати“ (Висковић, 1981: 18). Код Остина је сваки позитивни закон заснован, директно или заобилазно, од суверене особе или тела независног политичког друштва при чему је њен аутор врховни.

Постоји неколико топова Келзенове критике Остина. У Остиновој теорији правна норма чини заповест која обавезује људе. Санкција је увек уперена против делинквента. Он не зна да санкција може бити уперена и против лица која стоје у неком правном односу са делинквентом. Тако по њему ова друга лица немају никакву правну обавезу. Појам правне обавезе је, с гледишта аналитичке јуриспруденције, чисто нормативан појам, тј. он изражава изванредан однос који спада у садржину правне норме“ (Келзен, 2010: 152). Остин не успева да дође до појма норме као безличне заповести јер правну обавезу схвата као психолошку везу. Он уважава страх од санкције као мотив за понашање адресата правне норме. По Остину је

право систем заповести, а никаква садржина заповести не може утврдити психолошку чињеницу страха. Међутим, по Келзену је то ирелевантно за правну теорију. Битно је само да правна норма извесно понашање неког лица повезује са санкцијом.

Ово је повезано и са питањем непознавања права. Према Остину принцип да непознавање закона никог не извињава је принцип позитивног права. По Келзеновим речима он даје изврстан разлог за тај принцип: „Кад би незнање закона било усвојено као основ за ослобођење од кривице, незнање закона би странке увек наводиле, и суд би у сваком случају био обавезан да реши да ли је то тачно или не“ (Келзен, 2010: 153). Посебно у енглеском праву Остин не познаје ниједну инстанцу пред којом би незнање закона представљало основ за ослобођење оптуженог. Принцип да непознавање закона не ослобађа обавезе је нужан за примену и ефикасност права.

Логика у којој су и Остин и Келзен врхунски „мајстори“ намеће као даље питање оно о ретроактивности правних норми. Остин усваја могућност ретроактивних правних норми. Он сматра да су такве норме пуноважне али постоје извесни правно-политички разлози против њих. Будући да закон није постојао у тренутку кад је извршено чињење или пропуштање, адресат није знао нити је могао знати да је прекршио закон.

Келзен одаје признање Остину зато што је овај схватио противуречност између психолошког појма обавезе и аналитичког излагања права и тиме изложио себе самокритици. По Остину постоје два кумулативна услова делотворне обавезности. Прво, да адресат зна да постоји закон који намеће обавезу и за који је везана санкција. Друго, да адресат зна или може знати да би његово чињење или пропуштање били у супротности са циљевима закона и са обавезом. Келзен, међутим критикује овај став: „да би се санкција учинила ефикасном, нужно је да субјекти познају законе... незнање или грешка у погледу стања права не може субјекта ослободити одговорности“ (Келзен, 2010: 154). Остин даје само правнополитичко оправдање принципа *ignoration iuris nocet*. Прихватање овог принципа као разлога за ослобођење одговорности води бескрајном испитивању нерешених фактичких питања. То би водило спречавању вршења правосуђа и ослобођењу права. Келзен закључује да се ова тешкоћа у Остиновом схватању не може решити. Она је последица Остинове дефиниције права као заповести.

## ***2.2. Схватање правне одговорности код Живановића***

Тома Живановић се бави питањем одговорности у свом монументалном Систему синтетичке правне филозофије. Као познати кривичар, творац

трипатритног појма кривичног дела, посебну пажњу и у питањима санкције, кривца и одговорности поклања овој грани права. У својој анализи Живановићевог схватања пустићемо углавном самог аутора да „говори“. Ово због тога што је његов стил минуциозан и јасан. Та јасност је највидљивија кад се Живановићево синтетичко филозофско-социолошко-антрополошко-еволуционистичко гледиште о праву упореди са Хегеловим схватањем. У својој теорији Живановић, наиме, полази од Хегела развијајући и прецизирајући али и мењајући неке његове идеје о праву. Најкраће речено, за Хегела је право ступањ идеје, одн. објективног духа, а за Живановића подидеја која произилази из Идеје као општијег појма. Али, док је Хегел „доиста мрачан и тежак за разумевање, Живановић је кристално јасан и прецизан у својим конструкцијама“ (Лукић, 1992: 398).

По Живановићу су неправо, одн. деликт, прекршилац права и правна санкција основни правни појмови. „Свака *повреда* (а евентуално и само угрожење) субјективног права (правне норме) сачињава (према „материјализацији“ права њему сходно актима) *неправо* (деликт), било у питању норме ма које гране права о *праву*, тј. приватног, јавног или процесног права о праву“ (Живановић, 1959: 325). Деликтно право даје санкцију свим повредама права. Различит је степен тежине санкције, од лакших као што је новчана казна до тежих казни и мера безбедности, до најтежих кривичних дела. У англосаксонској правној књижевности је учење о приватном неправу засебна правна наука која познаје само вануговорне деликте.

Живановић сматра да је кривично право основно у односу на друге гране права. Свакако да је у праву, будући да су кривична дела најизразитија јер се санкцијом одузимају или ограничавају најзначајнија добра, као што су живот и слобода. Утолико он истиче да у питањима појма деликта, кривца и санкције треба поћи од њега. На терену кривичног права треба разликовати кривично дело од осталих деликата. Живановић разрешава дилему да ли је разлика у питању квалитативна или квантитативна и долази до закључка да се „кривично неправо појављује као *особен род* (генус) деликта (противправног дела)“ (Живановић, 1959: 326). У дефинисању кривичног дела постоје две теорије: реалистичка и јуристичка. Те две теорије се могу применити и на друге деликте. Реалистичка, одн. натуралистичка теорија полази од тога да је неправо један природан, реалан феномен, наиме један догађај. Јуристичка теорија, коју Живановић подробије разрађује, је она по којој је право чисто правни феномен, царство правних норми. Аутор одавде изводи појам кривичног неправа, које је у логичком следу основно за извођење осталих деликата: „Само је израз норма наиме употребљив за кривично право... Изрази као пропис, правило неупотребљиви су овде, јер

се пре свега кривичним неправом напада на *прећутне* у казненом закону садржане прописе зване нормама („не убиј“ нпр.) (Живановић, 1959: 327). Кривично дело је људско дело, одн. радња. Израз радња није, међутим, најприкладнији, јер не обухвата последицу те радње као састојак појма кривичног дела, односно другог деликта. Дело уопште је проузроковање последице људском радњом и обухвата три елемента: радњу, последицу и узрочну везу међу њима.

Прекршилац права, одн. субјект неправа је по Живановићу следећи основни правни појам. Прекршилац права је објект санкције. Живановић је иновирао бипатритни појам и створио трипатицију, како у области кривичног права тако и осталих грана права. Иновација се састоји у трипатицији, односно издвајању прекршиоца као засебног основног правног појма, уз деликт и правну санкцију. Живановић даје дуги и исцрпни појам прекршиоца права, не заборављајући и на природно право: „*Прекршилац права* (субјект неправа, позитивноправни и природноправни) је *основни* правни појам и може се дефинисати као *извршилац* свршеног или покушаног неправа (деликта) или *саучешћа* у истоме, који испуњује *објективне личне услове деликтне одговорности* (којих мора бити и у природном праву)“ (Живановић, 1959: 337).

Постоје, дакле, три елемента појма прекршиоца. Први је покушајни прекршилац права. Покушај, како код кривичног права, тако и код осталих деликата може нанети извесну материјалну или моралну штету и тако бити основ за санкцију. Други је саучешће. Саучесник може бити подстрекач и помагач. Саучешће је правно релевантно само код приватног деликта и међународно правног деликта. Прекршилац права може бити и правно лице, како код приватног, тако и код јавног деликта. Трећи елемент појма прекршиоца права је по Живановићу испуњавање објективних личних услова одговорности. Живановић прелази и у полипатицију наводећи као могућ и четврти елемент извршиоца деликта. Он је факултативног карактера а састоји се у предвиђености извршиоца у закону (*nullus delinquens sine lege*).

И најзад, у вези са правном одговорношћу Живановић даје основни појам санкције. По њему је правна санкција “правна *последица* неправа (деликта) у *закону предвиђена*, која се *изриче* од надлежне државне (јавне) *власти због* извршеног неправа и прекршиоца права против *прекршиоца* права субјекта неправа (појединца или правног лица), коју овај има *лично* да издржи и која се *изриче* и издржава *непосредно* или *посредно* у *општем интересу*“ (Живановић, 1959: 340.) У следу својих основних правних појмова, Живановић помиње и санкцију у природном праву и моралу.

Санкција као правна последица неправна се састоји из седам елемената. Први елемент који постоји код санкција у свим гранама права је у томе што се санкција састоји у nanoшењу зла, као у кривичном праву, или отклањању зла, односно повраћаја у пређашње стање у другим гранама права, посебно у грађанском праву. Други елемент санкције је принцип законитости. Наиме, санкција мора бити предвиђена у закону и то како у кривичном праву тако и у грађанском праву. Разлика је само у томе што у грађанском праву предвиђеност санкције нема политички значај, одн. значај заштите човекове слободе од самовоље државне власти и законодавца. Трећи елемент санкције је, најкраће речено, у томе што се санкција изриче од надлежне државне власти, судске или административне. Четврти елемент је, по Живановићу, да се санкција изриче због деликта, тј. да су они њен правни основ. Пето обележје је да се санкција изриче против прекршиоца права. Шесто обележје санкције је принцип персоналитета, што значи да је прекршилац права лично издржава. И најзад, седмо обележје санкције је у томе што се она изриче у општем интересу и издржава непосредно или посредно код одштете.

Своје излагање о санкцији Живановић завршава напоменом да поред казне постоје и мере безбедности. Од седам елемената санкције, горе наведених, код мера безбедности постоји пет: nanoшење зла, принцип законитости, изрицање од надлежне државне власти, деликт као правни основ и изрицање у општем интересу. Међутим, последња два су у извесном смислу модификована. Наиме, мере безбедности се изричу због опасног стања али посредно. И друго, мере безбедности се изричу не само у општем него и у личном интересу извршиоца.

### **3. Однос Келзеновог и Живановићевог схватања**

Прво запажање, када се упореде Келзеново и Живановићево схватање одговорности, је то што Келзен изричито говори о одговорности а Живановић је помиње на пар места. Међутим, у разради правне одговорности Живановић говори кроз основне правне појмове деликта, делинквента и санкције. Исте појмове у анализи правне одговорности налазимо и код Келзена. У том смислу, могуће је упоређивати ова два схватања. На први поглед такође је очигледно да Келзен говори о правној одговорности у општем и правном смислу, док Живановић поред општег појма одговорности разрађује кривичноправну одговорност. У методолошком погледу, оба писца користе аналитичко-синтетички метод и индуктивно-дедуктивни. Запажа се да Живановић одвојено говори о деликту, делинквенту и санкцији, а Келзен у обрађивању одговорности



ове појмове стално комбинује. Утолико није лако пратити Келзенову мисао по Живановићевој шеми.

По Живановићу је деликт у свим гранама права повреда или угрожавање субјективног права. Овај појам има три елемента: радњу, последицу и узрочну везу међу њима. Посебно истиче англосаксонско право по питању деликта и изводи закључак да ту постоје само вануговорни деликти. Наравно, као кривичар светског гласа говори подробније о кривичном деликту као особеном роду, који се квалитативно разликује од осталих деликата. Келзен полази од тога да су деликт и санкција два елемента логички и значењски повезана. Правна одговорност за деликт и правна обавеза се поклапају. Постоји и деликт пропуштања, познатији као нехат. Одговорност за нехат је пре једна врста апсолутне одговорности него облик кривице. За разлику од Живановића, Келзен је наклоњенији грађанском праву. У њему није у питању одговорност за нечији туђи деликт када субјект права одговара за штету коју је учинио неко други. Упоредјујући Живановићево и Келзеново схватање, долазимо до констатације да они дотичу разне „тачке“ деликта, односно прекршаја права. То само говори да се ради о једном изузетно вишезначном појму који се може посматрати са различитих страна. У суштини, међутим, њихова схватања су блиска. Одговорно лице које је подложно санкцији се и код једног и код другог степенује по тежини и изазива различите врсте одговорности.

У разради делинквента, односно прекршиоца права, Живановић налази да је он објект санкције. Даје комплексну дефиницију истог која се састоји од три, односно четири елемента: покушај, саучесништво, испуњавање објективних личних услова одговорности и четврти, факултативан, предвиђеност делинквента у закону. Живановић, као што је напред речено, заступа трипатицију. Прекршилац, односно делинквент је засебан елемент уз деликт и санкцију. Келзен, у духу своје строге логике, налази да се, као што се поклапају правна одговорност и правна обавеза, поклапају и делинквент и субјект правне обавезе. Међутим, неопходна је терминолошка разлика кад санкција није једино уперена против делинквента, већ и против лица која су у правној вези са њим. То је случај код правних лица. Одговорност је у овом случају колективна и апсолутна. Из поређења двају схватања делинквента опет имамо закључак као и у питању деликта. Велика разумењеност и код једног и другог.

Изразито аналитичко схватање Живановић даје о појму, врстама и елементима санкције. Санкцију одређује као правну последицу деликта. Разликује санкцију у природном праву и моралу од правних санкција. Правне санкције могу бити различите тежине. Најтеже, одн. најизразитије

су санкције у кривичном праву. Постоји чак седам елемената санкција: 1. Наношење зла у кривичном праву, односно повраћај у пређашње стање у грађанском праву, 2. Принцип законитости који у грађанском праву штити слободу човека од законодавца и државне власти, 3. Изрицање од надлежне судске или административне власти, 4. Санкција као правни основ деликта, 5. Изрицање против делинквента, 6. Персоналитет, одн. лично издржавање од прекршиоца и 7. Изрицање непосредно или посредно у општем интересу.

Код Келзена се у погледу санкције опет запажа градација. Наиме, као што се поклапају правна одговорност и правна обавеза и делинквент и субјект правне обавезе, тако се поклапају и субјект правне обавезе и објект санкције. Ово последње код правних лица. Одговорно за деликт је лице против кога је уперена санкција. Келзен уводи у разматрање вредносни елемент, правду. Она захтева различите санкције у случају постојања кривице и нехата. У случају нехата, као деликта пропуштања, Келзен говори о другој врсти „кривице“. Нехат има правни или морални а не психолошки елемент. Све у свему, очигледно да се и у појму санкције препознаје велика проницљивост оба аутора.

#### **4. Закључак**

На општем нивоу дефинисања одговорности и три појма која је разрађују, суштински исто, али терминолошки различито поступају Живановић и Келзен. Тако постоји „скривени“ идентитет у Келzenовом схватању да се поклапају деликт и субјект обавезе и одговорности и Живановићеве констатације да је деликт објект санкције. Наиме, по Келзену је такође субјект правне обавезе исто што и објект санкције код правних лица. И даље, по Келзену се поклапају правна одговорност и правна обавеза.

Интегрална, одн. синтетичка схватања увек пружају бољи увид у истраживане појаве и везе, дајући богатије појмове и законе. Утолико, скупно схватање одговорности код Живановића и Келзена даје пуно знања о овом комплексном проблему. Када се овоме додају и богате класификације, увид у одговорност постаје још богатији. Основна разлика Живановићевог и Келzenовог схватања одговорности је у томе што први даје апстрактнија сазнања, а други поред апстрактних даје и подробна знања посебно о правној одговорности.

## Литература/References

Васиљевић, М. (2011). Грађанско право и Business, Judgment Rule, *Правни живот*. 11/2011. 5–35.

Висковић, Н. (1981). *Појам права*. Сплит: Логос

Димитријевић, П. (2005). *Одговорност управе за нечињење*, Источно Сарајево: Универзитет, Правни факултет

Ивановић, М. (1997). Основ одговорности за проузроковану штету, *Правни зборник. Часопис за правну теорију и праксу. Подгорица. Удружење правника Црне Горе* (стр. 171–176)

Јаблонер, К. (2001). *Чланци о чистој теорији права*, Београд: Досије

Јовановић Љ. (1973). Одговорност и врсте одговорности у нашем савременом друштву [електронски извор] преузето са <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/cornis12&div=8&id=&page=> приступ 16. 09. 2020. године

Јовашевић, Д. (2016). *Кривично право. Општи део*. Београд: Досије. Студио Караџић, Ст. В. (1969). *Српски речник*. Београд: Нолит

Келзен, Х. (1951). *Општа теорија права и државе*. Београд: Архив за правне и друштвене науке

Келзен, Х. (1998). *Шта је правда*. Београд: Филип Вишњић

Келзен, Х. (2010). *Општа теорија права и државе*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду

Loevenstein, K. (1969). *Vertassungslehre*. Tübingen: J. C. B. Mohr

Лукић, Д. Р. (1992). *Систем филозофије права*. Београд, Савремена администрација

Салма, Ј. (2008). Правне особине грађанско-правне одговорности / Разграничење грађанско правне од кривично-правне одговорности/. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. (стр. 79–98)

Перовић, С. (2011). Природно право и одговорност [електронски извор] преузето са <https://kopaonikschool.org/wp-content/uploads/2019/05/BESEDE-2011.pdf>

приступ 01. 10. 2020. године

Тасић, Ђ. (1921). *Одговорност државе по принципу једнакости терета*. Београд: Штампарија Мироточиви

Трајковић, М. (2004). О нормативности права Ханса Келзена. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. (стр. 223–240)

Трипковић, Б. (2008). Појам одговорности у уставном праву – покушаји типологије. *Правни живот* 14 (LVII). 819–831.

Некк, Р. (1958). *Grundriss des Schuldrechts*. Tubingen: Unveranderten Nachdruck

Живановић, Т. (1959). *Систем синтетичке правне филозофије*, Београд: Научно дело

**Doc. Suzana Medar, LL.D.,**  
Assistant Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

## **THE CONCEPTION OF LEGAL RESPONSIBILITY IN THE OPUS OF HANS Kelsen AND TOMA ŽIVANOVIĆ**

### **Summary**

*The concept of legal responsibility (liability) implies a violation of the dispositive norm and subjecting the offender to envisaged sanctions. Legal responsibility is based on three key elements: the subject, the object, and the legal grounds of responsibility. The legal state (Rechtsstaat) is inconceivable without responsibility, which is present in all areas of law. In constitutional law, it is reflected in the legal and political responsibility of the state authorities. Civil and criminal liability differ in terms of sanctions. In civil law, there is subjective liability based on culpability and objective (strict) liability. As a consequence of committing a crime, criminal liability includes two elements: sanity and guilt. While guilt is a subjective element of a crime which cannot be avoided, criminal liability can be avoided.*

*According to Kelsen, the subject of legal responsibility and the legal obligation are equivalent. He distinguishes between subjective liability based on culpability and absolute (objective) liability. This distinction rests on the individualistic ideal of justice. Logically, the sanctions also differ in these two cases. Kelsen also recognizes collective responsibility (especially of legal entities), which is always absolute. In civil law, the subject of obligation and the subject of liability correspond. Živanović provides detailed accounts on the concepts of delict, delinquent, and sanction. According to Živanović, a delict (in all branches of law) is a violation or endangerment of a subjective right. A delinquent, i.e. the infringer of legal norms, is the object of sanction. In analyzing the concept of sanction, he identifies seven distinctive elements of a sanction. The comparison of Kelsen and Zivanovic's conceptions of legal responsibility yields notable results. Both authors were aware of many aspects of legal responsibility. In spite of the obvious terminological differences, they essentially discuss the same legal issues. When observed jointly, these two authors provide a wide-branching "scheme" of both legal responsibility in general and area-specific liability in particular.*

*Keywords: legal responsibility, natural law, positive law, delict, delinquent, sanction.*



**Др Анђелија Тасић,\***  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Нишу  
**Др Горан Обрадовић,\***  
Редовни професор Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
10.5937/zrpfm0-30740

UDK: 349.22:331.108.644.7(497.11)  
331.106.44(497.11)

Рад примљен: 06.02.2021.  
Рад прихваћен: 16.02.2021.

## **ПОСЛЕДИЦЕ НЕЗАКОНИТОГ ОТКАЗА У СЛУЧАЈУ ДИСКРИМИНАТОРСКОГ ПОСТУПАЊА ПОСЛОДАВЦА\*\***

**Апстракт:** Своје Уставом загарантовано право на рад запослени који сматра да је добио незаконити отказ штити у посебном парничном поступку регулисаном Законом о парничном поступку Републике Србије. Ако суд у току поступка утврди да је запосленом престао радни однос без правног основа, може одлучити да се запослени врати на рад, да му се исплати накнада штете и уплате припадајући доприноси за обавезно социјално осигурање за период у коме запослени није радио, а све у складу са одредбама Закона о раду. Преклузивни рок за покретање парничног поступка јесте 60 дана. Незаконити отказ може, између осталог, бити последица дискриминаторског поступања послодавца. Закон о забрани дискриминације не предвиђа рок за покретање парничног поступка за заштиту од дискриминације, а као један од правозащитних захтева стипулише и извршење радње ради уклањања последица дискриминаторског поступања. Отказ без ваљаног разлога представља последицу незаконитог поступања послодавца, а њено отклањање подразумева враћање запосленог на рад. Основно питање којим се аутори у раду баве јесте питање конкурентности Закона о забрани дискриминације и Закона о раду. По запосленог и послодавца различите су правне последице уколико се

\*andjelija@prafak.ni.ac.rs

\*obrad@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је презентован на Међународној научној конференцији „Правна традиција и нови правни изазови“ одржаној 3. и 4. октобра 2019. године на Правном факултету Универзитета у Новом Саду.

\*\* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу.

*заузме став да је Закон о раду lex specialis за све случајеве незаконитог отказа, па и оне настале у случају дискриминације, а сасвим друге уколико се стане на становиште да је Закон о забрани дискриминације lex specialis за све случајеве дискриминације, укључујући и оне поводом радних односа. Аутори се у раду баве упоређивањем одредаба Закона о раду, Закона о забрани дискриминације, али и Закона о парничном поступку, питањем њихове колизије и могућим решењима за превазилажење дилема које су се појавиле у теорији и пракси поводом остваривања права на заштиту од незаконитог отказа у случају дискриминације.*

**Кључне речи:** *дискриминација, отказ, враћање запосленог на рад, лично својство.*

### **Пролог**

*По повратку са породилског одсуства, Марта Митић добила је отказ уговора о раду. Два и по месеца касније, на исто радно место примљен је Ратко Перић. Схвативши да је обманута када јој је речено да је отказ добила због непостојања потребе за радом, Марта Мирић одлучила је да своје право заштити пред судом. Она сматра да је отказ последица чињенице да је користила право на породилско одсуство и одсуство са рада ради неге детета, као и најаве да жели убрзо да прошири породицу. Док је прикупљала доказе за своју тврдњу, рок од 60 дана за покретање посебног парничног поступка је протекао. Да ли Марти стоји на располагању још неки механизам заштите?*

## **1. Дискриминација на раду – појам и основна обележја**

Дискриминација, као негативна друштвена појава, своје правно уобличавање и забрану на међународном плану добија у XX веку. Од Универзалне декларације о заштити људских права из 1948. године<sup>1</sup>, преко Међународног пакта о грађанским и политичким правима<sup>2</sup> и Међународног пакта о економским, културним и социјалним правима<sup>3</sup>,

---

1 Универзалну декларацију о људским правима усвојила је Генерална скупштина УН 10. децембра 1948. (A/RES/217), а овај датум у свету се обележава као Дан људских права.

2 Закон о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 7/71.

3 Закон о ратификацији Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 7/71.



те Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода и пратећег Протокола 12<sup>4</sup> до данас, заштитници права на недискриминацију прешли су трновит пут да се дискриминација препозна, дефинише и издиференцирају њени појавни облици.

Начело једнакости у запошљавању и занимању се, обично, одређује као могућност једнаких шанси и поступања у запошљавању и на раду. На негативан начин, ово начело одређује се као начело забране дискриминације у запошљавању и на раду (Лубарада, 2016: 38).

У области радних односа, злоупотреба права најчешће се дешава у вези са условима за запошљавање и очување већ заснованог радног односа, као и са распоређивањем, професионалним напредовањем, зарадом и другим погодностима. Злоупотреба права у овој области реализује се путем дискриминације, односно путем давања неоснованих првенстава (Паравина, 1996: 177).

Иако не постоји универзална дефиниција дискриминације, она се најчешће стипулише као свако неоправдано прављење разлике или стављање у неповољнији положај једног лица актом, радњом или пропуштањем на основу неког његовог стварног или претпостављеног личног својства. За потребе овог рада, користићемо одређење из Закона о забрани дискриминације, према коме 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<sup>5</sup>.

Најновија истраживања показују да актери на тржишту рада у великој мери перципирају дискриминацију у сфери рада и запошљавања. Да је дискриминација у овој области присутна сматра 92% послодаваца, 84% запослених и 86% незапослених. Исто истраживање показује да међу запосленима израженију перцепцију имају жене (86%), млађи (91%) и старији радници (87%). Најзаступљенија област доживљене дискриминације за незапослене је заснивање радног односа, а запослених

---

4 Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и пратећих протокола, *Сл. лист СЦГ – Међународни уговори*, 9/2003, 5/2005, 7/2005 – испр. и *Сл. гласник РС – међународни уговори*, 12/2010, 10/2015.

5 Чл. 243 Закона о забрани дискриминације, *Сл. гласник РС*, бр. 22/2009, у даљем тексту и ЗЗД.

сам процес рада. Важно је нагласити да су резултати истраживања показали да је свест актера на тржишту рада о забрани дискриминације већа од просека у општој популацији. Ипак, забрињава чињеница да сваки пети послодавац у Србији сматра да дискриминација није забрањена законом (Дискриминација на тржишту рада, 2019: 16–26).

Имајући ту чињеницу у виду, важно је дати преглед нормативног оквира забране од дискриминације који ће у први план ставити оне акте који се тичу дискриминације на раду. Већ Универзална декларација о правима човека истиче да „Свако, без икакве разлике, има право на једнаку плату за једнак рад“<sup>6</sup>. Ова одредба може се сматрати увертиром у Конвенцију МОР бр. 100 о једнакој накнади за једнак рад<sup>7</sup> из 1951. године. Сматра се првим обавезујућим међународним инструментом са циљем да се промовише једнакост, као и да се елиминира дискриминација (Петровић, 2009: 179). Међутим, убрзо је схваћено да се једнака плата не може постићи без елиминације дискриминације у свим областима запошљавања, као и да остали видови дискриминације морају бити забрањени. Због тога је 1958. године Међународна организација рада усвојила Конвенцију о дискриминацији у погледу запошљавања и занимања (бр. 111)<sup>8</sup> (Петровић, 2009: 180).

Наредни значајан документ донет под покровитељством Уједињених нација јесте Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима из 1977. године. У чл. 7 Пакта, који се односи на услове рада, нарочито се истиче правична и једнака зарада за рад једнаке вредности без икакве разлике, уз наглашавање да се рад жена мора вредновати на исти начин као и рад мушкараца. Конвенција о елиминисању свих облика дискриминације жена (CEDAW Конвенција)<sup>9</sup> у чл. 11 утврђује обавезу

6 Чл. 23, ст. 2 Универзалне декларације.

7 Указ о ратификацији Конвенције о једнакости награђивања мушке и женске радне снаге за рад једнаке вредности, *Сл. весник Президијума Народне скупштине ФНРЈ*, бр. 12/52.

8 Уредба о ратификацији Конвенције Међународне организације рада која се односи на дискриминацију у погледу запошљавања и занимања, *Сл. лист ФНРЈ – Међународни уговори*, бр. 3/61.

9 Закон о ратификацији Конвенције о елиминисању свих облика дискриминације жена, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 11/81. Нарочито се апострофира: а) Право на рад као неотуђиво право сваког људског бића; б) Право на једнаке могућности запошљавања, укључујући примену истих критеријума за одабир по питању запошљавања; ц) Право на слободан избор професије и запослења, право на унапређење, сигурност на послу и све бенефиције и услове за услуге и право на професионалну обуку и преквалификавање, укључујући приправнички стаж, напредну професионалну обуку и рекурентну обуку; д) Право на једнаку плату, укључујући бенефиције, и на једнак

држава чланица да предузму све потребне мере како би се елиминисала дискриминација жена у области рада и запошљавања.

У оквиру нормативног оквира заштите од дискриминације на раду неизоставно је поменути акта донета у оквиру Међународне организације рада (МОР). Још 1938. године Општа конференција је позвала државе чланице да усвоје принцип једнаког поступања према свим радницима, да би у низу докумената која су касније усвајана (Филаделфијска декларација или Декларација о основним принципима и правима на раду) овај принцип понављан или прошириван. Ипак, најзначајнија документа представљају Конвенција бр. 111 о дискриминацији из 1958. године и Конвенција бр. 100 о једнаком плаћању из 1951. године (Опширније: Петрушић, Обрадовић, Раичевић, Миладиновић Стефановић, Тасић, 2017: 98–102; Приручник за борбу против дискриминације на раду, 2012: 47–55).

На националном плану, свакако је најзначајнији Устав Републике Србије<sup>10</sup>, који забрањује сваку дискриминацију, непосредну или посредну, по било ком основу, а нарочито по основу расе, пола, националне припадности, друштвеног порекла, рођења, вероисповести, политичког или другог уверења, имовног стања, културе, језика, старости и психичког или физичког инвалидитета. Да принцип недискриминације не остане само Уставом прокламовано начело, законодавац се постарао доношењем Закона о забрани дискриминације, општег и основног закона у овој области. Осим овог кровног закона, дискриминација је забрањена и Законом о равноправности полова<sup>11</sup>, Законом о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом<sup>12</sup> и Законом о раду<sup>13</sup>.

---

третман у раду једнаке вредности, као и једнак третман у процени квалитета рада; е) Право на социјалну заштиту, нарочито у случајевима пензионисања, незапослености, болести, инвалидитета, старости и других немогућности за рад, као и право на плаћено одсуство; ф) Право на здравствено осигурање и сигурност у радним условима, укључујући заштиту репродуктивне функције.

10 Чл. 21 Устава Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006.

11 Закон о равноправности полова, *Сл. гласник РС*, бр. 104/09. Овај Закон, у Глави II – Запошљавање, социјална и здравствена политика бави се и питањем дискриминације на раду.

12 Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом, *Сл. гласник РС*, бр. 33/2006 и 13/2016. Чланови 21–26 овог Закона посвећени су дискриминацији у вези са запошљавањем и радним односима.

13 Чл. 18–23 Закона о раду, *Сл. гласник РС*, 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – одлука УС, 113/2017 и 95/2018 – аутентично тумачење, у даљем тексту и ЗР.

## 2. Судска грађанскоправна заштита од дискриминације

Закон о забрани дискриминације представља општи и основни закон у сфери заштите од дискриминације. Осим норми супстанцијалног карактера, њиме је уређен и посебан парнични поступак за заштиту од дискриминације. Овај поступак уређен је фрагментарно – прописана су одступања од правила општег парничног поступка и сходна примена Закона о парничном поступку<sup>14</sup>. Правилима ЗЗД прописан је круг активно процесно легитимисаних субјеката, апострофиран значај појединих процесних начела и наведене врсте захтева који у поступку могу да се истакну. Уведена су и посебна правила о месној надлежности, изрицању привремених мера, изјављивању правних лекова и прерасподели терета доказивања<sup>15</sup>.

На основу Закона о уређењу судова<sup>1617</sup>, у првом степену надлежан је виши суд. У овим поступцима, у складу са правилима ЗПП, суди судија појединац<sup>18</sup>. Уведена су правила о елективној месној надлежности, па је, поред суда опште месне надлежности, надлежан и суд на чијем је подручју седиште, односно пребивалиште тужиоца<sup>19</sup>.

14 Закон о парничном поступку, *Сл. гласник РС*, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014, 87/2018 и 18/2020, у даљем тексту и ЗПП.

15 Без обзира што се проучавају у оквиру процесног права, правила о терету доказивања сматрају се материјалноправним питањем, док је став да је реч о процесноправној категорији изузетно редак у континенталном правном кругу. Следећи материјалноправни прописи се најчешће наводе као они који садрже правила о терету доказивања: чл. 37, ст. 2 Закона о основама својинскоправних односа, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 6/80 и 36/90, *Сл. лист СРЈ*, бр. 29/96 и *Сл. гласник РС*, бр. 115/2005 – др. закон или чл. 154 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, *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Сл. гласник РС*, бр. 18/2020 – о основима одговорности за штету (Познић, Ракић Водинелић, 2010: 320). О терету доказивања у антидискриминационим парницама Тасић, 2018: 325–336.

16 Чл. 23, ст. 1, т. 7 Закона о уређењу судова, *Сл. гласник РС*, бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – др. закон, 78/2011 – др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 – др. закон, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018 – одлука УС, 87/2018 и 88/2018 – одлука УС, у даљем тексту и ЗУС.

17 Када је поступак у парницама за заштиту од дискриминације креиран, за поступке из ове области био је надлежан основни суд у првом степену. Изменама ЗУС које су ступиле на снагу 2013. године, ови поступци прешли су у надлежност вишег суда.

18 Чл. 35, ст. 3 ЗПП.

19 Чл. 42 ЗЗД. Опште месно надлежан је суд према месту пребивалишта, а под одређеним условима и боравишта туженог (чл. 39. ЗПП), а у парницама из вануговорне одговорности за штету суди и суд на чијем је подручју штетна радња извршена или суд на чијем је подручју штетна последица наступила (чл. 44, ст. 1 ЗПП).

Начело хитности, на коме инсистира ЗЗД<sup>20</sup>, није конкретизовано кроз утврђивање прецизних рокова. Тако, на пример, нема рока у коме мора бити одржано прво рочиште, није прописан максималан број рочишта који може да буде одржан током првостепене главне расправе, нити укупан период времена у коме првостепени поступак треба да буде окончан<sup>21</sup>.

Осим Марте, са почетка нашег рада, која у складу са ЗЗД представља лице које сматра да је повређено дискриминаторским поступањем, судску грађанскоправну заштиту од дискриминације могу тражити још и Повереник за заштиту равноправности, организација која се бави заштитом људских права, односно права одређене групе лица, и лице које се свесно изложило дискриминаторском поступању, у намери да непосредно провери примену правила о забрани дискриминације<sup>22</sup>.

Врста захтева која се може истаћи зависи од субјекта који покреће конкретну парницу. Могу се истаћи декларативни захтев, којим се тражи од суда да утврди да је тужени извршио дискриминацију према тужиоцу или другоме; захтев за пропуштање дискриминаторске радње којим се тражи забрана радње од које прети дискриминација, забрана даљег вршења дискриминације, односно забрана понављања радње дискриминације; захтев за уклањање последица дискриминаторског поступања; одштетни захтев и захтев за објављивање пресуде<sup>23</sup>. Одштетни захтев може истаћи само дискриминисано лице. Све остале захтеве могу истаћи и остали активно процесно легитимисани субјекти.

Законодавац није прописао рок за подизање тужбе и покретање поступка у парницама за заштиту од дискриминације. Тужилац, дакле, у овим парницама не може да буде преклудирани<sup>24</sup>. То, ипак, не значи да он не мора

---

20 Чл. 41, ст. 3 ЗЗД.

21 Оваквих примера има у појединим домаћим законима. Тако, у складу са чл. 204, ст. 3, 4 и 5 Породичног закона, *Сл. гласник РС*, бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015, поступци у вези са породичним односима спровешће се, по правилу, на највише два рочишта. Прво рочиште заказује се тако да се одржи у року од 15 дана од дана подношења иницијалне парничне радње (тужбе или предлога), а другостепени суд је дужан да одлучи о жалби у року од 30 дана од дана када му је достављена. Приликом доношења Закона о раду 2005. годинеу чл. 195, ст. 3 било је прописано да се поступак у парницама из радних односа правноснажно окончава у року од шест месеци од дана покретања поступка. Од овог решења се, међутим, одустало у каснијим новелама закона.

22 Чл. 41 и 46 ЗЗД.

23 Чл. 43 ЗЗД.

24 Закон о забрани дискриминације Босне и Херцеговине, *Сл. гласник БиХ*, бр. 59/09 и 66/16, пример је антидискриминационог закона у региону који предвиђа рок за подизање тужбе. У складу са чл. 13, ст. 4 овог закона, рок за подизање тужбе за

да води рачуна о роковима уколико жели да успе у парници. У парницама у којима је истакнут одштетни захтев важе рокови застарелости облигационог права, прописани Законом о облигационим односима. Субјективни рок застарелости потраживања накнаде проузроковане штете јесте три године од када је оштећеник сазнао за штету и штетника, а објективни рок пет година од када је штета настала<sup>25</sup>.

За предмет овог рада посебно је важна могућност тужиоца да истакне захтев за отклањање последица дискриминаторског поступања. Циљ овог захтева јесте поновно успостављање стања које је постојало пре повреде права на недискриминацију. Овај захтев подразумева одређену активност, извршење тачно одређене радње. Са аспекта извршења одлуке, та радња може бити она коју може да изврши само тужени и она коју може да изврши и неко треће лице.

Ревизија је увек дозвољена. Посебан парнициони рок за добровољно извршење чинидбе није одређен, те он износи осам дана од дана достављања извршне исправе извршном дужнику<sup>26</sup>.

### 3. Поступак у парницама из радних односа

Поступак у парницама из радних односа представља посебан парнични поступак регулисан правилима ЗПП-а. Њиме се, између осталог, пружа заштита у споровима поводом заснивања, постојања и престанка радног односа, укључујући и заштиту од незаконитог отказа. Новија теорија радног права прави разлику између „незаконитог“ отказа (отказа датог противно изричитим законским одредбама) и „неоправданог отказа“. Потоњи појам, тешко одредив и у теорији и у пракси, своје утемељење

---

заштиту од дискриминације јесте три месеца од дана сазнања за учињену повреду (субјективни рок), односно годину дана од учињене повреде (објективни рок). Када је у питању континуирана дискриминација, рок се рачуна од дана последње учињене радње. Рокови се не рачунају у случају системске дискриминације. Уношење правила о континуираној и системској дискриминацији резултат је измена и допуна овог закона из 2016. године. Управо се на нејасан критеријум за одређивање почетка тока рока у случају континуиране дискриминације указивало у литератури по доношењу иницијалне верзије закона (Hapušić, 2013: 29), тако да се нова редакција текста може сматрати малим „тријумфом“ на путу ка правној сигурности.

25 Чл. 376, ст. 1 и 2 ЗОП.

26 Чл. 47, ст. 13 Закона о извршењу и обезбеђењу, *Сл. гласник РС*, бр. 106/2015, 106/2016 – аутентично тумачење, 113/2017 – аутентично тумачење и 54/2019, у даљем тексту и ЗИО. О парниционом року детаљније: Кеча, Кнежевић: 2015, 49–73.

налази у Конвенцији 158 МОР о престанку радног односа на иницијативу послодавца<sup>27</sup> (Обрадовић, Ковачевић Перих, 2014: 201).

Правне последице незаконитог отказа и обавезе послодавца прописане су чл. 191 ЗР. У складу са овом одредбом, тужилац може да истакне захтев за враћање на рад, захтев да му се исплати накнада штете, као и захтев да му се уплате припадајући доприноси за обавезно социјално осигурање за период у коме запослени није радио. Захтев за враћање запосленог на рад и захтев за накнаду штете не могу се истаћи кумулативно. У случају да суд у току поступка утврди да је запосленом престао радни однос без правног основа, а запослени не захтева враћање на рад, суд ће, на захтев запосленог, наложити послодавцу да запосленом исплати накнаду штете у износу од највише 18 зарада запосленог. Висина досуђене накнаде зависиће од временаведеног у радном односу код послодавца, година живота запосленог и броја издржаваних чланова породице<sup>28</sup>.

У поступцима у парницама из радних односа прокламовано је, али не и конкретизовано, начело хитности, будући да је ранија одредба ЗР о максималној дужини трајања поступка до правноснажности одлуке престала да важи.

У складу са правилима ЗПП, у првом степену суди судија појединац<sup>29</sup>. Рок за добровољно испуњење обавеза износи осам дана. Ревизија је дозвољена у парницама поводом спорова о заснивању, постојању и престанку радног односа.

Допунска правила прописана су Законом о раду. Преклузивни рок за покретање поступка за заштиту права из радног односа јесте 60 дана од дана достављања решења, односно сазнања за повреду права<sup>30</sup>. По свој прилици, законодавац је одредио само субјективни, не и објективни рок за покретање парничног поступка. Сумњамо да је тенденција законодавца била да се овај поступак може покренути кад год запослени сазна за разлоге незаконитог отказа, те ово сматрамо пропустом или недореченошћу закона. Интерес послодавца, али и запосленог јесте да се егзистенцијално питање, попут враћања запосленог на рад, реши у што краћем року. На тај начин би се пружиала ефикасна правна заштита,

---

27 Закон о ратификацији Конвенције Међународне организације рада број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца, *Сл. лист СФРЈ – међународни уговори*, бр. 4/84.

28 Чл. 191, ст. 5 ЗР.

29 Поступак у парницама из радних односа: чл. 436–441 ЗПП.

30 Чл. 195, ст. 2 ЗР. Овај рок је изменама и допунама Закона о раду са 90 скраћен на 60 дана.

али и заштитило евентуално савесно треће лице које је послодавац у међувремену запослио.

#### **4. Конкурентност или комплементарност судске заштите поводом незаконитог отказа због дискриминације?**

Централно питање овог рада јесте по којим правилима се пружа правна заштита лицу које је добило незаконити отказ због дискриминације. Пред Мартом Митић са почетка рада стоје два пута – поступак у парницама за заштиту од дискриминације, према правилима ЗЗД, и поступак у парницама из радних односа, према правилима ЗР.

Уколико се определи да се против последица незаконитог отказа „бори“ у парници из радних односа, тужила ће, према околностима овог конкретног случаја, бити преклудирана. Рок од 60 дана од дана пријема решења, односно сазнања за повреду права, протекао је. Суд ће, по претходном испитивању тужбе, донети решење о њеном одбацивању<sup>31</sup>. Да није протекао, поставило би се питање на који начин би се суд у овој радноправној парници односио према питању дискриминације. То би, по својој природи, било претходно питање. То је оно питање о постојању права или правног односа од кога зависи доношење одлуке, а о коме суд или други надлежни орган још увек није донео одлуку (чл. 12 ЗПП). „Претходно питање“ код претходног питања јесте да ли је суд надлежан да га решава. Уколико јесте, то није питање избора, а од парничних странака зависи да ли ће се он о томе изјаснити у диспозитиву или образложењу одлуке (Кеча, 2014: 155). У случају да, међутим, није надлежан, суду на располагању стоје две могућности – да сам реши претходно питање или да прекине поступак и сачека да суд или други надлежни орган реше претходно питање као главно. Уколико одлучи да сам реши претходно

---

31 Чл. 294, ст. 1, т. 2 ЗПП. У судској пракси се, међутим, може наћи и оваква одлука: „Према члану 195, став 1 и 2 Закона о раду („Службени гласник РС”, број 24/05...) против решења којим је повређено право запосленог или кад је запослени сазнао за повреду права, запослени, односно представник синдиката чији је запослени члан ако га запослени овласти, може да покрене спор пред надлежним судом. Рок за покретање спора јесте 90 дана од дана достављања решења, односно сазнања за повреду права. Како је тужиоцу решење о престанку радног односа уручено 15.07.2009. године, а тужбу суду је поднео 29.07.2010. године, протекао је рок од 90 дана предвиђен чланом 195, став 2 Закона о раду за покретање спора пред судом, па је правилно одбијен тужбени захтев тужиоца којим је тражио да се утврди да је незаконито решење о престанку радног односа.” (Пресуда Врховног касационог суда, Рев2 424/2014 од 03.12.2015. године). Сматрамо да се благовременост може искључиво третирати као процесна, а не као материјална последица, те да њен недостатак доводи до одбацивања тужбе, а не одбијања тужбеног захтева.



питање, одлука има дејство само у парници у којој је то питање решено. О њему ће се суд изјаснити у образложењу, а не у диспозитиву пресуде. Правноснажно, односно коначно решење претходног питања, различито од онога које је донео суд пред којим се претходно питање појавило, представља разлог за понављање поступка<sup>32</sup>. Са друге стране, уколико одбије да сам реши претходно питање, то је разлог за прекид поступка. Поступак ће се наставити када се правноснажно оконча поступак у коме се то питање појављује као главно или ако суд нађе да више не постоје разлози да се чека његово окончање<sup>33</sup>

Прекид поступка због решавања претходног питања косио би се са прокламованим начелом хитности у поступцима поводом решавања спорова из радног односа. „Разуман рок” у коме странка има право да буде одлучено о њеним захтевима и предлозима представља правни стандард<sup>34</sup>. Овај стандард зависи од околности конкретног случаја – сложености чињеничних и правних питања, целокупног трајања поступка и понашања странака, суда и других државних органа, природе и врсте предмета суђења или истраге, њиховог значаја за странку, поштовања решавања редоследа решавања предмета и законских рокова за заказивање рочишта и главног претреса и доношење одлука<sup>3536</sup>.

Дакле, прекид поступка у парницама из радних односа да би суд одлучио о постојању дискриминације као претходном питању могао би да доведе

32 Чл. 426, ст. 1, т. 9. ЗПП.

33 Чл. 225 ЗПП.

34 Један од механизма обезбеђивања да се поступак спроведе у разумном року јесте и институт временског оквира парнице. Санкција за непоступање судије у временском овиру је основ за покретање дисциплинског поступка, у складу са одредбама Закона о судијама (чл. 10, ст. 3 ЗПП).

35 Чл. 4 Закона о заштити права на суђење у разумном року, *Сл. гласник РС*, бр. 40/2015.

36 Врховни касациони суд представио је *Критеријуме за оцену повреде права на суђење у разумном року Европског суда за људска права према извештају СЕПЕЈ-а*. Доступни на [https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Kriterijumi%20za%20ocenu%20povrede%20prava%20na%20sudjenje%20u%20razumnom%20roku\\_0.pdf](https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Kriterijumi%20za%20ocenu%20povrede%20prava%20na%20sudjenje%20u%20razumnom%20roku_0.pdf), преузето 15.01.2021. У овим Критеријумима наведено је, између осталог, да се у „једноставним” предметима разумним роком сматра трајање поступка до две године. У приоритетним пак предметима, разумним роком сматраће се (недефинисани, прим. аут) краћи рок од две године за окончање првостепеног поступка. Приоритетним предметима сматрају се, између осталог, и радни спорови (отказ, престанак радног односа, отпуштање, исплата зарада). Наведени су још и наконда штете за жртве несрећа, случајеви у којима су подносиоци представке у каснијем животном добу или су угроженог или критичног здравственог стања, породични спорови, случајеви у којима подносиоци представке имају одређени психички или физички инвалидитет, случајеви полицијског насиља или случајеви у којима се подносилац већ налази на одслужењу затворске казне.

до одуговлачања поступка, посебно имајући у виду две чињенице – спорови за заштиту права на равноправност се уопште не налазе на (горенаведеној) листи приоритетних спорова за решавање у разумном року, а начело хитности није ни на који начин конкретизовано; са друге стране, у овим поступцима важе специфична правила о доказивању, а доказивање је, по правилу, сложено. Према правилима о прерасподели терета доказивања, тужилац треба да учини вероватним да је тужени учинио акт дискриминације, након чега терет доказивања да услед тог акта није дошло до повреде начела једнакости, односно једнаких права и обавеза, сноси тужени<sup>37</sup>.

Наредно питање које се може поставити јесте питање објективне кумулације. Отвара се, наиме, проблем да ли је првостепени суд који решава спор у парници поводом радноправних односа надлежан да реши антидискриминациони спор, те дали се захтев за утврђење дискриминације и захтев за поништај решења о незаконитом отказу могу кумулирати. Могу се издвојити два спорна питања. Прво се тиче стварне надлежности. За радноправне парнице у првом степену надлежан је основни суд. Са друге стране, за антидискриминационе парнице надлежан је виши суд. По правилима општег парничног поступка, суд у току целог поступка води рачуна о својој стварној надлежности. Виши суд се, након упуштања туженог у расправљање, не може прогласити стварно ненадлежним у правним стварима из надлежности нижег суда првог степена исте врсте. *Argumentum a contrario*, нижи суд се може, или, рађе, мора огласити стварно ненадлежним уколико је у питању правна ствар која је у надлежности вишег суда у првом степену. То, по нашем мишљењу, представља препреку да основни суд може да о постојању или непостојању повреде права на равноправност одлучује у поступку у парницама из радних спорова и о томе се изјасни у диспозитиву одлуке. На истом становишту стоји и хрватско антидискриминационо право, када у Закону о сузбијању дискриминације<sup>38</sup> прописује да се захтеви за заштиту права на равноправност могу истаћи заједно са захтевима за заштиту других права о којима се одлучује у парничном поступку ако су сви захтеви у међусобној вези и ако је исти суд стварно надлежан за њих, без обзира да ли је за те захтеве прописано решавање у редовном или у посебном парничном поступку.

Осим тога, за ове две правне ствари није предвиђена иста врста поступка. Прописана су два посебна парнична поступка, уз сходну примену Закона о парничном поступку.

---

37 Чл. 45, ст. 2 ЗЗД.

38 Чл. 17, ст. 3 Закона о сузбијању дискриминације, *Narodne novine*, br. 85/08, 112/12, у даљем тексту и ЗСД.

Са аспекта правне сигурности, најбоље би било да се законодавац сам одредио према питању по којим правилима се спроводи поступак за заштиту од дискриминације на раду. То не би представљало преседан – већ је у хрватском ЗСД наглашено да ће се посебни поступци за заштиту од дискриминације у подручју рада и запошљавања сматрати споровима из радних односа<sup>3940</sup>.

Због чега је проблем поступка у коме се води спор поводом дискриминације на раду практично, а не само теоријско питање? Уколико је Марта Митић преклудирана у могућности да покрене поступак у парницама из радних односа, њој и даље на располагању стоји поступак у парници за заштиту од дискриминације. У том поступку она може истаћи утврђавни захтев да суд нађе да је послодавац дискриминаторски поступио према њој; захтев да се послодавац уздржи од будућих аката дискриминације; захтев за објављивањем пресуде у медијима. Уколико буду усвојени, сви ови захтеви донеће јој личну сатисфакцију. Сем њих, она може истаћи захтев за накнаду материјалне и нематеријалне штете. Постојање штете се не подразумева, већ се мора утврдити узрочна веза између повреде права на равноправност и насталих последица<sup>41</sup>. Напослетку, Марта може истаћи и захтев за отклањање последица дискриминаторског поступања.

У захтеву за отклањање последица дискриминаторског поступања налази се суштина проблема. Да бисмо могли да говоримо о потпуном успостављању стања које је постојало пре наступања чина дискриминације (отказа), запослена мора бити враћена на рад. Хипотеза од које полазимо јесте

---

39 Чл. 16, ст. 2 ЗСД. У литератури се истиче да се антидискриминациони захтеви могу истаћи и у редовним и у посебним парничним поступцима, заједно са посебним захтевима из тих поступака. Спорови ће се решавати по правилима која би била меродавна за кумулиране захтеве (на пример, по правилима за решавање радних спорова), а уз одступања која произилазе из правила посебног парничног поступка за заштиту од дискриминације (Uzelac, 2009: 98).

40 Са друге стране, у правној теорији је заступљен и став да „спор поводом дискриминације у области рада није радни спор”. Повлачи се паралела са поступцима у парницама из породичноправних односа – „као што веће за породичне спорове неће судити у случајевима дискриминације по основу брачног и породичног статуса, тако нема никакве логике да у случајевима дискриминације у области рада суде већа за радне спорове” (Рељановић, 2014: 99).

41 Иако се у појединим одлукама, укључујући и одлуке Врховног касационог суда (Рев 117/16 од 31.08.2016. године) може срести став да „се ревизијом неосновано указује да је тужилац био у обавези да докаже да је претрпео нематеријалну штету...повреда било ког права личности, па самим тим и вршење дискриминације у односу на неко лице или групу лица представља вид нематеријалне штете”, овакав став се не може прихватити јер се ни у антидискриминационим парницама постојање и висина штете не подразумевају (Тасић, 2018: 325–336).

да је једино враћање запослене на рад израз отклањања противправног стања. Да би остварила овај циљ, Марта је, дакле, успела да избегне рок од 60 дана и последице преклузије. Шта је она још постигла одлучивши се за покретање антидискриминационе парнице? Обезбедила је, најпре, примену правила о прерасподели терета доказивања. На њој је, дакле, (само) да учини вероватним да ју је послодавац пустио због њене породичне ситуације. Она ће то урадити коришћењем различитих доказних средстава – саслушањем странака и сведока или употребом статистичких података (Петрушић, 2014: 33–50). Свакако, да би постојање дискриминације учинила вероватним, потребно је да постоје конститутивни елементи дискриминације: неједнак третман и лично својство. У ту сврху користи се компаратор, лице које се налази у упоредивој ситуацији са дискриминисаним лицем, а не поседује исто својство као то лице, те није стављено у неповољнији положај. Ипак, компаратор није увек неопходан. Тако, Европски суд правде стао је на становиште да компаратор није неопходан у случајевима трудноће<sup>42</sup>, породилског одсуства<sup>43</sup> и одсуства ради подвргавања вантелесној оплодњи<sup>44</sup>. Сматра се да се све ове околности везују искључиво за жену, па се она не компарира са другим лицем, већ се поставља питање да ли би се према њој дискриминатор понашао на исти начин да се није нашла у једној од наведених ситуација. Оно што тужиља, заправо, не може да докаже јесте постојање разлога, односно мотива код послодавца да јој да отказ. Управо због тога терет доказивања, у смислу навођења законитог и оправданог разлога за отказ, лежи на послодавцу. Определујући се за вођење антидискриминационе парнице, Марта Митић отвара могућност да Повереник за заштиту равноправности узме учешће у парници као умешач. Међутим, и пре него што је покренула поступак, она је могла да се притужбом обрати Поверенику, позивајући га да спроведе поступак за утврђивање постојања дискриминације. Уколико Повереник нађе да је поступак од суштинске важности за подизање свести друштва о штетности дискриминаторског поступања, он може сам, по добијању сагласности дискриминисаног лица, да покрене парнични поступак. Дакле, осим што може сама да се бори за заштиту права на равноправност, Марта то може учинити и уз помоћ независног државног органа чији је основни

---

42 Случај *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus* (C-177/88) представља прекретницу у погледу неопходности компаратора. Госпођа *Dekker* није добила посао због трудноће, иако је била најбоља кандидаткиња. Суд је нашао да, будући да само жена може бити трудна, свака таква дискриминација има се сматрати непосредном дискриминацијом на основу пола, без обзира на пол других заинтересованих кандидата.

43 *Case North Western Health Board v. Margaret McKenna* (C-191/03).

44 *Case Sabine Mayr v. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG* [GC] (C-506/06).

задатак заштита равноправности. Такође, тужиља, покретањем поступка у парници за заштиту од дискриминације, долази у ситуацију да, према правилима о елективној месној надлежности, може да покрене поступак и пред судом који је месно надлежан према њеном пребивалишту или боравишу, уместо да се примене правила о општој месној надлежности.

Дакле, будући да је сам законодавац предвидео уклањање последица дискриминаторског поступања као један од правозаштитних захтева, делује да правној теорији, а и пракси, не остаје ништа друго до да пристане на овај „правни маневар” тужиље. Па опет, какав је однос између ЗЗД и ЗР? Да ли је Закон о забрани дискриминације *lex specialis* за све случајеве дискриминације, па и за дискриминацију на раду, или је Закон о раду *lex specialis* за радне односе, укључујући и оне „контаминирани” дискриминацијом? Не треба занемарити ни чињеницу да је ЗЗД *lex posterior* у односу на ЗР. Да ли, међутим, овде треба сагледати однос два закона у целости, или само однос норми које се тичу незаконитог отказа и враћања запосленог на рад?

Или, ипак, враћање запосленог на рад није искључиви начин за отклањање последица дискриминаторског поступања? Ако се тај аксиом, та хипотеза, може довести у питање, онда је питање шта је Марта, заправо, постигла одабиром антидискриминационог поступка? Да ли суд Марти може досудити нешто друго на име отклањања последица дискриминаторског поступања, а не враћање на рад? У случају да Марта не захтева враћање на рад, у складу са чл. 191, ст. 5 ЗР, суд јој може досудити накнаду штете, на њен захтев. Поставља се, међутим, питање, да ли суд, чак и ако Марта захтева повраћај на рад, може да поступи у складу са чл. 191, ст. 6. ЗР? Може ли суд, на захтев послодавца, да одлучити да, без обзира што је нашао да дискриминација постоји, постоје околности које оправдано указују да наставак радног односа, уз уважавање свих околности и интереса обе стране у спору, није могућ, и не врати Марту на рад? У том случају досудиће јој законом прописану одговарајућу накнаду. Дакле, одабиром антидискриминационе парнице, Марта јесте у могућности да оствари неки вид компензације, али нема гаранција да ће је свака утврђавна пресуда којом је одлучено да дискриминација постоји довести и до фактичког враћања на рад.

\*\*\*

Питање односа норми Закона о раду и Закона о забрани дискриминације у погледу дискриминације учињене на раду или поводом рада представља комплексно теоријско и правно питање. Креирајући одредбе посебних парничних поступака у парницама за заштиту од дискриминације, односно

парницама поводом радних спорова, законодавац је пропустио да учини нужну повезаност појединих одредаба и одреди однос једних правних норми у односу на друге. Недовољна сензитивност исказана ка овом питању довешће како жртве дискриминације и незаконитог отказа, тако и непосредне примењиваче права у незавидан положај. Покушавајући да изађу из лавиринта контрадикторних законских прописа, потенцијални тужиоци постају жртве ограничавајућих законских одредаба и остају без могућности да им се правна заштита пружи. Надамо се да ће нека наредна редакција ових правних прописа донети јасна и недвосмислена решења којима ће креатори законских прописа показати да им појам „јединство правног поретка“ није стран.

### Литература/References

Дискриминација на тржишту рада (2019). Београд: Повереник за заштиту равноправности.

Кеча, Р. (2014). О решавању претходног питања у парничном поступку, Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније. 2014. Ranko Кеџа, 137–156.

Кеча, Р., Кнежевић, М. Парициони рок у српском парничном поступку. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 1/2015. 49–73.

Лубарда, Б. (2016), *Увод у радно право*, Правни факултет у Београду, 2016.

Обрадовић, Г., Ковачевић Перић, С. (2014). Новчана накнада нематеријалне штете због незаконитог отказа. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 67 (2014). 199–219.

Паравина, Д. (1996). Злоупотреба права у области радних односа. *Злоупотреба права (зборник радова)*, Правни факултет у Нишу, 1996. 176–184.

Петровић, А. (2009). *Међународни стандарди рада*. Правни факултет у Нишу.

Петрушић, Н., Обрадовић, Г., Раичевић, Н., Миладиновић Стефановић, Д. (2017). *Антидискриминационо право – прописи, пракса, стварност*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу.

Петрушић, Н. (2014). Употреба статистичких података у антидискриминационим парницама. *Правни живот*. 4 (2014). 33–50.

Познић, Б., Ракић Водинелић, В. (2010). *Грађанско процесно право*. Београд: Савремена администрација.

Приручник за борбу против дискриминације на раду: међународни стандарди, национално законодавство, судска пракса (2019). Београд: Повереник за заштиту равноправности.

Рељановић, М. (2014). Примена антидискриминационог законодавства у области рада. *Темуда*. 2/2014. 95–104.

Тасић, А. (2018). Терет доказивања у антидискриминационим парницама на примеру одлуке Врховног касационог суда. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 78 (2018). 325–336.

Uzelac, A. (2009). Postupak pred sudom. U: Šimonović Einwalter T. (Ur). *Vodič uz zakon o suzbijanju diskriminacije*. Zagreb.

Hanušić, A. (2013). *Sudska zaštita od diskriminacije u Bosni i Hercegovini: Analiza zakonskih rješenja i prakse u svjetlu prvih predmeta u ovoj oblasti*. Sarajevo.

Закон о забрани дискриминације, *Сл. гласник РС*, Бр. 22/2009.

Закон о забрани дискриминације, *Сл. гласник БиХ*, Бр. 59/09 и 66/16

Закон о заштити права на суђење у разумном року, *Сл. гласник РС*, Бр. 40/2015

Закон о извршењу и обезбеђењу. *Сл. гласник РС*. Бр. 106. 2015. Бр. 106. 2016 – аутентично тумачење, Бр. 113. 2017 – аутентично тумачење и Бр. 54. 2019.

Закон о облигационим односима. *Сл. лист СФРЈ*. Бр. 29. 1978. Бр. 39. 1985. Бр. 45. 1989 – одлука УСЈ и Бр. 57. 1989. *Сл. лист СРЈ*. Бр. 31. 1993. *Сл. лист СЦГ*. Бр. 1. 2003 – Уставна повеља и *Сл. гласник РС*. Бр. 18. 2020.

Закон о основама својинскоправних односа. *Сл. лист СФРЈ*. Бр. 6. 1980 и 36. 1990. *Сл. лист СРЈ*. Бр. 29. 1996. и *Сл. гласник РС*. Бр. 115. 2005 – др. закон

Закон о парничном поступку. *Сл. гласник РС*. Бр. 72. 2011. Бр. 49. 2013 – одлука УС, Бр. 74. 2013 – одлука УС. Бр. 55. 2014. Бр. 87. 2018. и Бр. 18. 2020.

Закон о равноправности полова, *Сл. гласник РС*, Бр. 104/09.

Закон о раду, *Сл. 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 ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и пратећих протокола, *Сл. лист СЦГ – Међународни уговори*, 9/2003, 5/2005, 7/2005 – испр. и *Сл. гласник РС – међународни уговори*, Бр. 12/2010, 10/2015.

Закон о ратификацији Конвенције Међународне организације рада број 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца, *Сл. лист СФРЈ – међународни уговори*, Бр. 4/84

Закон о ратификацији Конвенције о елиминисању свих облика дискриминације жена, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, Бр. 11/81.

Закон о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима, *Сл. лист СФРЈ*, Бр. 7/71.

Закон о ратификацији Међународног пакта о економским, социјалним и културним правима, *Сл. лист СФРЈ*, Бр. 7/71.

Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом, *Сл. гласник РС*, Бр. 33/2006 и 13/2016.

Закон о сузбијању дискриминације. *Narodne novine*. Бр. 85. 2008. 112. 2012.

Закон о уређењу судова, *Сл. гласник РС*, Бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – др. закон, 78/2011 – др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 – др. закон, 13/2016, 108/2016, 113/2017, 65/2018 – одлука УС, 87/2018 и 88/2018 - одлука УС.

Породични закон, *Сл. гласник РС*, Бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015.

Указ о ратификацији Конвенције о једнакости награђивања мушке и женске радне снаге за рад једнаке вредности, *Сл. весник Президијума Народне скупштине ФНРЈ*, Бр. 12/52.

Уредба о ратификацији Конвенције Међународне организације рада која се односи на дискриминацију у погледу запошљавања и занимања, *Сл. лист ФНРЈ – Међународни уговори*, Бр. 3/61.

Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС*, Бр. 98/2006.

Одлука Врховног касационог суда Рев 117/16 од 31. 08.2016. године

Одлука Врховног касационог суда Рев2 424/2014 од 03.12.2015. године

*Case Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus (C-177/88)*

*Case North Western Health Board v. Margaret McKenna (C-191/03)*.

*Case Sabine Mayr v. Bäckerei und Konditorei Gerhard Flöckner OHG [GC] (C-506/06)*.

[https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Kriterijumi%20za%20ocenu%20povrede%20prava%20na%20sudjenje%20u%20razumno%20roku\\_0.pdf](https://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Kriterijumi%20za%20ocenu%20povrede%20prava%20na%20sudjenje%20u%20razumno%20roku_0.pdf), Преузето 15. 01.2021.



**Andjelija Tasić, LL.D.,**  
Assistant Professor, ,  
Faculty of Law, University of Niš  
**Goran Obradović, LL.D.,**  
Full Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

## **THE CONSEQUENCES OF TERMINATION OF EMPLOYMENT RELATIONSHIP DUE TO DISCRIMINATION**

### **Summary**

*This article focuses on the procedural norms concerning antidiscrimination and labour rights protection. By analyzing concrete legal norms, the authors attempt to address the key question: what is the appropriate way of ensuring legal protection for victims of unlawful termination due to discrimination? The fact is that two different legal procedures contain different rules about time limit for initiating civil proceedings, filing a claim or motions, as well as different rules on the burden of proof. These complex issues have been insufficiently addressed in theory and practice. For the purpose of overcoming this problem, the authors provide an insight into the comparative law solutions which may be used as guidelines in prospective legislative efforts and adjusted to the specific features of the legal system in the Republic of Serbia.*

**Key words:** *discrimination, termination of employment relationship, returning an employee to work, personal characteristics.*



**Doc. Miloš Prica\*, LL.D.,**  
Assistant Professor,  
Faculty of Law, University of Niš

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
10.5937/zrpfno-29394

UDK: 347.234  
342:347.234

Рад примљен: 15.11.2020.  
Рад прихваћен: 11.01.2021.

## **EXPROPRIATION IN A MATERIAL SENSE\*\***

**Abstract:** *Expropriation as a legal institute is both narrower and broader than expropriation in a formal sense (formal expropriation). Expropriation in a formal sense implies a due legal process of revoking or restricting the ownership right in a particular legal case by the operation of the law. Formal expropriation generates the establishment of various legal institutes, one of which is expropriation in a material sense. On the other hand, expropriation as a legal institute emerges outside the scope of formal expropriation), which occurs within the framework of restricting one's private ownership, as a result of direct statutory regulation (legislation) in particular areas of the legal order, and a result of the legal regulation in particular cases in judicial and other legal proceedings. Expropriation in a material sense exists only in cases where the transformation of private ownership into public ownership occurs through expropriation in a formal sense, for the purpose of achieving a specifically designated general interest, including the possibility of return to the previous state of affairs (de-expropriation). De-expropriation takes place at the request of the former owner if it is established that the intended purpose of expropriation has not been achieved. In effect, the possibility of de-expropriation is the differentia specifica that separates expropriation in a material sense from other legal institutes related to expropriation in a formal sense, as well as from quasi-expropriation and other forms of revoking and restricting the private ownership right under the legal authority of the state.*

**Keywords:** *formal expropriation, expropriation in a material sense, quasi-expropriation, expropriation as a legal institute, de-expropriation.*

---

\* pricamilos@prafak.ni.ac.rs

\*\* This paper is the result of research supported by the Ministry of Education, Science and Technological Development of the Republic of Serbia, under Agreement, No. 451-03-68/2020-14/200120

## 1. Expropriation as a legal institute

Expropriation is a legal institute with highly complex structure and a broad application in the existing legal orders of European countries, involving numerous aspects of its manifestation and various legal regulation regimes. In line with the constitutional private ownership guarantees,<sup>1</sup> expropriation in a formal sense (formal expropriation), as an unavoidable element of *Rechtsstaat* (a legal state governed by laws), entails a legal process of revoking or restricting the ownership right in a particular case, for the purpose of achieving a public interest. The legal process includes: (1) establishing public interest for revoking or restricting the ownership right, (2) adopting an individual legal act on revoking or restricting the ownership right, and (3) establishing compensation for the expropriated real estate or restricted ownership right.

In the author's opinion, *public interest* is a regulatory determinant of a legal order and a static expression of general welfare! *General interest* is a dynamic expression of general welfare, while *private interest* is a dynamic expression of individual (private) goods. General interest should not be equalled with public interest, bearing in mind that the projected purpose of expropriation involving the characteristics of general interest may be (but does not necessarily have to be) in the public interest. Public interest as a regulatory determinant is woven into all the stages of legal regulation of expropriation, including the assessment of the projected purpose of expropriation, the expropriation enforcement procedure, and particularly the compensation of the owner of the expropriated real estate.

Expropriation in a formal sense implies establishing the actual public interest for revoking or restricting the ownership right in a particular case by assessing the projected purpose of expropriation in relation to other legal interests and legal goods. Thus, public interest is a regulatory determinant in balancing the opposed legal interests in the expropriation procedure. For instance, constructing a hospital (as an expression of general welfare) reflects a general interest and justified purpose for expropriation, but it is still necessary to assess whether constructing a hospital is in the public interest when compared to the interests of private real estates proposed for expropriation. If the answer to this question is negative, it means that expropriation is not in the public interest. However, it is established that the answer is affirmative, public interest (as a regulatory determinant) further implies making a lawful decision on expropriation and a valid decision on the compensation for the expropriated real estate. Thereby,

---

1 Article 58 of the Constitution of the Republic of Serbia (2006) guarantees a peaceful enjoyment of ownership and other property rights acquired by the law, stipulating that the ownership right may be revoked or restricted in the public interest established by the law, and with compensation which cannot be less than the market value.

if the decision on expropriation is justified by a reason which could not have a character of a general interest as an expression of general welfare (e.g. construction of a shopping mall or a complex of residential and commercial buildings in a specific area), it does not mean that the reason could not be in the public interest. Considering that such construction does not involve a general interest as an expression of general welfare, the initiation of an expropriation procedure would be impermissible in such a case. Yet, in order to ensure that the legal regulation would attain the character of public interest, the projected goal may be achieved in another legally permitted manner (e.g. through legal regulation of the use of real estate in public ownership and exercising free will to contract in terms of objects in private ownership) (Prica, 2020: 157-186).

Legal institutes of intrinsically complex structure or permanent nature often generate myriads of legal cases involving various forms of legal regulation of particular legal matter. The complexity of legal regulation is most prominently manifested in the legal regime of formal expropriation. In this area, we may observe a powerful transference of features underlying the legal regulation of expropriation, which may include: administrative matters (in proceedings for establishing the public interest and adopting a decision on expropriation), contractual matters (regarding the compensation for expropriated real estate), judicial matters (extrajudicial proceedings on compensation for expropriated real estate, and litigation on disputes concerning the legal relationship between the expropriating authority and the expropriated party), and administrative, contractual and litigation matters in de-expropriation procedure.

Formal expropriation generates the establishment of different legal institutes,<sup>2</sup> one of which is expropriation in a material sense. It means that expropriation in a material sense is narrower than expropriation in a formal sense. On the other hand, expropriation as a legal institute emerges outside the scope of formal expropriation, within the framework of restricting one's private ownership as a

---

<sup>2</sup> For instance, easements in general interest (administrative easements) are established in expropriation proceedings but these easements are further adjusted to the legal regime of easement, which is regulated under the Ownership and Real Property Relations Act, as the general legislative act regulating all easements in the Serbian legal order. It means that the relationship between administrative easements and typical civil law easements may be described as a relationship of a special legal institute *versus* a general legal institute. On the other hand, the legal regime of lease as a legal institute emanating from the Obligation Relations Act (ORA) cannot be applied to any lease in general interest, which is based on the expropriation procedure, bearing in mind that Serbian systemic legislative act on obligations excludes any possibility of applying general provisions to leases regulated otherwise by subject-specific legislation (Art. 568 ORA). Hence, administrative lease is a special legal institute whose relationship with the typical civil law lease cannot be defined in terms of a subject-specific legal institute versus a general legal institute.

result of direct statutory regulation (legislation) and a result of legal regulation of particular legal cases in judicial and other legal proceedings.

Quasi-expropriation refers to legal cases which emerge outside the scope of formal expropriation, but which rest on the legal grounds of expropriation in a formal sense. It distinguished such cases from the cases on revocation and restriction of private ownership right, which have a form of expropriation in a formal sense. Quasi-expropriation involves cases of legally permitted revocation and restriction of private ownership or other property rights, entailing the obligation to provide compensation. Thus, quasi-expropriation includes the forms of revocation or restriction of private ownership and property rights which are followed by compensation; the valid criteria for quasi-expropriation is the legal nature of expropriation as a legal instrument, i.e. its legal ground or the constituent elements of its legal regime.

The identification of legal institutes comes as a result of the functional analysis of relevant legal grounds, which reveals the correlation of legal grounds underlying the legal regimes in different areas of the legal order. In that context, the author posits that expropriation as a legal institute encompasses the entirety of legal matters and legal situations in different areas of the legal order (Prica, 2016: 83-365). Quasi-expropriation, expropriation in a formal sense, and expropriation in a material sense are correlated on the basis of the nature of the legal object, the legal case and the legal ground. The legal object is private ownership and related property rights, while the specific revocation or restriction of the ownership right has the character of a legal case. The legal ground is the excessive burden ("sacrifice") imposed on the titleholder of the ownership right, who is consequently entitled to compensation for the expropriated real estate. The compensation for expropriation aims to establish a balance between the opposed legal interests. In that context, it is important to clearly distinguish among expropriation in a formal sense, expropriation in a material sense, and quasi-expropriation, which is the focal point of examination in this paper.

## **2. Expropriation in a formal sense (Formal Expropriation)**

Expropriation in a formal sense is envisaged as revocation or restriction of the private ownership right (in favour of general welfare), followed by compensation to the titleholder for the revoked or restricted ownership right. Historically speaking, the concept of formal expropriation emerged long before the creation of the liberal *Rechtsstaat*. But, it was only in the legal order of the liberal state that formal expropriation was fully established as a legal regime composed of goals, prerequisites, legal requirements, legal rules, and legal proceedings. Moreover, expropriation is a "shadow" that follows private ownership, as one

of the strong pillars of liberal *Rechtsstaat*. During the 19<sup>th</sup> and 20<sup>th</sup> century, the legal structure of expropriation experienced significant changes. Building upon its “beautiful youth” in the legal order of the liberal *Rechtsstaat*, expropriation reached its full maturity in the 20<sup>th</sup> century, gaining impressive presence in all European legal orders.

In the current European-continental legal orders, apart from the complete revocation of the ownership right (the so-called full expropriation), expropriation may also emerge in the form of restriction of the ownership right, by means of the legal institutes of easements, lease and temporary possession of land (the so-called incomplete expropriation). An additional feature in the existing European legal orders is the expansion of the legal regime of expropriation to other types of property; thus, besides immovable property (real estates), formal expropriation may include movable property, as well as individual property rights. For example, France allows the expropriation of patents for inventions pertaining to national defence and maritime cultural heritage (goods) located on a maritime property (Chapus, 1995: 618). Yet, the appropriation of movable property may only be allowed in case of urgency, whereby it produces the effect of requisition (as a special form of expropriation). The state of urgency is the only legal ground that can justify the expropriation of movable assets without undermining the *Rechtsstaat* doctrine.

When speaking about movable property as the subject matter (object) of expropriation, there are several forms of formal expropriation. First, considering the scope of expropriation, formal expropriation may be full and partial. The subject matter (object) of expropriation does not have to be the entire real estate; it can be one part of the estate if the general interest is met thereby. For example, in the expropriation of a real estate, it may be established that there is no need to expropriate the entire estate); as a result, the partition of the estate will ensue, and a newly created parcel of land will be designated as the subject matter (object) of expropriation. In the European-continental legal orders, as well as in Serbian law, the owner of the expropriated real estate is allowed, under the conditions prescribed by the law, to file a claim for expropriation of the remaining part of the immovable property.<sup>3</sup>

---

3 “In the legal order of the Republic of Serbia, the authority conducting the expropriation procedure is obliged to instruct the real property owner that he/she may file a claim for expropriation of the remaining part of the real estate. By acting otherwise, the authority substantially violates the rules of procedure; as a result, the first instance decision will be annulled in appeal proceedings” (Judgment of the Supreme Court of Serbia, U. 572/92 and U. 573/92, dated 10.6.1991, *Bulletin of judicial practice*, no. 1/1993, p. 69.)

The second form of formal expropriation are easements in general interest (administrative easements).<sup>4</sup> For the purpose of exploration works, lease of land in general interest (administrative lease)<sup>5</sup> can be established through formal expropriation, and provisional occupation of another's land may be allowed for the sake of public interest. As a specific form of expropriation in a formal sense, the transfer of public ownership from one public entity to another has taken root in Serbian law. It is the so-called administrative conveyance of ownership (formerly designated as societal ownership, now designated as public ownership).<sup>6</sup>

The subject matter (object) of expropriation in a formal sense is not the same in all legal orders; moreover, even if the subject matter of expropriation is the same, the legal character of individual forms of expropriation may vary in different legal orders. In France, for example, easements cannot be established in an expropriation procedure, which is possible in Serbian law and many other legislations. Similarly, French jurists commonly perceive the owner's claim for the expropriation of the remaining part of the real estate as an ordinary sale-purchase agreement, which does not fall within the concept of expropriation in a formal sense and expropriation in a material sense (Gjidara, 2008:102).

Furthermore, in the European legal orders, there is a need for several formal expropriation regimes. The basic formal expropriation regime is established by enacting the systemic legislative act on expropriation, which *inter alia* envisages a special legal regime of expropriation in extraordinary situations, for reasons of urgency (e.g. natural disasters). In France, for instance, the Environment Protection Act (1995) prescribes that the state may expropriate the land that is threatened by specific and substantial natural risks. In addition, bearing in mind that the legal regime of expropriation with a foreign element is based on the provisions of international treaties and international legal source, such expropriation regime should be differentiated from the basic formal expropriation regime based on the systemic legislative act on expropriation. In Switzerland, in addition to the formal expropriation in general interest, the legislation has

---

4 "A real estate easement for a specific period may be established through expropriation." (Judgment of the Supreme Court of Serbia, U. 3951/2005, dated 7.6.2006).

5 "In case of exploration works, only an incomplete expropriation may be allowed, including the lease of land for a specific period" (Judgment of the Supreme Court of Serbia, UŽ.1933/65, dated 11.6.1965, *Bulletin* no. 6/1966, p.49).

6 "Any organisation which, at the time of establishing compensation, uses the land on the basis of administrative conveyance, performed in compliance with the Expropriation Act, is obliged to pay the compensation for the expropriated land." (Legal opinion of the Department for Administrative Disputes of the Serbian Supreme Court, dated 14. 4. 1993, *Bulletin* no. 1/2010, p. 28).



envisaged a special legal regime of expropriation of neighbours' rights in the public interest (Vučković, 2016: 659-674).

Considering all the above, it is important to bear in mind that some forms of formal expropriation are only linked to a particular legal area, or particular legal order. As a specific form of formal expropriation, the French legislation envisages the expropriation of abandoned immovable property (*expropriation d'immeubles abandonnés*), which is subject to expropriation upon the decision of the local self-government authorities. English legislation envisages expropriation upon the autonomous application of the real estate owner, which is even more unusual from the aspect of Serbian law, where the owner's request for expropriation of the remaining estate has a secondary effect (given that the owner is entitled to file a request only after a part of the real estate has been expropriated).

Namely, in English law, the real estate owner, whose application for obtaining a construction permit is refused by the authorities, may request the public authorities to expropriate the particular real estate, i.e. to purchase it (which is more likely in the spirit of English law).

Thus, in terms of the subject matter and the purpose of expropriation, formal expropriation may be: permanent and provisional, and full and incomplete. According to the characteristics of the legal regime, it may be: basic formal expropriation, expropriation with a foreign element, and expropriation in extraordinary situations justified by urgency. As for the legal institutes which are established by means of formal expropriation, we should distinguish expropriation in a material sense and several forms of expropriation in a formal sense: administrative easements, administrative lease, provisional occupation of land in the public interest, and administrative conveyance of property.

### **3. Quasi-expropriation**

Quasi-expropriation includes cases of legally permitted revocation and restriction of ownership and other property rights, which entails the obligation to provide relevant compensation. The legally permitted forms of expropriation are as follows: 1) expropriation as a legal principle which generates a norm for legal regulation of particular civil law matters (expropriation as a settlement of opposed private interests), 2) the so-called factual expropriation, involving *de facto* confiscation of the substance of private ownership, and 3) indirect expropriation, involving the restriction of ownership and other property rights, due to which the titleholders of such rights consequently suffer an excessive burden for the sake of legal and public order. Therefore, quasi-expropriation includes different forms of revocation or restriction which are followed by compensation; the valid criteria for quasi-expropriation is the legal nature of expropriation as

a legal instrument, i.e. its legal ground or the constituent elements of its legal regime (Prica, 2016: 102-117).

It further entails the need to differentiate between formal expropriation, factual expropriation and indirect expropriation. Thus, if there is no formal expropriation, but the effects of taken acts and actions deprive the titleholder of the substance of private ownership, there is factual expropriation at work rather than formal (direct) or indirect expropriation. Indirect expropriation is the result of legal activities (acts and actions) outside the scope of formal expropriation, and the consequence of such acts and actions is unfair restriction of the titleholder's rights.

Indirect expropriation is a response of the legal order to the effect of statutory regulation of private ownership. Thus, due to excessive burden imposed by such regulation, the principle of fairness imposes an obligation to provide adequate compensation to the titleholder of the ownership right. Indirect expropriation entails the restriction of the ownership right and other real property rights, whereas "factual expropriation" entails *de facto* interference with private ownership which occurs outside the scope of the formal expropriation regime, but its legal effect is equal to the effect of expropriation in a formal sense. Generally speaking, the distinction between indirect expropriation and "factual expropriation" corresponds to the distinction between the extensive scope of substantive ownership right (on the one hand) and the very substance of the ownership right (on the other hand). Thus, "factual expropriation" occurs in case where the effect of an act or action brings the owner into the state of the so-called "bare ownership" (*proprietas nuda*), where the owner has mere title without the right of use. On the other hand, indirect expropriation is in action in case where the restriction of private ownership imposes a particular and excessive burden on the titleholder.

Indirect expropriation is used in regulating different property-law relations, such as: the right of way, reversal of a decision in extraordinary proceedings for the protection of public interest, and private nuisance (emissions) as the most distinctive form of indirect expropriation, where the titleholder is indemnified for excessive damage caused by industrial companies in the course of performing activities in the public interest (Petrović, 2011: 163, *passim*).

Unlike indirect expropriation, "factual expropriation" implies the legal effect of legal and material acts, which deprive the owner of real estate of the possibility to use property-related authorisations, even though formal revocation of the ownership right has not officially occurred through these acts. In regular situations, the titleholder of the ownership right is entitled to hold the property, to use it, and freely dispose of the ownership right, with the *erga omnes* legal effect.

In legal reality, although not exposed to the impact of formal expropriation, the owner of a real estate may be prevented (by means of particular acts and actions) from holding the real estate, using it or freely disposing of it; consequently, the titleholder has only “bare ownership” (*proprietas nuda*), which is the legal grounds for recognizing the so-called factual expropriation and its doctrinary development in legal orders (Prica, 2018: 361-387).

“Factual expropriation” includes cases where the legal effect of statutory regulation is not aimed at revoking the ownership right but at legally regulating its legal regime, as a result of which the owner suffers the same consequences as if formal expropriation has taken place. Yet, “factual expropriation” is not only a consequence of the effect of legal regulation of the ownership regime (as a mental activity in a legal order); it may also be a result of material (physical) activity of the subjects of the legal order.

Considering the aforesaid, “factual expropriation” implies an analogue application of formal expropriation in related but legally atypical matters. In other words, the establishment of “factual expropriation” has been procured by the need to find a fair solution for legal cases where there is no revocation of the ownership right, but where the restriction of the owner’s legal position has such a powerful impact that the ownership right is deprived of its substance and reduced to the so-called “bare ownership” (*proprietas nuda*), without leaving any possibility to the titleholder of the ownership right to use any authorisations.

Besides indirect expropriation and “factual expropriation” in property cases, quasi-expropriation is also present in certain civil law matters; thus, the legal regulation of these matters entails an analogous application of formal expropriation, its legal ground or individual elements of its legal regime (Jering, 1998: 230, *passim*).“

Considering the nature of things (*rerum natura*), expropriation is a principle which generates the norm for legal regulation of specific civil law cases. Yet, there are civil law cases where the revocation of private ownership is followed by compensation for the expropriated estate, but there are also cases where private ownership right is restricted and accompanied by compensation to the owner. In both cases, there is antagonism of legal interests but the prevailing interest takes precedence, including an obligation to compensate the owner for the revocation or restriction of private ownership. Here, expropriation rests on the prescribed legal ground or analogous use of the applicable rules on compensation for expropriated real estate.

Expropriation, as a principle which gives rise to the norm for regulating civil law matters is also present in the legal institute of accession (*accessio*). Thus, in terms of the civil law institute of *specificatio*, Kovačević-Kuštrimović and Lazić

point out: "In the event of *specificatio*, the legislator authorises the owner of the building material to seek return to the previous condition if no substantial damage or costs have been caused. If it is not possible, the resolution of ownership disputes depends on the conscientiousness of the contractor, i.e. the owner of material. The conscientious (*bona fides*) party is entitled to choose, to keep the new thing as an exclusive owner and to pay the value of labour or the value of material to the other party, or to leave the asset to the unconscientious (*mala fides*) party. When the value of material is inconsequential in relation to the value of labour, the new asset belongs to the contractor, irrespective of his/her conscientiousness, whereby he/she owes compensation to the owner of material." (Kovačević-Kuštrimović, Lazić: 2006: 114-115).

Expropriation as a principle is also present in the legal institute of consolidation; thus, if the real estate of the owner whose property has been subjected to consolidation has an inconsequential value, the owner of such property is only entitled to receive compensation for the property value, while the newly created property belongs to the new owner. Further, expropriation as a principle is also reflected in the *superficies solo cedit* rule: everything that is physically attached to the land shares its legal destiny. This refers to the legal regime of constructing on another's land, which envisages several legal situations. (Kovačević-Kuštrimović, Lazić, 2006: 115-116).

#### **4. The concept of expropriation in a material sense**

Let us examine the difference between quasi-expropriation and expropriation in a formal sense. First, in terms of expropriation as a principle which gives rise to the norm for legal regulation of particular civil law matters, there is antagonism of private interests. The public interest is a regulatory determinant and static expression of these interests. It entails the need to establish a legal rule (norm) for the legal regulation of civil law matters as typical legal cases, so that the balance of opposed private interests could be established in a concrete case. It is the goal of legal regulation, while the revocation of the ownership right is an expression of the need to enact reasonable legal solutions; consequently, compensation for the expropriated real estate is a means of reconciling the opposed interests and settling the dispute.

In case of the so-called "factual expropriation", generated as a result of statutory regulation, the *ratio iuris* is the excessive burden imposed on the titleholder of the ownership right, whose right is reduced to "bare ownership" (*proprietas nuda*). Thus, for reasons of fairness and justice, he/she is provided with compensation which accompanies expropriation in a formal sense.

The difference between expropriation in a formal sense and the so-called indirect expropriation as a form of quasi-expropriation is manifested as follows: a) expropriation in a formal sense is concrete, while quasi-expropriation is abstract; b) expropriation in a formal sense affects a designated titleholder of the ownership right, whereas quasi-expropriation affects a typical real estate owner; and c) expropriation in a formal sense entails a direct and designated revocation or restriction of private ownership, which is not applicable in legal regulation of ownership where the indirect effect of such regulation may be qualified as excessive interference with the ownership right (which is the reason for compensation in formal expropriation).

Bearing in mind the aforesaid, there are three reasons for the existence of expropriation in a formal sense; they are as follows: 1) exercising a general interest related to the specific real estate, without establishing the existence of public interest which would jeopardise the principle of equality before public burdens and equality before the law in general; 2) given that the purpose of proposing expropriation (by the nature of things) entails the issue of justifiability, formal expropriation is a means of establishing whether the general interest reflects the public interest (by including publicity); 3) expropriation in a formal sense is a means of preventing the risk of state authorities' "escape" into private law. Thus, there is no reason that would justify the possibility of having the direct effect of the law regarding expropriation in a formal sense. It may be concluded that the enactment of an individual legal act is the distinctive feature of expropriation in a formal sense.

Why is compensation provided for expropriation in a formal sense and for quasi-expropriation? Given that the titleholder of the ownership right bears an excessive burden, it is in the interest of justice to establish a balance of interests, which is the condition for preserving public order and the state as a territorial (legal and political) community. In order to trigger the effect of the obligation to provide compensation to the titleholder, the imposed burden has to be excessive and specific. Prof. Petrović, a distinguished expert on German and French legal literature, concludes: "[...] in certain hypotheses, the excessive burden itself is not a sufficient condition for the occurrence of state obligation to provide compensation. An additional requirement, which is to be met cumulatively, is that the burden has to be particular and specific, i.e. imposed on an individual or a specific group [...] A modern state cannot survive without enacting regulations and imposing more or less substantial burdens on its citizens. If the compensation were to be paid every time when the imposed burden is "excessive", without taking into account the number of affected persons or the political, economic and other functions of the burden, the state would soon end up in a dead-end track. Irrespective of financial strength and stability, no state treasury would

be able to withstand it [...] Hence, the specific and particular nature of the imposed burden may be viewed only as a supplement to the criterion of excessive burden which makes it practically applicable in specific cases, i.e. when a fully constitutional or legal state measure affects an exceptionally large number of members of a society/state.” (Petrović, 2011: 162).

The imposed burden generates the request for justice, i.e. establishing a balance between legal assets (values), legal interests and legal order goals. Public order resembles the scales, balancing order and peace (on one of the plates) and chaos (on the other plate). Thus, the principle of opportunity keeps surfacing in legal order and in public order, reflecting the need to balance the plates of the scales, which is actually a precondition for the existence of legitimacy of a *Rechtsstaat* (legal state, state governed by laws/the rule of law). In this regard, Prof. Petrović says: “There are, in fact, two ideas of legal equality. One form of equality (equality in a narrow sense) is a full, arithmetic, democratic-egalitarian equality, the Greek “*isonomia*,” which may be designated as both equal legal rights and equality of law. The other form of equality is “good equality”, embodied in Solon’s concept of “*eunomia*”, which implies good and valid distribution and settlement within the polis as a whole, as “a political state of proper distribution of equal and unequal.” While *isonomia* is abstract and static, *eunomia* is concrete and dynamic, linked to the specific situation. It reveals the primordial, social and protective function of law” (Petrović, 1981: 264). Thus, compensation for expropriation in a formal sense and for quasi-expropriation is an expression of “good equality”, i.e. Solon’s *eunomia*.

In order to establish the concept of expropriation in a material sense, it is necessary to compare the legal institutes established through expropriation in a formal sense, both mutually and with other legal institutes, which are used for revoking or restricting private ownership.

In establishing the concept of expropriation in a material sense, it would be good to start by establishing the legal relation between *nationalisation* and *expropriation*, as well as between *agrarian reform* and *expropriation*. The compensation for the expropriated real estate can be applied in case of reimbursement of owners in the nationalisation or denationalisation procedure; the compensation for the expropriated real estate is even more likely to be applied in the agrarian reform procedure. In this context, a renowned legal writer, Slobodan Jovanović, distinguishes “expropriation for administrative need” and “expropriation in the interest of social justice”. Jovanović says: “Expropriation for administrative need is allowed in all the cases that may be envisaged by the law; expropriation in the interest of social justice is only allowed in cases that are expressly provided by the Constitution. [...] Such measures are not directed against the capitalistic

estate, but against its size. Capitalistic estate is tolerated, provided that it does not exceed certain boundaries. The maximum of a landed estate is to be determined by the law; any estate exceeding that maximum will be expropriated. In the feudal estate, the conveyance of property is made from the landowner to farmers; in the capitalistic estate, the conveyance of property is made from the landowner to the state. It is one case of expropriation for the sake of social justice, not for administrative needs, which is permitted by the Constitution as an exception. In the expropriation of large estates, the expropriated landlord is entitled to compensation, just like any owner in common expropriation. In common expropriation, the Constitution guarantees a "fair compensation"; in the expropriation of large estates, the Constitution leaves to the legislator to establish the principles of compensation (thus, compensation may be less than "fair"). Exceptionally, compensation is not given "for large estate that belonged to members of former foreign dynasties and for those donated to individuals by foreign authorities" (Jovanović, 1924: 452-455). Thus, expropriation under the umbrella of the agrarian reform differs from expropriation in a material sense; agrarian reform is an act of reforming the economic order, while expropriation is an act undertaken for the purpose of achieving a concrete objective goal that has the character of a general and public interest.

The goal of agrarian reform and nationalisation is the reform of property ownership regime and economic order; the reform is aimed at regulating private ownership of specifically designated real estates. The goal of expropriation in a material sense is not to reform of economic order or property ownership regime, but to exercise a concrete general interest. Denationalisation is also a reform of property ownership regime and economic order, but it does not necessarily follow nationalisation. In contrast, expropriation is commonly and necessarily correlated with de-expropriation.<sup>7</sup>

On the other hand, expropriation differs from land *consolidation* and *arrondation*, as legal institutes aimed at the regulating the use of agricultural land. While expropriation in a material sense aims to achieve a specific general interest, the goal of land consolidation and arrondation is to regulate how the agricultural land will be used and to ensure its more rational use.

The difference between *expropriation* and *confiscation* is reflected in the fact that confiscation represents a punitive measure which is pronounced in specific legal cases. Except for cases where confiscation is legally permitted, confiscation is the most severe form of interference with the *Rechtsstaat* doctrine. Thereby, in the expropriation process, if the real estate owner is acknowledged the com-

---

<sup>7</sup> The denationalisation procedure commonly entails a referral to analogous application of individual elements of expropriation in a formal sense (Prica, 2016: 173-193).

compensation for expropriation as a “naked (bare) right” (which was the case in Yugoslav law in the period after the WWII), then it is confiscation clad in the garment of expropriation, i.e. “confiscatory expropriation”, which is absolutely incompatible with the *Rechtsstaat* doctrine (Petrović, Prica, 2014: 178-186).

Consequently, the attainment of a concrete general interest is a relevant feature of expropriation in a material sense and it is, concurrently, the difference between expropriation in a material sense and other legal institutes which are established through formal expropriation.

*Administrative easements* are a legal institute established through expropriation in a formal sense but, after being established, they are brought into conformity with the legal regime of civil law easements; as previously noted, such regulation entails the relationship of a specific legal institute versus a general legal institute. It means that easement established in an expropriation procedure does not bring about any changes in the ownership title (private ownership); in case of possible disputable issues, the established legal situation (e.g. the erection of transmission lines on the land parcel owned by the titleholder of the ownership right) will be subject to the application of the legal regime which is in force for classical civil law easements, save for the issues where it is impossible due to the specific nature of legal matter.

Hence, in administrative easements, there is a restriction of private ownership, either provisional or permanent. Similarly, private ownership restriction is also present in cases of provisional occupation of land and administrative lease (in general interest), as legal institutes which are also established through formal expropriation. Expropriation in a material sense does not entail private ownership restriction, but a transformation of private ownership into public ownership for the purpose of exercising a specified general interest. Expropriation in a material sense also is not a legal regulation of the use of public ownership between the public law subjects, which is characterised by the so-called administrative conveyance of (public) ownership as a legal institute which is established through expropriation in a formal sense.

*Expropriation in a material sense* exists only where the transformation of ownership (from private into public ownership) occurs through expropriation in a formal sense, for the purpose of exercising a specified objective goal having a character of general and public interests. It includes the possibility of return to the previous condition (de-expropriation), upon a request filed by the former owner, if it is established that the purpose of expropriation is not achieved or if, in the meantime, the expropriated real estate has been designated for a different purpose (use).



In the author's opinion, the possibility of *de-expropriation* is a distinctive characteristic of expropriation in a material sense. To support this stance, it is important to refer to the legal stance rooted in judicial practice (jurisprudence), which posits that the purpose of expropriation must be stated in the dispositive (operative) part the judgment and specifies that the transformation of ownership is not the ultimate goal but a means for achieving the goal which is the reason for opting for formal expropriation. Thus, a possible change of the purpose (use) of the expropriated real estate would represent a form of "simulated legal regulation". At this point, it is important to draw attention to several legal standpoints on this matter which are present in Serbian jurisprudence: (1) "The dispositive (operative) part of a first-instance decision does not contain the purpose for which the expropriation is carried out, which is significant in terms of applying the provision envisaged in Article 72 (para.1) of the Expropriation Act<sup>8</sup>, in order to assess under which law the procedure will be completed. In addition, the case files do not include a valid excerpt from the detailed urban-development plan regulating the area where the expropriated real estate is located [...]. The said shortcomings point to the unlawfulness of the first-instance decision; therefore, the administrative court admitted the appeal filed in administrative proceedings and annulled the first-instance decision"<sup>9</sup>; (2) "The dispositive (operative) part of the first-instance decision on an expropriation must also contain the purpose for which the expropriation is carried out"<sup>10</sup>; (3) "Request for nullity of the decision on expropriation is evaluated against the purpose of expropriation set forth in the decision on expropriation, and not against the subsequent change of the detailed urban-development plan"<sup>11</sup>; (4) The Supreme Court of Serbia (U. no. 67/1999) specifies as follows: "if considerable work was performed on an object for the construction of which an expropriation had been conducted within a three-year period from the valid decision on compensation, or from the date of concluding a compensation agreement, the purpose of expropriation has been accomplished, and any subsequent alteration of the purpose of the expropriated object may not serve as a reason for rescission or for alteration of a valid decision on expropriation." (Pljakić, 2000: 339).

On the other hand, judicial practice (jurisprudence) contains evidence supporting the author's standpoint that de-expropriation is indeed *differentia specifica*, which separates expropriation in a material sense from all other legal institutes

---

8 Expropriation Act, *Official Gazette of the RS*, 53/95.

9 Judgment of the Supreme Court of Serbia, U. 7110/96, dated 1 Oct. 1997, *Bulletin*, no.1/1998, p.66.

10 Judgment of Supreme Court of Serbia, U. 7110/96, dated 1 Oct. 1997, *Bulletin*, no. 1/1998, p. 66.

11 Judgment of the Supreme Court of Serbia, U. 402/2003, dated 13. 5. 2004.

established through expropriation in a formal sense, given that the possibility of de-expropriation is not recognized in other legal institutes established through expropriation in a formal sense. Here, we may have a look at some significant judicial standpoints on this matter: (1) "The decision, on the basis of which the administrative conveyance of real estate to another titleholder has been conducted, may not be annulled under the terms of and in the manner prescribed in the provision of Art. 36 para. 3. of the Expropriation Act."<sup>12</sup>; (2) "The provision of the Expropriation Act on the rescission of a valid decision for failure to achieve the projected purpose of expropriation, does not refer to the land conveyed on the basis of administrative conveyance."<sup>13</sup>; (3) "Nationalised undeveloped construction land (without buildings), confiscated in a procedure pursuant to Article 38 of the Nationalisation Act, may not be returned to the former owner by applying the Expropriation Act provisions."<sup>14</sup>; (4) "The process of deciding on a request for rescission of a valid decision on relinquishment of nationalised land and the process of deciding on the requests pursuant to Article 84 and Article 86 (para. 7) of the Planning and Construction Act<sup>15</sup> are two separate proceedings, where the competent authority issues separate decisions."<sup>16</sup>; (5) "Article 34 of the Expropriation Act cannot be applied to any land confiscated pursuant to Article 38 of the Act on Nationalisation of Leased Buildings and Construction Land; thus, the rescission of decision and return of the estate which has not been used for the designated purpose cannot be requested, given that the Act on Nationalisation of Leased Buildings and Construction Land does not envisage the return on the same ground."<sup>17</sup>; (6) "The decision on the basis of which administrative conveyance of real estate is made to another titleholder cannot be annulled under the terms and in the manner prescribed by Article 36 (para. 3) of the Expropriation Act."<sup>18</sup>; (7) "When submitting the proposal for exemption of undeveloped construction land, the competent authority is not obliged to present evidence that the funds have been provided for payment of compensation for the exempted land."<sup>19</sup>; (8) According to the Court's understanding, "the right to file a

---

12 Judgment of the Supreme Court of Serbia, U. 3257/97, dated 29. 11. 1999; Judgment of the Supreme Court of Serbia no. 3420/01, dated 08. 05. 2002.

13 Judgment of the Supreme Court of Serbia, U. 2054/2002, dated 27. 2 2003.

14 Judgment of the Supreme Court of Yugoslavia (VJS), Uis-2540/68, dated 25. 4. 1969.

15 Planning and Construction Act, *Official Gazette of the RS*, no. 47/03

16 Judgment of the Supreme Court of Serbia, U. 6195/04 dated 19 Oct.2005, *Bulletin*, no. 4/2005, 154

17 Judgment of the OVSS – Novi Sad, U. 575/65 dated 29. 6. 1965.

18 Judgment of the Supreme Court of Serbia, U. 3257/97, *Bulletin*, no. 1/1998, p. 70-71

19 Legal opinion of the Department for Administrative Disputes of the Supreme Court of Serbia, dated 24. 11. 1988, *Bulletin of judicial practice of the Administrative Court*, no. 1/2010,

request for rescission of the valid decision on expropriation of real estate, which (in terms of Article 38 of the Expropriation Act) belongs to the former owner of the expropriated real estate, does not fall into the scope of non-transferable personal rights; in effect, both according to the provision in Article 38 and by the nature of things, the exercise of that right is exclusively linked to the real estate and not to the legal personality of the former owner. Therefore, although it is not a property-related right, the right to file a request for rescission of the valid decision on expropriation passes onto successors, who are entitled to file a request for deexpropriation."<sup>20</sup>

Legal importance of deexpropriation in relation to expropriation is recognised in French and German laws, on the same legal grounds. In French law, the legal importance of deexpropriation is reflected in the time limit for attaining the goal of expropriation, and the time limit for changing the purpose of expropriation by the expropriating authority; a violation of these time limits may be the reason for initiating the return to the previous state. The same legal ground also exists in German law; thus, in case of failure to attain the purpose of expropriation, the former owner is entitled to request deexpropriation (*Rückenteignung*) (Staničić, 2015: 185-212).

The significance of deexpropriation as opposed to expropriation was not recognized in the judicial practice of the State Council (the third-instance administrative court): "In the Law on Expropriation, there is no single provision on the basis of which a former owner of the expropriated land would be entitled to purchase it from the state, in case the state (after a period of time) did not use it for the intended purpose, on the basis of which it had acquired that land through expropriation; so, the state is now the landlord with unlimited power over the land, since it possesses a land deed. In such cases, even if we assume that there is a possibility of instituting restitution (return into the previous state of affairs), such a possibility cannot be allowed in the given circumstances because, even though the state did not use the estate for the intended purpose, it does not mean that the state would not - considering the current regulatory plan of Belgrade - use that same property for a purpose which is envisaged in the Law on Expropriation, irrespective of the fact that the original purpose of expropriation was the erection of Saint Sava Seminary."<sup>21</sup> This standpoint was

---

p. 19

20 Judgment of the Supreme Court of Serbia, U. no. 3873/74 dated 29. 5. 1975, *Bulletin of judicial practice of the Supreme Court of Serbia*, no. 1/1976, p. 41-42. Judgment of the Supreme Court of Serbia, U. no. 8164/74 dated 20 February 1976, *Bulletin of judicial practice of the Supreme Court of Serbia*, no., 1/76, p. 20-21.

21 Decision of the State Council, no. 7722/27, dated 16 March 1927, *Decisions of the State Council 1924-1928*, Belgrade, 1930, p. 327-328.

criticized by Lj. Radovanović, who noted: "The reasons of the State Council are contrary to the institute of expropriation in general. By its very nature, expropriation represents an exception from a fundamental principle of today's social regime - the principle of private ownership. It is allowed only if it is prescribed by the law. However, it is allowed under the law only if it has been subject to the prescribed procedure and if the expropriated estate is used for the purpose for which the expropriation has been approved. Since expropriation can only be conducted if the purpose of expropriation is approved in advance, it is clear that the expropriated estate cannot be later used for any other purpose; in order to change the goal, it is necessary to follow the same procedure which was used when specifying the previous one. The administrative authority cannot change the goal of expropriation of its own accord; hence, any expropriation, where the administrative authority uses the power of the law to achieve a goal which is not envisaged by the law, constitutes an abuse of power. In this specific case, the State Council provided its interpretation, according to which the administrative authority does not have to stick to the goal of expropriation, which further implies that the expropriated estate even may not be used in the public interest. In that way, all the guarantees that exist for the purpose of safeguarding the private ownership right would be compromised."<sup>22</sup>

It is important to bear in mind that, without the possibility of de-expropriation, a danger of simulated legal regulation would occur, considering that the expropriation would be approved for achieving one goal and the beneficiary of expropriation could use the expropriated real estate for the purpose of accomplishing some other goal. The *causa* of legal regulation of expropriation concerns the legal relationship between the expropriating authority and the expropriated party; consequently, when the expropriation beneficiary does not achieve the goal which has given rise to expropriation, the former owner of the real estate is authorised to request the return to the previous state of affairs. The significance of de-expropriation may also be observed in terms of the *causa* of conduct of public law subjects; as these subjects do not have free will or private autonomy (legal standing), de-expropriation is a plea for a legally binding norm against the abuse of public powers by state authorities and holders of public offices. Finally, deexpropriation is an expression of striking a balance between the necessity of interventionism of the state power and the autonomy of the civil society subjects. Public interest as a regulatory determinant of the public order has to take into consideration both the general interest and the private interest. Consequently, if expropriation is approved in the name of a general interest, it means that the achievement of the specific goal is the public interest as a static expression of general welfare. However, if it is established that such

---

22 *Decisions of the State Council, 1924-1928, Belgrade, 1930, p. 328.*

a goal has not been achieved, it is in the public interest (as a static expression of general welfare) to recognize the importance of the private interest and institute the return to the previous state of affairs. Hence, expropriation in a material sense is characterised by the transformation of private ownership into public ownership, including the possibility of deexpropriation. Without the possibility of instituting de-expropriation, expropriation would be a severe interference with the *Rechtsstaat* doctrine.

## References

Bovey, G. (1999). *L'expropriation des droits de voisinage, Du droit privé au droit public*, Lausanne.

Chapus, R. (1995). *Droit Administratif, Domat droit public*, Montchrestien, Paris.

Gjidara, M. (2008). L'acquisition des biens publics, notamment par expropriation, Le droit et la valorisation des biens publics, *Zbornik radova hrvatsko-francuskog pravnog simpozijuma*, Split, 91-130.

Heler, H. (2011). Pravna država ili diktatura, (*Rechtsstaat* or Dictatorship), Dosijske, Beograd.

Hostiou, R. (2015). *Code de l'expropriation*, Paris.

Jering, R. (1998). Cilj u pravu (The Purpose of Law, translated from German: *Der Zweck im Recht*, 1877), CID. Podgorica.

Jovanović, S. (1924). Ustavno pravo Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca (Constitutional law of the Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes), Beograd.

Kovačević-Kuštrimović, R. Lazić, M. (2006). Stvarno pravo (Real Property Law), Niš.

Petrović, M. (1981). Pravna vezanost i ocena celishodnosti (Legally binding norm and assessment of justifiability), Beograd.

Petrović, M. (2011). *Industrijsko susedstvo i odgovornost za štetu* (Industrial Neighbourhood and Liability for Damage), Pravni fakultet u Nišu, 2011.

Petrović, M., Prica, M. (2014). *Posebno upravno pravo sa međunarodnim upravnim pravom* (Special Administrative Law with International Administrative Law), Sven, Niš.

Pljakić, Lj. (2000). Eksproprijacija nepokretnosti, sporna pitanja u praksi (Expropriation of real estate, disputable issues in practice), *Pravni život* br. 10, 2000, 331-354.

Prica, M. (2016). Eksproprijacija kao pravni institut, doktorska disertacija (Expropriation as a Legal Institute, doctoral thesis), Pravni fakultet Univerziteta u Nišu.

Prica, M. (2018). "Faktička eksproprijacija" kao ugasnuće vladavine prava u pravnom poretku Republike Srbije, (Factual Expropriation as a reflection of the perishing rule of law in the legal order of the Republic of Serbia), *Zbornik radova sa naučne konferencije "Univerzalno i osobeno u pravu"*, Kosovska Mitrovica, str 361-387.

Prica, M. (2018). Pravni principi u poretku pravne države: kanoni pravnog poretka i "unutrašnjeg pravnog sistema" (Legal Principles in the Order of a Legal State: Canons of the legal order and "the internal legal system"), *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu* br. 80/2018, p. 135-180

Prica, M. (2020) Jedinstvo pravnog poretka kao ustavno načelo i zakonsko uređivanje eksproprijacije (Unity of Legal Order as a constitutional principle and Legal Regulation of Expropriation), *Tematski zbornik radova „Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije"*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, str.157-186

Staničić F. (2015). Opće uređenje izvlaštenja u Nemačkoj - pouke za Hrvatsku (General regulation of expropriation: lessons for Croatia), *Pravni vjesnik* no. 3-4, 2015, 185-212

Vučković, M. (2016). Deprivation (expropriation) of the neighbour's right, Collection of papers "Legal, Social and Political Control in National, International and EU Law, Pravni fakultet, Niš, 2016, str.659-674.

#### Legal acts

Ustav Republike Srbije (Constitution of the Republic of Serbia), *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006 Zakon o osnovama svojinskopravnih odnosa (Ownership and Real Property Relations Act), *Službeni list SFRJ*, br. 6/80 i 36/90, *Službeni list SRJ*, br. 29/96, i " *Službeni glasnik RS*", br. 115/2005 - dr. zakon)

Zakon o obligacionim odnosima (Obligation Relations Act), *Службени лист СФРЈ*, бр.29/1978, 39/1985, 45/1989-УСЈ, 57/1989, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/1993, *Службени гласник РС*, бр.18/2020.

Zakon o eksproprijaciji (Expropriation Act), *Službeni glasnik RS*, br. 53/95

Zakona o planiranju i izgradnji (Planning and Construction Act), *Službeni glasnik RS*, br. 47/03

## Judicial practice

Odluka Državnog saveta br. 7722/27 od 16. 03.1927. godine (Decision of the State Council, no. 7722/27, dated 16.03.1927), *Odluke Državnog saveta 1924-1928*. Beograd, 1930, str. 327-328.

OVSS - Novi Sad, U. 575/65 od 29. 6. 1965. godine.

Presuda Vrhovnog suda Jugoslavije, VSJ Už. 1933/65 od 11.6.1965., *Bilten sudske prakse* VSJ br. 6/1966, str. 49).

Presuda Vrhovnog suda Jugoslavije VSJ, Uis-2540/68 od 25.4.1969. godine.

Presuda Vrhovnog suda Srbije (Judgment of the Supreme Court of Serbia), U. 3873/74 od 29.5.1975., *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije* br. 1/1976, str. 41-42.

Presuda Vrhovnog suda Srbije, (Judgment of the Supreme Court of Serbia), U. 8164/74 od 20.02.1976., *Bilten Vrhovnog suda Srbije*, 1/76, str. 20-21.

Presuda Vrhovnog suda Srbije (Judgment of the Supreme Court of Serbia) U. 572/92 i U. 573/92 od 10.06.1991, *Bilten sudske prakse VSS* br. 1/1993, str. 69.

Presuda Vrhovnog suda Srbije (Judgement of the Supreme Court of Serbia) U. 7110/96 od 1. 10. 1997. godine, *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije* br. 1/1998, str. 66.

Presuda Vrhovnog suda Srbije, (Judgment of the Supreme Court of Serbia) U. 3257/97, od 29. 11.1999, *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije* br. 1/1998, str. 70-71.

Presuda Vrhovnog suda Srbije (Judgment of the Supreme Court of RS) U. 3420/01 od 08.05.2002. godine

Presuda Vrhovnog suda Srbije, (Judgment of the Supreme Court of Serbia), U. 2054/2002. od 27. 2. 2003. godine

Presuda Vrhovnog suda Srbije, (Judgment of the Supreme Court of Serbia), U. 402/2003. od 13. 5. 2004. godine

Presuda Vrhovnog suda Srbije, (Judgment of the Supreme Court of Serbia) U. 6195/04 od 19. 10. 2005. godine, *Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije* br. 4/2005, str. 154.

Presuda Vrhovnog suda Srbije, (Judgment of the Supreme Court of Serbia) U. 3951/2005. od 7.6.2006. godine

Pravno shvatanje Odeljenja za upravne sporove Vrhovnog suda Srbije od 24. 11. 1988. (Legal opinion of the Department for Administrative Disputes of the

Supreme Court of Serbia, dated 24. 11. 1988), *Bilten sudske prakse Upravnog suda* br. 1/2010, str. 19.

Pravno shvatanje Odeljenja za upravne sporove Vrhovnog suda Srbije od 14. 4. 1993. godine. (Legal opinion of the Department for Administrative Disputes of the Serbian Supreme Court, dated 14. 4. 1993), *Bilten sudske prakse Upravnog suda* br. 1/2010, str. 28.

**Др Милош Прица,**  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

## **ЕКСПРОПРИЈАЦИЈА У МАТЕРИЈАЛНОМ СМISЛУ**

### **Резиме**

Експропријација као правни институт је и ужа и шира од формалне експропријације (експропријације у формалном смислу), под којом подразумевамо правни пут за одузимање или ограничавање права својине у појединачном правном предмету. Путем формалне експропријације се успостављају различити правни институти, а један од тих правних института је експропријација у материјалном смислу. С друге стране, експропријација као правни институт испољава се и ван формалне експропријације, под окриљем ограничавања приватне својине до којег долази непосредним законским уређивањем појединих области правног поретка, као и поводом правног уређивања појединих правних предмета у судским и другим правним поступцима. Експропријација у материјалном смислу постоји само када путем експропријације у формалном смислу наступа преображај приватне својине у јавну својину, ради остваривања једног прецизираног општег интереса, са могућношћу враћања у пређашње стање. Враћање у пређашње стање (деекспропријација) наступа по захтеву ранијег сопственика, ако се утврди да сврха експропријације није остварена. Управо могућност деекспропријације је диференција специфика која одваја експропријацију у материјалном смислу од других правних института припадајућих експропријацији у формалном смислу, као и од квазиекспропријације и других облика одузимања и ограничавања приватне својине.

**Кључне речи:** формална експропријација, експропријација у материјалном смислу, квазиекспропријација, експропријација као правни институт, деекспропријација.



**Ivana Marković,\* LL.D.,**  
Assistant Professor,  
Faculty of Law, University of Belgrade  
**Miloš Zdravković,\* LL.D.,**  
Assistant Professor, Legal Theory,  
Faculty of Law, University of Belgrade

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
10.5937/zrpfno-28670

UDK: 343.1:343.8(497.11:73)  
Раđ примљен: 01.10.2020.  
Раđ прихваћен: 05.01.2021.

## **EMOTIONALIZATION OF CRIMINAL LAW IN THE PROCESS OF ADOPTING AND AMENDING CRIMINAL LEGISLATION\*\***

**Abstract:** *The authors of this paper examine the phenomenon of emotionalization of criminal law, which emanates in three stages: in the legislative process, within the content of respective legal provisions, and in criminal procedure. The third stage is well-identified as such and, here, procedural principles aim to guarantee impartiality of the judge. Regarding the content, discussions about negative feelings were part of the dogmatical upgrading of hate as an obligatory aggravating circumstance envisaged in prior amendments to the Serbian Criminal Code. On the other hand, the emotionalization of legislative procedure, perceived as the process of adopting and amending criminal legislation in an emotionalized context, has largely remained in the background. After elaborating on the relevance and topicality of this issue, the authors connect it with the basic goals of law and legitimacy of state power, provide various definitions and explain the notion of emotions by referring to examples from comparative law. Thereupon, the concept of emotionalization of law is analyzed with reference to the legal provisions from the latest amendments to the Criminal Code of the Republic of Serbia (2019).*

**Keywords:** *emotionalization, Serbian Criminal Code, Act on Amendments to the CC, state power, life imprisonment, Serbia, United States, urgent legislative procedure.*

---

\* ivana.markovic@ius.bg.ac.rs

\* milos.zdravkovic@ius.bg.ac.rs

\*\* The paper was written for the strategic project “Identity Transformation of Serbia” of the Faculty of Law, University of Belgrade (Ivana Marković).

\*\* The paper was orally presented at the International Scientific Conference “Responsibility in Legal and Social Context”, held at the Faculty of Law, University of Nis, on 18<sup>th</sup> September 2020.

## 1. Introduction

The problem of emotionalization of positive law in general, and criminal law in particular, is not characteristic only for the former development of society, state and law because, if it were, only legal history would be dealing with it today. On the contrary, the development of modern law has been marked with an increasing reference to informal, socially anchored elements within the formal law-making process. It is especially evident in criminal law, where there is a tendency of corroborating or even grounding legislative decisions on feelings and irrational aspects. Such a trend can be called the emotionalization of criminal law, which *inter alia* leads to the so-called penal populism. This occurrence can be succinctly defined as follows: "Despite the widespread usage of the term 'penal populism' in much analytical work on contemporary punishment, what populism *might actually be* has to date received very little consideration. Instead, it is usually treated as a commonsense given, a label to attach to politicians who devise punitive penal policies that seem to be in any way 'popular' with the general public" (Pratt, 2007: 8). Such a phenomenon raises the following question: why a state government is reaching for or, even, succumbing to emotionalization, i.e. why a state government, driven by the specific social circumstances of emotionalization of society in concrete cases, decides to make changes of criminal legislation. Furthermore, in such circumstances, while the problem is still shaking the general public, state authorities strive to promptly amend the existing legislation; it is occasionally done in the course of urgent legislative procedure, which largely excludes the opinion of the experts.

In general, it has to be pointed out that the phenomenon of emotionalization is undesirable and raises concerns in the area of criminal law primarily due to its distinctive punitive and retributive function, which is emphatically based on rational and precisely defined legal grounds and limitations. It seems that a complete and adequate response to the posed question cannot be found entirely in the domain of criminal law theory. In order to fully understand its roots and scope, a part of the answer should be sought in the basic reasons for the existence of state power, its functions and goals. The research on this issue will show that emotionalization of criminal law is a broader social problem, specifically reflected in the purpose and justification of state power. In this paper, the process of adopting the latest amendments to the Serbian Criminal Code is presented as a striking example of emotionalization of law. The content of the Act on Amendments to the Criminal Code (2019) as well as the urgent legislative procedure (in May 2019) have been highly criticized. Prior to that, the authors will present a few comparative law examples from the USA legislative practice (in both historical and contemporary context), considering that the U.S. criminal justice system has directly or indirectly influenced the global understanding and

need for a more repressive criminal policy. It goes without saying that a detailed elaboration of such a significant problem requires a much larger framework than the one offered by a scientific article. Thus, this paper aims to shed more light on the issue and bring it closer to the domestic professional public.

## 2. The Basic Goals of Law and Legitimacy of State Power

The development of the human society and the state, as the highest political organization, also influenced the regulation of interpersonal relations. In earlier times, when social changes ensued more slowly, the largest number of social relations was regulated by customs. In conditions of slow social transformation, customs proved to be an adequate way of standardizing human relations because they imply long-term repetition of the same behavior in the same situation, which over time creates a general awareness of obligation as an internal attitude of individuals towards a certain pattern of behavior (*opinio necessitatis*).

The monopoly of power (force) is a distinctive feature of every legal order, but its existence and action cannot be explained only on the basis of this characteristic difference. For example, in his early works, Lukić rejects the viewpoint that positive law (as an expression of the state power will) can be based only on coercion; this point of view still prevails in the contemporary legal theory. As noted by Lukić, “some norm has a binding power when it forces us to apply it with its content, which is a value *per se*, but it does not have a binding power when it forces us to do so with its sanction because, then, it is only a simple fact; it does not obligate us as the *ratio legis* but as natural law” (Lukić, 1995(a): 379).<sup>1</sup> In other words, efficiency (and success) of the legal order cannot be explained on the grounds of the envisaged sanction for violation of the prescribed legal norms, but on the grounds of the citizens’ acceptance of these rules. Acceptance implies the citizens’ internal relation towards the prescribed rules, which primarily depends on their content, i.e. the values they declare and protect. Thus, in addition to the authority of the state power that is envisaged by the law and the monopoly of force embodied in the sanctions envisaged for inobservance of the law, the citizens’ internal relation towards legal rules is conceivable only when the envisaged rules reflect the same values that the citizens have.

As jurisprudence does not provide methods to explain the citizens’ acceptance of legal rules, the answer may be sought in the sociological findings, especially

---

1 In his last significant piece, Lukić notes that law is “paradoxically, the most efficient when it is the least applied with its basic means, the force, when its demands are more or less reduced to what people themselves want to do, when it mostly specifies what would have happened anyway if the law didn’t even exist, when it helps to make it happen faster, more precisely, more reliably than if it didn’t even exist” (Lukić, 1995 (b): 520).

in the area of sociology of law. One of the most significant sociologists of law, Denis Galligan, explains this question with his concept of the social sphere, which is defined as follows: "Among the various ways in which laws interact with other parts of society, two are of most interest here: one is when officials make, interpret, and apply the law, the other when groups, associations, or individuals conduct their activities subject to the law. In the first case, officials accept and make sense of the law, and then apply it to others, while in the second case, associations and individuals accept law to their own activities... A social sphere may be described as an area of activity in which participants share understandings and conventions about the activity, and which influence and guide the way they engage it" (Galligan, 2007: 103). Therefore, the social sphere is a framework that brings together different entities that are united in common interests and values, and that is the reason of their existence. Although social spheres have existed since the existence of the state as a political community, the development of modern society has influenced the formation of an endless multitude of social spheres; thus, today, almost every individual is regularly involved in a larger number of social spheres. Galligan points out that social spheres are formed for quite practical reasons, as a space where the mutual cooperation of individuals develops in the easiest way and where they can realize their personal and professional potentials. Individuals accept certain conventions and standards within these social spheres, but they equally affect the development of those conventions and standards with their common practices. As a member of certain social sphere (e.g. a church, a political party or movement, a professional association, an economic class, etc.), every individual builds a significant part of his/her own attitudes and values into the social sphere. Thus, the standards of conduct and accepted values of each individual are ingrained in the respective social sphere, and it would be wrong to think that individual attitudes can be developed in isolation, i.e. outside the impact of social spheres they are exposed to.

Considering the consequences of different perceptions of individual and collective values and interests, which are jointly developed by individuals within the social spheres, it seems that their mutual correlation directly affects the creation of the generally accepted values of the entire political society which is created, nurtured and protected through social spheres. As it is impossible to imagine absolutely fair and just society, except in some kind of utopian society, every important social interest should be sufficiently satisfied within a functional legal order. The other option may be to ensure the absolute satisfaction of certain interests to the grave detriment of others. Yet, as there is no universal way of reconciling the opposed interests in order to ensure absolute satisfaction of all, the state government should create a legal framework which provides for

satisfying different interests and ensures that the majority of citizens consider the legal order to be fair and just, particularly given that it immediately affects the effectiveness of positive legal rules. Consequently, an order that does not satisfy the interests of the majority of the population cannot be effective in the long run, regardless of the monopoly of power (force) that the government enjoys at a given moment.

However, while the material interests of different social spheres may have rational grounds, the common values that are nurtured in the society are not and cannot be rationally justified. The effects of the latter rest on two facts. First of all, emotions (rather than practical prudence) can have a large or predominant impact on the development of certain values. Secondly, there is no rational approach or method by which a hierarchy of different (often conflicting) values could be determined (e.g. the values of personal freedom and effective security). Therefore, it would be necessary to determine the relationship between state coercion (arising from the monopoly on the use of physical force) and the values which are developed within various social spheres (where individuals act as members of the society) and which should be secured by the state government via the monopoly of force. There is no legal order (including even the totalitarian regimes) that is not legitimized as being fair and just. The need for legitimacy arises from the basic purpose of law, which is to accomplish its goals by observing the principles of fairness and justice.

The relationship between law and coercion is most prominently expressed in the field of criminal law. Moreover, criminal law is a paradigm of law in general because its importance is so great that most laymen understand the legal order through the norms of criminal law; such a conception largely prevails among the greatest legal experts (e.g. Kelsen, Radbruch, Lukić) who developed their theoretical concepts on the analysis of criminal law norms. Such a paradigm can be easily understood due to the importance of criminal law in society. "Criminal law, appearing to be at the opposite end of the spectrum in specifying what constitutes criminal acts and punishments for transgression, protects fundamental social goods and the social norms to which they give rise. Integrity of person and property warrants the special protection criminal law and criminal justice provide. Without that integrity other social interactions are inhibited and settled social relations constituting a society become impossible to form. Criminal law has a dual task: to protect each person from the other and to sustain the foundations of society" (Galligan, 2007: 225).

Simply put, criminal law prohibitions aim to prevent certain undesirable acts or omissions (failure to act), and to ensure their less frequent occurrence. However, if criminal law provisions were viewed in a broader context of the entire legal

order, the prohibition of certain undesirable acts appears as a response to the demands of justice. The aspects of this relationship are diverse. In principle, there should be a strong and ongoing cooperation between the citizen representatives who are vested with the governing powers and other members of the community. It entails familiarizing the members of the community with the common good (assets, values) and informing them how they are to be accomplished. Criminal law, which certainly represents one of the ways of achieving the envisaged goals, must not be perceived by members of the community only as a system of punishment for disobedience, and nothing beyond that. In order to achieve and protect the common good, it is necessary to raise awareness of which behaviors are desirable and which are not. Also, in order to protect the rights of defendants (who are also members of their community), there must be certain rules which would preclude the abuse of the monopoly of force, by ensuring that the instruments of state coercion do not turn into unlawful activities that are contrary to the envisaged purpose. Some of these rules are: *nullum crimen, nulla poena sine lege*; *audiatur et altera pars*; the right to defense; limited duration of custody; the exclusion of a biased judge; presumption of innocence, etc.

Thus, in law, coercion has an obvious function. It is a necessary but not a sufficient condition for the effectiveness of the legal order. Also, the use of coercion can be justified only if it ensures the implementation of the principle of justice, but not if it ensures the satisfaction of some individual interests or the interests of some groups. Figuratively speaking, applicable laws may be perceived as the scales of justice, while coercion is the sword in the hands of *Justicia*, the Goddess of Justice; only together can they make the principles of justice effective and thus promote, ensure and protect the common good. Therefore, the usual legitimation formula applicable to modern states implies three basic elements. First, in order for political power to be considered legitimate in the first place, it must be acquired and performed according to predetermined rules, which means that such power is legal. The second element of the formula is the normative justification, which implies that the rules on acquiring and exercising power are justified according to socially accepted understandings concerning: a) a valid title of power, and b) proper goals and standards of exercising power (direct link to abuse). Finally, the third element of the formula stipulates that political power must be recognized "by explicit consent or through acts of appropriate subordination, as well as by recognition from other legitimate authorities." (Vasić, Jovanović, Dajović, 2014: 73).

As a dignified life in society could not be imagined without the effective operation of criminal law, its standardization and application always attract special attention. The general public, through the mass media, forms its views on the basic justice of the legal order precisely on the basis of criminal cases (e.g. the

title “*Useless Jury Allows Dangerous Criminal to Walk Free*” is one banner headline lambasting ineffective criminal justice policy or institutional incompetence that the tabloids never seem to run, perhaps because implying that one’s readers are gullible or stupid is not likely to sell many newspapers” (Roberts, Zuckerman, 2010: 95). In general, the ponderosity of the incriminated acts that endanger basic social values makes this area of law particularly sensitive because the social interest in, for example, the distribution of tax burdens can never induce an emotion as much as it can be done, for example, by a crime against a child.

This significance of criminal law opens the door to the great influence of emotionalization in the process of enacting and applying criminal legislation. Given that the creation of the law in modern times should be a planned, purposeful, well-studied and argued *lege artis* action, i.e. a rational activity aimed at achieving certain goals in society, the question of the purpose of the law should be reopened, which is ultimately the question of justice. The main initiator is the political will of the highest state officials, whose jurisdiction is to propose and change the criminal legislation, and ensure its application. Although we usually assume a legitimate legislator as a rational subject, the ways in which the state government often reacts in cases of conspicuous emotionalization shows the opposite. Namely, the political will of the highest representatives of the state government is expressed through the need to strengthen their legitimacy by enacting legislative acts whose main goal would be to satisfy the citizens’ sense of justice, given that citizens are the source of that legitimacy. However, the enactment and application of the law, which is guided by these motives, excludes numerous other arguments, primarily professional ones. Thus, for example, the enactment of amendments to the Serbian Criminal Code in 2019, which was adopted in the course of an urgent legislative procedure and without any public debate, opens a number of issues that will be highlighted later. At this point, however, it should be emphasized that the procedural nature of law is its essential feature because the application of procedures in the enactment and application of legal rules significantly ensures that official decisions are not rash and reckless but based on rational grounds. After all, too frequent amendments of some of the main laws governing a society, which was very reasonably pointed out by Fuller (Murphy, 2005: 240-241) affects the issue of legal reliability and certainty, and raises the issue of application of these laws by courts, which in such cases do not have enough space to establish a uniform practice. Finally, due to emotionalization, the legislature is able to act in an argumentatively impermissible way, i.e. by using the argument *pars pro toto*, where on the basis of only one case it reaches for unnecessary standardization of general nature, instead of ensuring that a concrete case gets its epilogue in court where a single act is rendered. All the aforesaid boils down to a kind of

abuse of the legal form, whose main goal is to legitimize state power in a populist way. Thus, an unconscientious state government reacts to the citizens' emotionalization of specific cases because their votes decide who will form the personal element (holders) of state power.

### 3. Comparative law examples from the United States legal history

Based on the previous section, it can be concluded that the performance of state powers and the functioning of the legislature as one of its three parts, especially in the field of criminal law, is subject to the emotionalization of society due to major social events. There is a huge number of examples that show the emotionalization of law. In this section, we briefly present some striking social events that marked this phenomenon.

Two well-known cases from the US judicial practice will serve as characteristic examples of the emotionalization of criminal law. The first case, which happened on 1<sup>st</sup> March 1932 shocked not only America but also the whole world. The twenty-month-old baby of the American pilot and public figure Charles Lindbergh, one of the greatest aviators in history, was abducted from his family home. Although the Lindberghs paid the requested ransom of 50,000 USD, the child was never returned. The emotional restlessness that the American society experienced at the time directly affected the urgent enactment of the Federal Kidnapping Act (1932), popularly known as the Lindbergh Act, or the Little Lindbergh Law. This Act was the amendment of the United States Code<sup>2</sup>, the Criminal Code of the Federal Government of the United States. "Both houses, in committee

2 "(a) Whoever unlawfully seizes, confines, inveigles, decoys, kidnaps, abducts, or carries away and holds for ransom or reward or otherwise any person, except in the case of a minor by the parent thereof, when—

(1) the person is willfully transported in interstate or foreign commerce, regardless of whether the person was alive when transported across a State boundary, or the offender travels in interstate or foreign commerce or uses the mail or any means, facility, or instrumentality of interstate or foreign commerce in committing or in furtherance of the commission of the offense;

(2) any such act against the person is done within the special maritime and territorial jurisdiction of the United States;

(3) any such act against the person is done within the special aircraft jurisdiction of the United States as defined in section 46501 of title 49;

(4) the person is a foreign official, an internationally protected person, or an official guest as those terms are defined in section 1116(b) of this title; or

(5) the person is among those officers and employees described in section 1114 of this title and any such act against the person is done while the person is engaged in, or on account of, the performance of official duties, shall be punished by imprisonment for any term of years or for life and, if the death of any person results, shall be punished by death or life imprisonment." (U.S. Code, Title 18, § 1201) LII, Cornell Law School.



and in debate on the floor, carefully considered the desirability of this further extension of federal power. Chairman Sumners of the House Judiciary Committee was opposed to it unless absolutely necessary. When the bill came up for debate, the opposition to enlarged federal powers was again evident. States'-rights advocates cried "usurpation" while proponents of the bill insisted on the necessity for such legislation" (Bomar, 1934: 436). This Act declared the transportation of abducted people across federal borders a crime. The trial, called the "trial of the century", ended with the death sentence for the accused Bruno Richard Hauptmann. The trial was unusually fast, and the jury's choice was debatable.<sup>3</sup> After an extremely long jury deliberation, Hauptmann was found guilty. To this day, it is not known what exactly happened on 1<sup>st</sup> March 1932, which is largely a consequence of the emotionalization caused by this case.

The second event to be mentioned here can illustrate emotionalization on the global scale. It had such a huge global impact that it truly marked the beginning of the 21<sup>st</sup> century and shaped its characteristic features. On 11<sup>th</sup> September 2001, several synchronized terrorist attacks ensued in the United States, causing mass panic and fear. Al Qaeda claimed responsibility for the attacks, which were carried out with that very intent since all the chosen targets (the WTO and the Pentagon) represented symbols of US economic and political power. The fact that the terrorist attack (involving a huge number of victims) was broadcast live on numerous TV channels caused a state of collective shock worldwide. In the aftermath of the attack, the American authorities declared "the global war on terrorism", in which they attacked Afghanistan and Iraq. The feeling of insecurity was expressed in the global tightening of security measures and, *inter alia*, significant changes in criminal legislation. The Homeland Security Act (2002) was enacted, which further swayed a particular culture of fear, which had already been present in the American society.

In addition to major differences, it should be noted that these two examples show essential similarities. First, they both provoked a great emotional reaction from people. Secondly, in both cases, the legislature acted with the aim of preventing the consequences of such acts by adopting new legal solutions. Finally, in both cases, the court proceedings against the accused did not lead to unequivocal

---

3 "Flemington, N. J., Jan. 2. -Two years and ten months from the date of the tragedy at Hopewell, Bruno Richard Hauptmann was placed on trial for his life here today, charged with the murder of Charles A. Lindbergh Jr. With the sometimes ponderous machinery of criminal trials moving at an unusually rapid speed, ten jurors had been selected when court adjourned this afternoon, after having been in session for a little more than five hours. It was believed here tonight that the remaining two jurors would be chosen before noon tomorrow, and that the State of New Jersey would begin during the day its effort to prove the accused man "guilty beyond a reasonable doubt." (New York Times, January 3, 1935.)

knowledge on the committed crimes; in other words, they did not fulfill their basic purpose.

#### **4. Emotions in a general context**

Although everyone is basically familiar with the almost omnipresent term „emotion“, there is still a need to establish a common terminological ground. According to the Merriam-Webster dictionary, an emotion is “a conscious mental reaction subjectively experienced as a strong feeling usually directed toward a specific object and typically accompanied by physiological and behavioral changes in the body”.<sup>4</sup> The same source defines it also as “the affective aspect of consciousness” and links it to the term “feeling”; the word “sentiment”, understood as “an often unreasoned opinion or belief;”<sup>5</sup> underlying irrationality is even closer to the core of the notion.

The first ideas on emotional psychology had a strong biological focus and derived from the evolutionary approach pursued by Darwin, where emotions are dispositions which control the respective behaviour and which are, according to behavioristic theories, learnable (Singer, 2000:518-528). This physiological perspective was the leading paradigm until the 1970s, when a second component was included: the cognitive, situative assessment, or rather the cognitive interpretation of this arousal of feelings (Schachter, Singer, 1962:379-399). The physiological models see emotions as a sort of “energy supplier“, while the cognitive models regard them as complex reaction patterns that follow cognitive evaluations (Freundt, 2006: 24); as such, they are close to the common understanding of emotions and, consequently, more accepted than the previous concept. The central effect of emotions is that they reflect, as an “echo of the sentiment“, how the content is experienced. Consequently, emotions can be described as “intuitive, appraising statements of an individual pertaining to specific objects that have been experienced” (Freundt, 2006: 25).

In the 1980s, psychology (including emotional psychology) experienced a teleological paradigm shift, by focusing on the purpose, functions and results; thus, emotions were perceived in the framework of goal-meaning-context relations. In other words, emotions are activators, motivators and organizers of behavior; they are part of the regulation of human behavior. Nowadays, this enhanced functional aspect of emotions is considered to be disputable. It has implication in various areas of law, primarily in criminal law but also in other areas dealing

---

4 Merriam-Webster Dictionary, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/emotion> (accessed 26 Sept. 2020).

5 Merriam-Webster Dictionary, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/feeling> (accessed 26 Sept. 2020).

with intense emotions, like tort or family law. Even inheritance law recognizes (gross) ingratitude.

Apart from positive law, jurisprudence has also acknowledged the “sensitive” elements of actions in the legal surrounding. The Anglo-American legal science has established a distinctive field of research called “Law and Emotion“. The idea behind it was that the legal science, in order to do justice to the complexity of emotions, has to connect with the findings and insights of other disciplines, such as philosophy, psychology, social anthropology and neurobiology, on the complex interaction of emotion and cognition (Bernhardt, Landweer, 2017: 17). Thus, from the outset, the study of “Law and Emotion“ was laid out as an interdisciplinary endeavor. On the other hand, the programmatic demand to recognize the role of emotions in law does not mean that all *de facto* emotions occurring in law and jurisprudence will be assessed in a naively positive manner (Bernhardt, Landweer, 2017: 19).

## 5. Emotions in Criminal Law

Emotions occur at various stages affiliated with criminal law. Moreover, the edifice of penal law is erected on the strong undercurrent of emotions (Elster, 1999: 102). In fact, the entire history of criminal law is a history of restraining and controlling irrational behavior of both criminal offenders and the victims and their families. The survival of the fittest and *lex talionis* have been tamed by the most serious sanctions known to social orders. Vengeance is channeled by legal principles and procedures: *nullum crimen, nulla poena sine lege* is among the key principles of criminal law guaranteeing predictability and certainty.<sup>6</sup> It does not mean that criminal law is deprived of or purged from emotions. Quite the reverse, “legal institutions and in particular the criminal justice system are the very institutions in society that are designed to deal with the most intense emotions and emotional conflicts, with individual as well as collective emotions” (Karstedt, 2002: 300). Karstedt describes criminal courts and procedures as a “prominent institutional space and institutional mechanism for emotions in society” (Karstedt 2002:300). This mechanism has selected and formalized which emotions are allowed (and to what extent) within the borders of penal law.

However, it would not be sufficient to restrict the role of emotions only to different phases of the criminal procedure, although it is the stage where we can immediately observe and lament over a biased handling of the judicial process by the judge. As previously noted, emotions also play a prominent role in the

---

6 Blagić presents three particular examples demonstrating how criminal offences recently introduced into the Serbian Criminal Code contradict the principle of certainty, and thus potentially weaken legal certainty and the rule of law. For more, see: Благић, 2020: 217–229.

law-making process, thus preceding the application of the law by the judge and, logically, influencing it by setting the normative frame before-hand. Therefore, emotions play a significant role in three distinctive stages.

Chronologically, the first one is the legislative procedure, where emotions may generate modifications of current legislation. The main actors in the legislative process are the legislator, the expert public, and the general (lay) public. The second stage is the content of criminal law itself, which is imbued by emotional elements in both the General Part and the Special Part. It derives from the acts and feelings of the perpetrator (e.g. mitigating and aggravating circumstances, excess of necessary defense, etc) and the victims (e.g. rape committed in a particularly cruel or particularly humiliating manner). Lastly, criminal procedure law also includes provisions, usually formulated as exemptions (such as the exemption of the judge, the exemption from the obligation to testify, etc.), which are aimed at enabling the most objective application of law possible. They mainly affect the judge but they are also applicable to the testimonies of the accused (who may lie), witnesses, experts, etc.

The legislative process is a potential field of conflict or, at least, from the dogmatic point of view, undesired sphere of interference to the detriment of an objective and impartial regulation. Legislation, certainly, can never be completely unbiased; the highest degree of impartiality is most likely to be achieved by a mechanical, AI-driven law-maker. But, a target-oriented appeal to citizens' feelings in order to invoke and/or promote the acceptance for the proposed legislation is a conscious act that differs from the formerly mentioned "emotionalized" situations. The influx often comes from the political spectrum, amenable to extra-scientific factors and followed by further shaping of criminal law provisions.

The Serbian criminal legislation of recent years is a good example of how both the legislative process and the content of the amended legislation can be filled with emotions. The first issue will be examined in more detail in the next section.

## **6. Emotionalisation of law in Serbian criminal legislation: the making of the Act on Amendments to the Criminal Code of Serbia (2019)**

Since its adoption in 2005, the Criminal Code (hereinafter: CC)<sup>7</sup> has been amended seven times: twice in 2009, once in 2012, 2013, 2014, 2016, and most recently, in 2019. The changes were of different scope, structure and background, but the latest amendments have put in the center of attention not only the content

---

<sup>7</sup> Criminal Code of the Republic of Serbia, *Official Gazette RS*, 85/2005, 88/2005-cor., 107/2005-cor., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 and 35/2019.

of the new legal provisions but also the manner of enacting them. A few critical points can be identified:

a) *The timeline* - The biggest novelty to the criminal justice system in Serbia since 2005, the punishment of life imprisonment, was adopted less than half a year upon establishing the working group of the Ministry of Justice in December 2018, tasked with the preparation of the Act on Amendments to the Criminal Code (hereinafter: AACC).<sup>8</sup> It came into force six months later, on 1<sup>st</sup> December 2019 (Art. 42 AACC). This means that the time used for drawing the bill equals the duration of the *vacatio legis*. In the Explanatory Statement of the Draft Act on Amendments to the Criminal Code (hereinafter: the Draft Act Explanatory Statement), it is stated that this six-month period was needed to “leave enough time for the expert public and the citizens to get to know the proposed changes and amendments, having in mind their importance and scope”.<sup>9</sup> It turns out that the internal consultations, analysis and the written composition of the Draft Act needed as much (or as little) time as familiarizing the public with its content. Yet, the experts got officially acquainted with the provisions only after the law was adopted. Of course, the content was generally made public through the media beforehand, but the opportunity to raise objections and propose improvements was restricted by the character of the legislative process.

b) *The procedure* - Despite the importance of the proposed changes, both in terms of dogmatic consistence and adjustment of the existing penitentiary system, the legislative procedure in which the bill was passed was urgent. Article 167 of the Rules of Procedure of the National Assembly of the Republic of Serbia stipulates that a law can be adopted by urgent procedure if it regulates issues and relations that occurred as a result of unforeseen circumstances, and if failure to adopt the law by use of urgent procedure could have negative consequences on lives and health of the people, the security of the state, and the functioning of institutions and organizations, or for the purpose of meeting international obligations and the harmonization of regulations with the European Union *acquis*. Due to deviations from the regular procedure, the proposer of the law must state the reasons for the faster process. However, the Draft Act Explanatory Statement does not specify those reasons. This is contrary to the practice of enacting prior amendments (like those of 2016), where it was stated that the law was proposed in urgent procedure “for meeting the international obligations assumed in

---

8 Act on Amendments to the Criminal Code of the Republic of Serbia, *Official Gazette RS*, 35/2019.

9 Ministry of Justice RS: Draft Act on Amendments to the Criminal Code of 10 May 2019, (accessed 15 December. 2020), [http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi\\_zakona/2019/1627-19.pdf](http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2019/1627-19.pdf)

the process of accession to the European Union.”<sup>10</sup> If we assume that this would also be the official reason for the legislative rush in enacting the most recent amendments, then we should take a look at it in the light of accession to the European Union.

In this regard, highly relevant and informative documents are the annual Progress Reports of the European Commission on Serbia’s progress in the accession process. One of the major problems underscored in several recent reports is the extremely frequent use of urgent procedures, amounting to 44% between February 2018 and February 2019 (EC, 2019:6).<sup>11</sup> Although the use of urgent procedure was lower than the 65% recorded in the year 2016 (EC, 2019:6),<sup>12</sup> it is still an excessively high share, which has been stagnating since 2017. In addition to the urgent procedures, the Report also pointed out to the deterioration in legislative debate in parliament and scrutiny of the executive, which “prevented the parliament from properly exercising its legislative function” (EC, 2019:6).<sup>13</sup> Thus, the antagonistic reference to the EU accession as the reason for the overuse of urgent procedures, which ultimately diminishes the possibility of a public debate and the quality of legislation, is obvious.

c) *The wording* - The introductory part of the Draft Act Explanatory Statement states that the Foundation “Tijana Jurić” submitted a Peoples Initiative to the National Assembly with regard to amendments to the Criminal Code, which was supported by 158.460 citizens of the Republic of Serbia. This Initiative proposes life imprisonment for the most serious criminal offences against life and limb, as well as for sexual offences in cases where the crime results in the death of a child, a minor, a pregnant woman and a helpless person. The Initiative also proposes that persons sentenced to life imprisonment shall not be entitled to conditional early release from prison (Draft Act Explanatory Statement, 2019: 10). Apart from the careless mistake of enlisting the consequences of the offences cumulatively instead of alternatively, the text of the Draft Act Explanatory Statement underlined several times that the amendments have been made “upon the Initiative of the Foundation “Tijana Jurić”. It gives rise to an impression that the Foundation’s proposal is a (non-formal) source of law, which the legislator only formalizes, shapes and transfers into the Criminal Code. This impression is supported by the fact that everything that was proposed by the Initiative was

---

10 National Assembly of the R. Serbia: Draft Act on Amendments to the Criminal Code of Serbia of 23 November, 2016; [http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi\\_zakona/2769-16.pdf](http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2769-16.pdf), p. 20, (accessed 10 Jan 2021).

11 European Commission, Communication on EU Enlargement Policy, Serbia 2019 Report, 6 (accessed 30 September 2020). The publication of the Progress Report for 2020 was postponed to the fall of 2020.

12 European Commission, Communication on EU Enlargement Policy, Serbia 2018 Report, 6.

13 European Commission, Communication on EU Enlargement Policy, Serbia 2019 Report, 6.

also integrated into the amendments, despite its non-compliance with other provisions and standards.<sup>14</sup>

Another example of the legislator's highly sensitized approach is the history preceding the introduction of the punishment of life imprisonment. In the Draft Act Explanatory Statement (2019: 10), the legislator recalls that, in 2015 (long before the Foundation's initiative), the permanent working group for amending the Criminal Code discussed the introduction of life imprisonment as a substitute to the long-term imprisonment of 30-40 years, which had been instituted as a substitute for death penalty. Back then, in 2015, the issue was put up for the public debate; it "stirred up the expert public, made them think, talk, discuss, and naturally opened up many other issues" (Draft Act Explanatory Statement, 2019: 10). Thus, the Ministry of Justice concluded that "it is not possible finally decide upon it because the expert public is divided on this issue" (Draft Act Explanatory Statement, 2019: 10). The controversy over this proposal did not change in the meantime, so it is not clear why the issue was not properly discussed in 2019, especially if we take into account that the proposal from 2015 did not contain the exclusion of the possibility of conditional early release for certain offences, which is the most problematic part of the most recent amendments.

The polarization among the experts did not fade away four years later. It seems that the discourse on the necessity of implementing the strictest sanction known in our legal system has been planted on the terrain of the not less "stirred up" but seemingly unanimous general public. It has shown a very sympathetic, encouraging attitude towards the proposed tightening of criminal legislation, giving it complete media-supported moral legitimacy. Furthermore, especially in cases involving children as victims of crimes, we may still hear the demand for more repressive state response, even an urge for reinstating death penalty. This is in line with the 2015 proposal, which divided the expert public although did not even include the abolition of conditional early release. There is an impression that the 2015 proposal was followed by an emotional discussion rather than a rational debate on the *pro et contra* arguments.

d) *The content* – The 2019 amendments to the Criminal Code contain some inconsistencies and further tightening of the respective sanctions. Regarding the prohibition of conditional early release for certain offenses, the question arises on the main criterion for the selection of the enlisted crimes. A similar selective

---

14 Similarly, the proposal of the Serbian Bar Association for introducing an assault against a lawyer as a criminal offence (Explanatory Statement, 2019: 6) has found its way into Article 336(v) CC. The proposal was motivated by the assassination of the well-known Belgrade attorney-at-law Dragoslav Miša Ognjanović, in connection with his professional engagement as defense counsel in high-profile criminal cases. This proposal did not draw much attention, as the legal provision is not controversial either in theory or in practice.

approach was observed in 2009, when the the legislator introduced the prohibition on mitigation of punishment for certain offenses (Delić, 2010: 228–245). However, substantially, the most emotional content so far were the provisions of the 2012 amendments, when hatred was envisaged as an autonomous and obligatory aggravating circumstance in the sentencing process (Article 54a CC).<sup>15</sup>

## 7. Conclusion

The starting point of this paper was that the criminal legal system does not exist in a vacuum of rationality, where all procedures and decisions are led by reason. On the contrary, emotional factors, both positive and negative (such as: anger, shame, grief, remorse, empathy, etc.) directly or indirectly gain their confirmation in criminal law as well. After all, guilt (*culpa*) as the central notion of criminal law is a subjective element of the offense, which entails both awareness and will, and complete (together with other elements) the concept of crime.

The sphere of law and the sphere of emotion touch upon each other and overlap, similar to the spheres of law and morality. Feelings are even perceived as “valuable barometers of social morality” (Karstedt, 2002: 299). Moreover, emotions may take various forms; they may occur on various occasions and in various legal contexts; they originate from and influence different actors, as well as the society as a whole. The chain of emotions starts with the law-making process and the legislator as its key actor, extending to the content of the criminal provisions and ultimately to the decision-making process and the judge as its central figure. While there are protective mechanisms within the realm of the criminal procedures (exemption of the judge, *audiatur et altera pars*) aimed at ensuring the impartiality of the judge, the first link in the chain (the legislative process) easily remains out of focus. The process of creating intrinsically repressive criminal law draws much more (laymen) attention than other areas of law; ultimately, it is very attractive to use it in politically lucrative contexts. For these reasons, it has to be put under special scrutiny.

The historical and contemporary examples from the comparative and domestic law show that it is natural for the lawmaker to communicate in an emotional way. By passing the law in an urgent procedure without a public debate in 2019, the Serbian lawmaker basically skipped one line of legitimation - the valuable and critical comments of the expert public, and addressed (mostly through the media) the “moral” level of legitimation – the general public. The general (lay)

---

15 Miladinović-Stefanović rightly notices that this has marked a break with the traditional model of regular sentencing, based on an open list of relevant circumstances that are neutral in terms of values, which has been a characteristic of our system ever since the Criminal Code of 1951. (Миладиновић-Стефановић, 2013: 258)



public was not only supportive but demanded even stricter punishments in the prevailing atmosphere of “regret for the abolition of the death penalty”.

Despite the frequent legislative changes and emotional considerations, the lawmaker– content–courts chain is not a cohesive one. It may be illustrated by the mild penal policy of judges in Serbia; in judicial practice, punishments are often mitigated, or there is still a high percentage of suspended sentences. In other words, there is a discrepancy between the positive law and judicial practice. No matter how frequent and how publicity-driven the heightened repression is, the judges deal with it differently. Thus, in this phase of application of criminal law, emotions seem to have changed (from strict to mild punishment) as compared to the phase of creating the same law.

So, when Karstedt argues for a “return of emotions”, stating that feelings have been brought back to criminal procedures (Karstedt, 2002 : 299), it may be added that it is also the case in the legislative process, where provisions are commonly introduced or modified in a polarising spirit to satisfy the ideas of justice of particular stakeholders, taking into account dogmatic inconsistencies and problems in practice. Recognizing that a completely rational legislative process is difficult to achieve, an open discourse and identification of feelings would enhance transparency, the quality of legislation, and the will to participate in the legislative process. Otherwise, “when emotions remain invisible, they remain impervious to evaluation or change” (Brandes, 1999: 11).

## References

Bernhardt, F., Landweer, H. (2017). Sphären der Verletzlichkeit. Recht und Emotion. In Landweer, H., Bernhardt, F. (Hrsg.) *Recht und Emotion II*. Freiburg: Verlag Karl Alber, 13-45.

Благоић, Д. (2020). Садржина начела одређености (lex certa) у погледу правне сигурности код појединих кривичних дела Кривичног законика Србије. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 87/2020, 217–229.

Bomar, H. L. (1934). The Lindbergh Law. *Law and Contemporary Problems* 1934, 435-444.

Brandes, S. (1999). Introduction. In Brandes, S. (ed.). *The Passions of Law*, New York: New York University Press. 1 – 15.

Delić, N. (2010), Zabrana (isključenje) ublažavanja kazne u određenim slučajevima, *Crimen* 2/2010, 228 – 245.

Elster, J. (1999). *Alchemies of the Mind. Rationality and Emotions*. Cambridge: Cambridge University Press.

- Freundt, T. Ch. (2006), *Emotionalisierung von Marken*. Wiesbaden: Springer.
- Fried, A. (1997). *McCarthyism, The Great American Red Scare: A Documentary History*. Oxford: Oxford University Press.
- Galligan, D. (2007). *Law in Modern Society*. Oxford-New York: Oxford University Press.
- Karstedt, S. (2002), Emotions and criminal justice. *Theoretical Criminology*, 6 (3). 299 – 317.
- Lukić, R. (1995 a). *Obavezujuća snaga pravne norme i problem objektivnog prava*. Beograd: Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, BIGZ, Beograd.
- Lukić, R. (1995 b). *Sistem filozofije prava*. Beograd: Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, BIGZ, Beograd.
- Миладиновић-Стефановић, Д. (2013). Одмеравање казне за кривично дело учињено из мржње. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 64/2013, 257 – 274.
- Murphy, C. (2005). Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law. *Law and Philosophy*. 24 (3). 239 – 262.
- Pratt, J. (2007). *Penal Populism*, London-New York: Routledge.
- Roberts, P., Zuckerman, A. (2010). *Criminal Evidence*. Oxford-New York: Oxford University Press.
- Schachter, S., Singer, J. (1962). Cognitive, Social and Psychological Determinants of Emotional State. *Psychological Review*, 69 (5). 379 - 399.
- Singer, W. (2000). Wissen und seine Quellen aus neurobiologischer Sicht. In Mittelstrab, J. (Hrsg.). *Die Zukunft des Wissens. XVIII. Deutscher Kongress für Philosophie, Konstanz/Berlin*. Konstanz: Universitätsverlag Konstanz. 518 – 528.
- Vasić, R., Jovanović, M., Dajović, G. (2014). *Uvod u pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Zuckerman, A. (1989). *The Principles of Criminal Evidence*. Oxford: Clarendon Press.

### Legal Sources

Кривични законик Републике Србије (Criminal Code of the Republic of Serbia), *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.

Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika Republike Srbije (Act on Amendments to the Criminal Code), *“Službeni glasnik RS”*, br. 35/2019, <https://>

[www.paragraf.rs/izmene\\_i\\_dopune/210519-zakon-o-izmenama-i-dopunama-krivicnog-zakonika.html](http://www.paragraf.rs/izmene_i_dopune/210519-zakon-o-izmenama-i-dopunama-krivicnog-zakonika.html)

European Commission, Communication on EU Enlargement Policy, *Serbia 2019 Report*, 6, accessible at <https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/20190529-serbia-report.pdf>, accessed 30 September 2020.

European Commission, Communication on EU Enlargement Policy, *Serbia 2018 Report*, 6, <https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/20180417-serbia-report.pdf>, accessed 30 September 2020.

Merriam-Webster Dictionary, <https://www.merriam-webster.com/dictionary/emotion>; <https://www.merriam-webster.com/dictionary/feeling>, accessed 26 September 2020.

Ministarstvo pravde Republike Srbije (Ministry of Justice of the Republic of Serbia): Предлог закона о изменама и допунама Кривичног законика (Draft Act on Amendments to the Criminal Code of 10 May 2019), accessed 15 Dec. 2020 [http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi\\_zakona/2019/1627-19.pdf](http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2019/1627-19.pdf)

Народна скупштина Републике Србије (National Assembly of the Republic of Serbia): Предлог Закона о изменама и допунама Кривичног законика (Draft Act on Amendments to the Criminal Code of Serbia of 23 Nov. 2016), accessed 10 January 2021 [http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi\\_zakona/2769-16.pdf](http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/2769-16.pdf)

U.S Code: the Federal Kidnapping Act, (18 U.S.C. § 1201(a)(1-5) - Kidnapping, Legal Information Insitute, Cornel Law School, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1201>, accessed 30 September 2020.

**Др Ивана Марковић,**  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Београду  
**Др Милош Здравковић,**  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Београду

## **ЕМОЦИОНАЛИЗАЦИЈА КРИВИЧНОГ ПРАВА У ПОСТУПКУ ДОНОШЕЊА И ИЗМЕНЕ КРИВИЧНОГ ЗАКОНОДАВСТВА**

### **Резиме**

*Аутори у раду истражују феномен емоционализације кривичног права, који се манифестује у три фазе: у законодавном поступку, садржински у оквиру саме норме и у кривичном поступку. И док је непристрасност судије предмет начела и механизма кривичног поступка, а субјективно обојена садржина кривичноправних норми постала предмет дискусије након низа измена и допуна КЗ, посебно након издвајања мржње као обавезне отежавајуће околности, дотле емоционализација законодавног поступка није била у центру пажње. Након увода у ком се указује на значај и актуелност теме, повезивања са основним циљевима и легитимношћу државне власти, те навођењу компаративно-историјских примера, анализирана је емоционализација, уз појашњење самог појма емоција, на примеру последњих измена и допуна Кривичног законика из 2019. године.*

**Кључне речи:** емоционализација, Кривични законик, Закон о изменама и допунама КЗ, државна власт, доживотни затвор, Србија, Сједињене Америчке Државе, хитни законодавни поступак.

**Helga Špadina,\* LL.D.,**

Assistant Professor,

Faculty of Law, University Josip Juraj Strossmayer, Osijek,

Republic of Croatia

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

10.5937/zrpfno-28911

UDK: 331.5.024.5(497.6:485:489)

Раđ примљен: 18.10.2020.

Раđ прихваћен: 17.12.2020.

**RESPONSIBLE EMPLOYMENT POLICY:  
Comparative Analysis of Croatian, Swedish and  
Danish Active Labour Market Policies\*\***

**Abstract:** *In the past decades, the reduction of unemployment has been one of the crucial areas of social policies of the EU Member States because it is a key to economic growth and development. Taking into consideration the fast-changing labour market needs and the rapid transformation of labour relations, European public employment services are continuously creating new measures of active employment, with the aim to assist as many unemployed beneficiaries as possible and to swiftly re-integrate them into the labour markets. The main goal of active labour market programs is to make the matching process more efficient and to increase the number of successful matches of job vacancies and job seekers. Referring to examples of selected active employment measures in Croatia, Sweden and Denmark, this paper provides a comparative analysis of active labour market measures. The paper is divided into four sections. Section 1 provides an overview of measures to reduce unemployment; section 2 outlines the purpose of active labour market measures; section 3 provides a comparative analysis of five active labour market programs in Croatia, Denmark and Sweden, and a brief description of new activation strategies during Covid-19 in Croatia. The conclusion is that the creation of impactful social policies for employment substantially rests on conducting comprehensive analysis of the impact of active labour market measures from the perspective of new employment*

---

\* hspadina@pravos.hr

\*\* The paper was presented at the International Scientific Conference "Responsibility in Legal and Social Context", (online), organized by the Faculty of Law, University of Niš, on 18 September 2020.

*opportunities and the acquisition of new skills, as well as the analysis of the level of social inclusion of jobseekers.*

**Keywords:** *active labour market policies, activation strategies, unemployment, social policy, Covid-19.*

## **1. Measures to Prevent Unemployment**

Unemployment is one of major social risks because it can lead to the poverty, discrimination and social exclusion. Unemployment is a result of discrepancies between education attainment and labour market needs, and a mismatch of labour supply and labour demand (Spicker, 2015: 100). Unemployment was traditionally seen as a structural problem that could be solved by job creation, economic development and strengthening of the social protection system; but, gradually, a more individual approach was taken in which special measures were developed aimed at “activating” the unemployed and reintegrating them into the labour market (cf. Gilbert, Von Voorhuis, 2001 in Spicker, 2015:85; Hudson, *et al*, 2015:42).

Responsible social policies in the area of reducing unemployment usually comprise two sets of measures: passive or reactive policies (unemployment benefits aimed at income protection), and active policies (vocational trainings, apprenticeships, youth programs, subsidized employment, job retention programs, measures for disabled workers, re-skilling or requalification programs, public works, specially designed programs for vulnerable categories of workers) (cf. Obadić, 2003:535; Hudson, *et al*, 2015:37-38). Too generous unemployment benefits might discourage the unemployed people from job seeking and stimulate them to remain unemployed, while insufficient ones would lead to income insecurity and poverty. It is a task of a modern state to engage in the development of targeted and purposeful policies for labour market reintegration, and to perform periodic evaluation and impact assessment of each measure, together with the analysis of impact of labour market regulations, education policies, family policies and immigration policy on demand for employment (Hudson, *et al*, 2015: 40). Thus, states have the task to create a right set of measures aimed at reducing unemployment; but, in times of the Covid-19 pandemic, it is further exacerbated with significantly higher rates of unemployment due to lockdowns and quarantines.

## **2. Purpose of Active Labour Market Programs**

The primary purpose of active employment measures is to contribute to a well-functioning labour market by assisting unemployed people to find work, to

provide services to employers seeking labour or wishing to retain employees, and to support people with special needs, or a reduced ability to work, to find work (Danish Public Employment Service, 2020). Active labour market policy includes measures such as employment training and publicly subsidized employment, direct job creation, enterprise or work incentives, and employment rehabilitation (*cf.* Immervoll, Scarpetta, 2012: 1-2; Hill, Irwing, 2020: 97). The purpose of these measures is to strengthen people's motivation to look for and make use of existing earnings opportunities, to address specific employment barriers on the labour-supply side by improving the capabilities of jobseekers, and to expand the set of earning opportunities that are available and accessible to jobseekers (Immervoll, Scarpetta, 2012:1-2). On the other hand, employment incentives and rehabilitation programmes incentivize the unemployed to accept jobs, while high expenditure on active labour market policies in the areas of employment incentives, rehabilitation measures and training can compete and, more importantly, diverge from public responses to unemployment, such as a job creation (*cf.* Vlandas, 2013; Griggs, 2014). Therefore, the creation of activation strategies has to be approached with particular caution and strategic perspective of achieving higher employment rates and social inclusion of jobseekers, but job creation cannot be replaced by active labour market measures.

Active labour market policies and measures are closely linked to the receipt of income-replacement benefits, and they are usually made conditional on compliance with employment- and job-search related requirements(*cf.* Immervoll, Scarpetta, 2012: 3). Hill and Irving argue that northern countries have introduced “punitive range of job-seeking conditionality attached to the receipt of income support measures...grounded on the assumption that...labour supply rather than labour demand is the problem and, therefore, adaptive behaviours by employees are required more than those by employers”(Hill, Irving, 2020: 98). This remark is important when we analyse active labour market policies and measures adopted to implement such a policy. We can notice a trend in making job-seeking conditionality more stringent upon the unemployed who are expected to be as flexible as possible, willing to engage in professional specialization, acquire new skills and, if necessary, even change profession if this is required by the employers or labour market needs. In Sweden, for example, the initial aim of active labour market programs was to transfer labour from stagnating low productivity sectors to expanding high-productivity sectors through training programmes and other mobility-enhancing measures (Calmfors, 2001:80).

We also have to be aware of the risks of benefit dependency, the loss of human capital among the long-term unemployed people and, ultimately, of higher public spending on labour market and social policies; in particular, if unemployment benefits and the possible use of activation measures for job seekers are long-

lasting or of indefinite duration, we shall try to prevent the negative effects when creating employment social policies (Immervoll, Scarpetta, 2012: 3). We should also not underestimate the fact that active labour market policies often do not adequately interact with other types of public interventions (e.g. in education systems), which can potentially limit their reach and effectiveness (Pignatti, Van Belle, 2018: 2), given that even perfect active labour market programs cannot replace education credentials for which there is high labour demand. The lack of interaction and mutual correlation between other parts of public social policy and employment policies can be detrimental not only to the implementation of the active labour market measures but also to the overall employability of the job seeker, leading possibly to his/her non-employable status in case of extreme discrepancy between education attainment and labour market demand. Finally, complementarity and interaction between passive and active labour market policies (*cf.* Pignatti, Van Belle, 2018: 2) needs to be closely examined and evaluated when creating targeted and impactful employment measures.

There are multiple benefits of participation in the active labour market program. In addition to the increase in competitiveness, skills and employability in general, we should not neglect another very important aspect, which implies that active labour market programs may help to maintain the job seeker's motivation to seek work actively, i.e. it may counteract the discouraged-worker effect of unemployment (Calmfors, *et al.*, 2001:78). Participants in active labour market programs may experience a higher degree of psychological well-being than the openly unemployed people because programme participation is considered more meaningful (Korpi, 1997). This is particularly important for long-term unemployment where negative effects of exclusion from the labour market and low-level of productivity are multiplied.

### **3. Comparative Analysis of Croatian, Swedish and Danish Active Labour Market Policies**

Croatia currently has a total of 150,139 registered unemployed persons and 10,314 available jobs in the labour market; prior to the Covid-19, the quota for employment of foreign workers in 2020 was set to 78,470 labour permits and 38,794 beneficiaries of active labour market measures. Currently, we have six active employment policy programs, and three Covid-19 related activation programs. The Government of the Republic of Croatia adopts strategic plans and programs, including measures of active employment policy which is regulated by the provisions of Articles 34-43 of the Labour Market Act (Official Gazette, No. 118/18, 32/20). In 2019, the unemployment rate was 6.6%, but we need to emphasise that decrease of unemployment rate from 17.3% in 2014 and 16.2%



in 2015 (Croatian Bureau of Statistics, 2018) is not the result of efficient labour market policies but rather of very active emigration of Croatian labour force towards other EU Member States.

Sweden is one of the most active countries in creation and implementation of programs aimed at preventing and reducing unemployment. In 2019, the unemployment rate was 6.48%. The Swedish government is currently implementing six different categories of active labour market measures, including employment with support, work experience placement, start-up business incentives, vocational training, Swedish for immigrants, and general training and education.

Denmark had an unemployment rate of 3.7% in 2019. Targeting all categories of unemployed persons, their active employment measures include: education, guidance and upgrading of skills; wage subsidies at public or private employers, and practical work training at public and private enterprises.

### ***3.1. Traineeship and Internship Activation Programs or Subsidies for Young Job Seekers***

#### *3.1.1. Croatia*

There are three active labour market programs for young jobseekers: traineeship, internship, and activation program for the unemployed. The cost of internship is fully subsidized only to public offices, while in the private sector it covers half of the salary of trainees for the first year of the employment. In traineeship programs, which can last up to six months, the cost of employer's mentoring and exam preparatory teaching (if applicable) is covered, while the beneficiary can claim transportation costs. The purpose of the activation program is to train unemployed persons to acquire practical knowledge and skills necessary for their active inclusion in the labour market; the measure covers transportation costs and financial aid for the jobseeker. Activation program can last up to 2 months, while the individual participation of candidates is limited to 15 days (Croatian Public Employment Service, 2020).

#### *3.1.2. Sweden*

Sweden has an extensive program of activation measures designed for young jobseekers. Programs target jobseekers above the age of 25 who are unemployed or at risk of becoming unemployed, jobseekers under the age of 30 with a disability that affects their ability to work, jobseekers who are 18 years old, unemployed and need extra support to enter the labour market, and newcomers to Sweden who take part in establishment programs and those participating in speciali-

zed youth employment programs. Important part of all activation measures is that they include not only job placement but also competence assessment by a supervisor during the work experience, which takes up to three weeks and can be done at a workplace, a vocational college or a similar place. Jobseekers need to find a workplace either with private or public employers, on their own or with the help of public employment service, which also plans the structure of the work experience together with the beneficiary and the employer, consulting the trade union. All persons participating in this measure are entitled to activity support, development allowance or establishment allowance, a certificate from the workplace which describes the work experience and whether the work experience programme includes an assessment of the professional competence in writing.

An introductory job is available for persons who have been unemployed for a long period of time and for those who recently arrived in Sweden. It can be combined with studies, training and education, vocational course, and upper secondary school studies in order to take the upper secondary school exam or studies in Swedish. The Employment Office, together with the jobseeker and employer, assesses whether a workplace is suitable; if the results are positive, the employer receives the wage subsidy. The common duration of an introductory job is up to 12 months, which can be extended to 36 months if the Employment Office assesses that a person needs continued support (Swedish Public Employment Service, 2020).

### *3.1.3. Denmark*

In Denmark, there are two equivalent activation measures for young jobseekers. The first one is practical work training at public and private enterprises, which can be used to re-train jobseekers and upgrade their qualifications. The jobseeker continues to receive unemployment insurance benefits for the duration of an internship to develop the skills. The second program is an adult apprenticeship scheme for those who have turned 25 years at the commencement of the programme. Employers are eligible for a subsidy for the salary paid in the practical training period when they enter into a training agreement with jobseekers.

Another youth activation program is the “youth guarantee initiative”, based upon early intervention after three months of unemployment, as compared with six months for older unemployed persons. The program entails mandatory activation of those under the age of 30 and a stronger focus on motivating young people without a vocational education to enter one. Interventions target young people who are inactive on the labour market but who are not registered as unemployed persons. For unskilled young unemployed persons, the focus is

on improving their formal skills through vocational education in the regular educational system. Unemployed persons under the age of 25 who have not completed secondary education are under the obligation to undertake regular tests of skills in reading, writing, and arithmetic. If the test reveals shortcomings, the jobseeker is obliged to participate in a relevant training programme. Unemployed persons who face multiple challenges are categorised as 'ready for activation', which entitles them to receive additional support of a coordinating case-worker at the job centre and job training or 'building bridge to education', and a mentor support.

Denmark also has active labour market measures for youth between the age of 15-17, who are obliged to be in education, employment or another activity in accordance with their personal education plan. When a young person leaves primary and lower secondary education to begin vocational or upper secondary education, the youth guidance centre must assess whether he/she possesses the educational, personal and social skills to do so. In case of young people who are assessed as not yet being ready to move into further education, the municipality must provide training or other assistance needed in order to help them achieve a positive assessment. The youth guidance centres provide guidance services for young people up to the age of 25, focusing in particular on the transition from compulsory to upper secondary education or to the labour market (Danish Agency for Labour Market and Recruitment, 2020).

#### *3.1.4. Comparative analysis*

If we analyse the basic requirements for implementation of activation measures for young jobseekers, we can notice that in Sweden and Denmark there is a strong emphasis on initial assessment of professional competences and a subsequent mandatory evaluation of achieved competencies, and development of a personal education plan. The main reasons for the development of youth labour market activation programs are exactly what Swedish and Danish programs have at their core: opportunity for an inexperienced jobseeker to enter the labour market and acquire a certain level of professional competencies. If activation measures do not end with thorough assessment of increase in competency level, they are considered not to have achieved the intended goals. In a survey aimed at analyzing the subsidized internship programs in Croatia between 2010 and 2013, one sixth of surveyed beneficiaries pointed out that they were conducting menial jobs, unrelated to their education, and did not learn enough, mainly working in public offices (Croatian Public Employment Office, Ipsos, 2016:32-33). If initial assessment and mandatory evaluation of internship performed and if negative experiences should lead to the future exclusion of employers from internship

subsidies, this measure can become purposeful and result in increase of professional competencies of young jobseekers.

Further, the Danish obligation of conducting regular tests and introducing obligatory training in reading, writing and arithmetic for insufficiently educated youth is a good example of providing additional education while implementing activation programs. The practice of inclusion of young people who are not registered as unemployed into the activation programs and vocational training shows that activation programs can achieve much more if we open them to all young beneficiaries because this is how social exclusion can be successfully mitigated.

### ***3.2. Active Labour Market Programs for Disabled Job Seekers***

#### *3.2.1. Croatia*

In Croatia, the Employment Office currently does not have any active labour measures specifically designed for the integration of disabled persons into regular jobs, apart from the special Covid-19 measure to retain all employed in sheltered employment (integrative workshops) and the general provision of preferential access to jobs in public offices, if disabled person is equally qualified.

In Croatia, 496,646 persons are registered as disabled. There is a total of 11,529 employed disabled persons, and a total of 5,498 registered unemployed persons; 30% of the latter are without any working experience (Ombudsperson for Persons with Disabilities, 2020: 135). It is difficult to understand why Croatia, as an EU State which ratified the Convention on the Rights of Disabled Persons in 2007 (Article 27 regulates the obligation to promote employment of disabled persons), does not currently have any specialized active labour market program for employment of disabled persons in regular jobs, apart from self-employment subsidy.

According to the Ombudsperson's 2019 report, the most used general activation measure by disabled people was self-employment support. The Institute for Professional Rehabilitation also covers subsidies for sustainable self-employment of disabled persons. In the last year's report, the Ombudsperson for disabled persons emphasized a large disparity between the number of people with disabilities in the working age and the number of people with disabilities who are active jobseekers, as well as a lack of social inclusion programs for disabled persons reported by the Professional Rehabilitation Centres (Ombudsperson for Persons with Disabilities, 2019: 126).

### 3.2.2. Sweden

Sweden has six active labour market programs specifically created for disabled jobseekers, and each of them is an example of excellent state policy for labour integration of persons with various degrees of disabilities.

The first program is a grant for personal assistants by which disabled jobseekers can get support and help from a person at the workplace, if they have reduced working capacity. The purpose of the program is to give a grant to the employer who then allocates staff for the role of personal assistant in order to make the job easier for disabled persons and to ensure that he/she actually keeps a job. The personal assistant acts as a support for a worker in repetitive tasks or work situations that disabled workers cannot manage on their own. The grant can also be used for disabled persons to participate in a programme or in school's practical orientation in working life. The grant is applicable to self-employed disabled persons under the same conditions; if they have a disability that causes significant communication difficulties, the grant amount can be doubled.

The second available activation program is wage subsidy for disabled workers, with three types of wage subsidies: to develop the competence and ability to work in order to facilitate job seeking or studying, to increase chances of getting and keeping a job that suits jobseekers' competence and skills, and to ensure security in employment for those with a need for long-term support to get and keep a job. This measure has a strong component of competence development, supervision and adaptation of work. Together with a jobseeker, the Employment Service draws up a plan on how he/she can increase the ability to work and regularly ensures follow-up support to the employed and the employer. Initially, this is a one-year long incentive, but the Employment Service has set as a goal the conversion of subsidized employment into regular non-subsidized employment.

The third activation program is psychosocial adjustment support for jobseekers who feel uncomfortable in social situations at work or unsure about what psychosocial requirements apply in the workplace. The Employment Service assesses whether psychosocial adjustment support is appropriate by getting in touch with the employer and psychologist or social consultant, who jointly assess how the psychosocial environment in the workplace and the psychosocial demands affect the work performance of a jobseeker (Swedish Public Employment Service, 2020).

The fourth activation program for disabled people is protected work at a public employer, which entails specially adapted, subsidized and fixed-duration job, with a goal to develop the beneficiary's ability to work and improve the chances of the disabled person to get a regular job. The Employment Service, together

with jobseeker and the employer, assesses the suitability of a workplace and tasks, and provides regular follow-up support to the jobseeker and the employer.

The fifth available program involves a special support person who helps disabled persons to train for tasks, provides other things that are needed at the introductory stage, and ensures a follow-up support during job search and at the outset of employment. The support comes in two parts: introductory support of six months, and a follow-up support for maximum of one year after the start of the employment.

The sixth available program includes individual pedagogical support when a disabled person participates in training and education programmes. The jobseeker is supported by a person who can help structure the course of study, study techniques and learning approach; the support can be complemented with various aids and facilities (such as: spelling programmes, speech synthesis software, preparatory training and education, labour market training or high school education). The initial plan includes specific needs of and the support for the jobseeker, while continued guidance and follow-up support are provided during the training or education programme.

Finally, sheltered employment is available at the state-owned company Samhall. They train up to 1,500 employees per year and match them to the right jobs and the right co-workers in cleaning, care, logistics and manufacturing. The long-term aim is that a jobseeker becomes able to get a regular job with another employer (Swedish Public Employment Service, 2020; Samhall, 2020).

### *3.2.3. Denmark*

Denmark has a whole range of particular measures for placing disabled persons in employment, including: access to personal assistance, wage subsidies for employers, preferential access, and counteractions towards differential treatment. The Employment Service supports the municipalities to help unemployed disabled people enter the labour market. Subsidies may be granted to a business for the wages of a personal assistant for a disabled employee. Personal assistance can be offered to unemployed people, wage earners and self-employed businesspersons who have a need for special personal assistance on account of physical or mental handicap. The objective of the scheme is to offer persons with disabilities the same possibilities of pursuing a trade or a profession as persons without disabilities. The role of this personal assistance is to assist the disabled employee with work-related tasks, for the performance of which he/she requires special personal assistance due to his/her functional impairment.

Support may also be offered to employees who, due to permanent and severe physical or mental handicap, require personal assistance outside normal working hours in order to take part in general supplementary and further training in connection with the job in question. The objective of these compensation schemes is to enhance and stimulate the possibility of employing persons with disabilities and retaining them in the labour market, and to offer them the same possibilities of pursuing a trade or profession as persons without disabilities.

Wage subsidies for the employment of newly educated persons are developed with the aim of gradually integrating disabled persons who have completed an educational programme of at least 18 months' duration, which can entitle such individuals to membership in an unemployment insurance fund. This support may be granted to a public or private employer for a period of up to two years after the completed educational programme. Employment with subsidies will only be approved if the person has not succeeded in obtaining employment in the professional field for which the education programme has qualified him or her.

According to the Danish Act on Active Employment Measures, subsidies are also granted for aids, tools, small-scale workstation design and layout, or teaching equipment (Danish Agency for Labour Market and Recruitment, 2020).

#### *3.2.4. Comparative analysis*

Integration of disabled persons into the regular labour market should be a goal of all developed societies. Sheltered employment has numerous positive aspects as the entry point to the labour market for disabled persons, but the negative ones are segregation and isolation of disabled workers (*cf.* Visier, 1998), which can be prevented by creating sheltered employment (such as the opportunity offered by Samhall in Sweden) with a clear prospect of ensuring the worker's smooth transition to a regular job.

In addition to sheltered employment, it is important to introduce elaborate and well-designed activation policies for disabled job seekers, which place particular emphasis on availability of job assistants for disabled and promote availability of training and further education or specialization (as illustrated by the examples from Sweden and Denmark). Finally, disabled jobseeker should be provided ongoing support in advancement of professional skills. We cannot develop an inclusive society without providing activation measures for disabled persons, who are often marginalized and socially excluded.

### **3.3. Wage Subsidies**

#### *3.3.1. Croatia*

In addition to the already described internship program wage subsidy, another subsidized employment program in Croatia is the program for permanent seasonal workers. It was created with the aim to provide subsidy to employers of workers who are employed only during the seasonal work, and who can use subsidy during the period when they are not actually working. The measure is available to employers from all industries who have periods of reduced workload during the year due to the seasonal nature of the business. This measure can last six months, with the possibility of extension for the duration of the special circumstances caused by COVID-19.

#### *3.3.2. Sweden*

In Sweden, subsidized employment is available through two activation programs. In the first program, the employer receives a wage subsidy for the employment of long-term unemployed persons or newcomers, who become an extra resource for an employer in the welfare sector, the public sector, cultural sector, or non-profit sector. In the second program, new start-up jobs are offered for long-term unemployed persons who have been away from working life because of illness or other reasons. The employer receives a contribution towards the salary (Swedish Public Employment Service, 2020).

#### *3.3.3. Denmark*

In Denmark, subsidized employment entails wage subsidies for public or private employers to re-train the professional and social competences of unemployed people. Wage subsidies in the private and the public sector are provided to employers when they hire a person who has been unemployed for at least 6 months. Public and private companies are eligible for a wage subsidy if they hire an unemployed person for a period of 4 or 12 months, depending on the category of unemployment (Danish Public Employment Service, 2020).

#### *3.3.4. Comparative analysis*

In addition to subsidies applicable to employment of youth, the active labour market measure in the form of wage subsidies is frequently used to support employment of jobseekers who are not easily employable, due to long-term unemployment, age, illness or other reason. While in Denmark and Sweden wage subsidies are used to support employment of long-term unemployed, in Croatia



that category of jobseekers was formerly included in activation measures, but this is no longer the case. In 2019, 15.9% of jobseekers were unemployed for 12 months or longer, while 13.9% of jobseekers were unemployed for 24 months or longer (Croatian Bureau for Statistics, 2020), which means that we had almost 30% of long-term unemployed persons. It is unlikely that this rate has been reduced lately. The Danish approach to the term “long-term unemployment” is particularly interesting because it starts six months after the start of unemployment. This is in line with Danish early intervention strategy (previously described in the sub-section on youth activation measures), which clearly shows the commitment to implementing the activation policy as early as possible because it is only then that it can lead to employment of a jobseeker.

The Swedish approach is even more comprehensive because it differentiates between the long-term unemployed persons and those who are away from the labour market for justified reasons preventing them from working. The first activation program has excellent “selling point” for employers because jobseekers are labelled as “additional resource” for employers; in effect, this is what subsidized employment is, but it is not often advertised like that. This presentation of a jobseeker as an additional resource has a significant impact on social inclusion, given that the long-term unemployed persons are often stigmatized and marginalized due to their inability to get a job. The selection of sectors of employment eligible for such wage subsidies (welfare, public sector, cultural sector or non-profit sector) points to the commitment of the Swedish government to support sectors with lower wages and less interest in employment.

In Scandinavian examples, we should also take into consideration the equal availability of wage subsidies for all public and private employers. In Croatia, a clear and unfair distinction was made between wage subsidies for internships in the private sector (eligible only for 50% wage subsidy) and public sector (eligible for 100% wage subsidy). It is difficult to understand and justify a very dissuading policy of employment incentives only in the public sector, knowing that an increasing number of professions are eligible for employment only in the private sector due to the nature of specific jobs. Furthermore, the non-profit sector cannot offer wages at the same level as private employers; therefore, it should be additionally supported to participate in youth internships as a less attractive sector of employment. Finally, it seems that the primary goal of such measures was not to have efficient labour market policies and increase employability of jobseekers but rather to establish unjustified preferential treatment of public offices.

In Croatia, the selection of partial wage subsidies in the tourism sector is closely linked to the importance of tourism revenues for the country. But, taking

into consideration the problems of long-term unemployment and existence of a large group of difficult-to-employ jobseekers in other sectors, it is difficult to find justification for inclusion of the seasonal sector in wage subsidies activation programs as, in its substance, it is not an activation program but rather another type of supported program.

### ***3.4. Support for Self-Employment***

#### *3.4.1. Croatia*

The Croatian active labour market program on self-employment aid includes financial support granted to unemployed persons who are registered as unemployed, and who decide to start their own business. Business expansion grants are granted to businesses which are expanding their existing business, and which have already received self-employment support. Financial support can be received for a period of 24 months (in the first 12 months, the beneficiary needs to justify the support; in the remaining 12 months, the support is used for the maintenance of business activity); but, the financial support is provided only for some predetermined employment sectors. The measure can be combined with on-job training, and the applicant needs to submit a sustainable business plan (Croatian Public Employment Service, 2020).

#### *3.4.2. Sweden*

Sweden has an activation program for the self-employment of unemployed persons. The Employment Service pays a contribution to start-up costs (purchase of equipment or other costs) at the start of a profitable business. The requirement for receiving the contribution is the submission of a good business plan and relevant experience, consideration of the labour market needs, and competition in chosen industry. An interesting aspect of this measure is the possibility to benefit from an initial work placement aimed at increasing one's work experience in the industry where the applicant wants to work. If a jobseeker has never run a business prior to the application for a grant, the Employment Service offers information meetings, consultancy, and a start-up course to help the jobseeker describe his/her business concept, draw up a budget for the business, and learn about taxes, accounting, marketing, and similar important business aspects. For disabled persons with reduced work capacity, an additional requirement is to have a sound business plan of at least three years, while all other requirements and applicable rights are the same as for persons without disability (Swedish Public Employment Service, 2020).

### *3.4.3. Comparative analysis*

The Croatian activation measure for self-employment is used to promote and support employment in sectors that are of interest to the state; thus, it cannot be fully qualified as self-employment, given that the range of beneficiaries largely depends on the state decision which sectors are to be funded. While the Croatian self-employed persons can benefit from on-job training, the Swedish concept is to support the initial work placement in order to increase work experience in the sector where the activation measure is applied. Even if the applicant does not have relevant experience in the specific sector, there is a high likelihood of receiving funding even for an entrepreneurial idea, which clearly reflects the Swedish government support to start-up businesses. Thus, if we continue to approach self-employment from the old-fashion perspective of giving priority to applicants with specific work experience in the sector, which is the case in Croatia, we will not be able to move forward and support innovative business concepts through entrepreneurial activation measures.

## **3.5. Education and Training Support**

### *3.5.1. Croatia*

Croatia has two sets of active labour market measures aimed at providing education to unemployed persons, as well as to employed persons. These measures are aimed at increasing the level of employability of unemployed persons by providing relevant vocational training, re-training or advanced training programs in the required occupations in accordance with the development of the labour market, or raising the employability and competitiveness of persons without completed primary school by creating conditions for completing primary education and acquiring the first professional qualification.

As for already employed person, the goal of active labour market measure is to increase the level of competitiveness and expertise of employees by referring them to vocational training, re-training or advanced training programs in accordance with the development of the labour market. In addition to financing the full cost of education and medical examinations, the measure also covers transportation costs and financial assistance.

Another activation program is on-the-job training; this measure is aimed at training unemployed persons to acquire practical knowledge and skills needed to perform the tasks in a particular job, which may result in obtaining a certificate of entrepreneurial support institution (business incubators and development agencies), an employer's confirmation of acquired knowledge and skills, or an

official public document (training certificate) (Croatian Public Employment Service, 2020).

### *3.5.2. Sweden*

Sweden has several activation measures aimed at providing education and training opportunities to unemployed persons. These measures include: labour market training (tailor-made together with a specific employer, which often leads to employment); student support for education at primary and secondary school level; and student aid with grants and loans for studies in adult education, public high schools, universities or vocational universities, and certain courses abroad. Vocational introductory employment is available for those under the age of 25, long-term unemployed persons or newcomers to Sweden, where jobseekers may learn a trade or profession, get experience, get paid, and increase their chances of getting a job (Swedish Public Employment Service, 2020).

### *3.5.3. Denmark*

In Denmark, education, guidance and upgrading of skills may include brief guidance and clarification activities, education and training (certified informal educational institutions, specifically arranged projects, and training periods). Unskilled unemployed persons over the age of 30 who receive unemployment benefits are given a chance to apply for and complete one of the 107 vocational training programmes. The curiosity of this program is that unemployed persons have to “pay” for these vocational programmes with a cut in their unemployment benefit. A loan is offered to allow unemployed people to draw the full rate of unemployment benefit for the duration of their course of education. This loan is to be repaid upon completion of the course of education.

Unemployed people over the age of 30 are eligible for an assessment of their non-formal and informal competences; the assessment is aimed at giving credit for competencies acquired through education, on the labour market, or from activities pursued in one’s spare time. Recognition of prior learning by competence assessment programme will also support the individual training plan, including one or several adult vocational training programmes.

Denmark also implements job rotation scheme; thus, a company benefits if it supports the employees’ continuing professional training and, at the same time, temporarily employs an unemployed person as a substitute. The temporary employee is required to have been unemployed for a minimum of six months, and is permitted to work as a temporary employee for up to six months.

Employers can obtain subsidies for upgrading employees' skills through employment. A condition for granting subsidies is that the upgrading of skills goes beyond what the employer would normally be required to provide (for example, on-the-job training schemes or work tools that are specific to the individual employer). Unemployed persons under the age of 30 or people who are at risk of becoming long-term unemployed persons can get into the scheme after six months of unemployment.

Finally, Denmark also has the right to six weeks' job-oriented vocational training (from the first day of unemployment) for low-skilled and skilled unemployed people who are members of an unemployment insurance fund. In this training, participants are provided with relevant skills and competences required in the labour market; the training is primarily aimed at specific sectors and job functions. Social partners play a major role in determining which specific adult vocational training programmes are offered (Danish Agency for Labour Market and Recruitment, 2020).

#### *3.5.4. Comparative analysis*

Vocational trainings are one of the most common activation measures, which are used in majority of countries implementing active labour market programs. The problem with vocational trainings is the low commitment of unemployed persons to participate in additional training; this issue may be counteracted by introducing the obligation to participate in training costs (as illustrated in the example of the Employment Service in Denmark, where the costs of vocational training are deduced from the unemployment benefits). This actually has multiple benefits because it sends a message to jobseekers that additional training brings additional value to their professional competencies and, as such, needs to be paid for; it also empowers jobseekers to move from the position of passive recipients of income-substitute benefits and vocational training to the position of active members of society who are able to contribute towards their specialization; finally, considering the financial implications for the jobseeker, it entails a more serious approach to participation in the training.

On the other hand, we also have frequent resistance of employers to allow their employees to participate in professional trainings, primarily for fear that it may have negative implications for the work process. In that regard, the Danish innovative strategy is substitute worker practice, which encourages training of present employees and concurrently provides an opportunity to unemployed persons to get employed on a temporary basis.

### ***3.6. Specific Measures Related to the Impact of Covid-19 Pandemic on the Labour Market in Croatia***

In March 2020, Croatian authorities adopted an *ad hoc* active labour market measure to support job retention due to Covid-19 lockdown. The initial three-month wage subsidies were implemented in a rather chaotic manner, but they did not explicitly regulate the prohibition of dismissal within a certain period after awarding the wage subsidy. After the expiry of the wage-subsidy period, a large number of dismissals ensued in the tourism sector. The subsequently adopted package of new activation measures was expanded to include job retention measures for micro-entrepreneurs, introduction of subsidized short-time work, and support for retention of sheltered workplaces, integrative workplaces and work units for employment of disabled persons. Currently, wage subsidies include the following sectors: passenger transport, accommodation, food and beverage preparation, administrative and support service activities, event industry, arts, entertainment and recreation, micro-entrepreneurs and all other employers who cannot work or whose work has been restricted. The requirement is that their income has decreased by at least 50 or 60 percent.

Short-time work was introduced as a new activation measure, with the aim of preserving jobs for employers whose work has been temporarily reduced due to the pandemic. Employers who employ more than 10 workers can benefit from this measure, but only if they can prove that they have a decline in revenues and the number of employed workers due to the pandemic. The subsidy amounts to the equivalent of 266,00 EUR. The employer is prohibited to terminate the employment contract of the employee on whose behalf the support has been obtained at least 30 days from the day of termination of the use of the support.

Given that there are no available data on the use of this measure, we can notice several structural problems at the very beginning of implementing this measure, which might eventually lead to a low rate of using this activation program. The first possible issue is a flat rate subsidy amount which could be attractive only in lower paid sectors of employment, and will not be used for retention of higher skilled and higher paid workers. Secondly, the application procedure seems overly complicated, with employers being requested to prove several different things, such as a link between the drop in revenues and working hours and Corona-virus lockdown. Thirdly, the employer is obliged to pay all contributions for the subsidized support, which may discourage employers to use this measure. If we look into the Swedish experience with Covid-19 response, their Government proposed a system of support for short-term layoffs, with the aim of ensuring the survival of more businesses and dismissal of fewer employees. In order to achieve this, the Government introduced a temporary reduction of employers'

social security contributions and the general salary contribution for the first 30 employees and self-employed people for four months, along with full coverage of employers' sick pay costs. Measures on a temporary increase of the number of people entitled to unemployment benefits and on a temporary increase in benefit levels were introduced in 2020.

In the Budget Bill for 2021, the Government proposed funding for increased access to employment training programmes and announced the introduction of an 'intensive year' for newly arrived immigrants, which will help them enter the labour market more quickly. It also proposed the allocation of funds for introductory jobs and extra jobs, aimed at creating more job opportunities for newly arrived immigrants and long-term unemployed persons, which may in turn strengthen their position in the labour market (Government of Sweden, 2020).

#### **4. Conclusion**

Active labour market policies are not only a powerful tool for employment but also a very important tool for social inclusion, education and empowerment of jobseekers. Activation programs need to be developed with a great deal of social responsibility, taking into consideration the complexities of the labour market, the complex structure of unemployed labour force, as well as the correspondence between labour market needs and jobseekers' education attainments, professional skills and competencies.

The second crucial phase is the implementation of activation measures because their inadequate implementation can be more detrimental to the labour market than the absence of any measures. Namely, if procedures are not streamlined and simplified, activation measures will not be used and will not achieve the intended purpose of (re)integration of a jobseeker into the labour market.

The third crucial phase is the evaluation of effectiveness of each labour activation measure and its impact on employability and/or professional competencies of a jobseeker. This assessment is probably the central part of active labour market programs because, without in-depth analysis of their impact, they remain just an expensive attempt to increase level of employment and justify the existence of usually robust state employment service.

The paper has attempted to provide comparative analysis of the most used activation measures in three European countries: Sweden and Denmark as the most advanced countries and Croatia, one of the least advanced countries in terms of active labour market policies. The last analysis on the impact of activation measures by Croatian Public Employment Service was done for the period 2010 - 2013, which means that we did not have a comprehensive analysis of labour

activation measures for the past seven years. In the meantime, the Covid-19 crisis severely affected (un)employment rates and now, more than ever before, we need to use comparative examples of well-functioning, well-developed, innovative and inclusive labour activation programs. Danish and Swedish labour activation programs certainly qualify for that description.

## References

Calmfors, L., Forslund, A., Hemström, M. (2001). Does Active Labour Market Policy Work?, *Swedish Economic Policy Review* 85, pp. 61-124.

Croatian Public Employment Service (2020), retrieved 15 October 2020 from <https://www.hzz.hr/usluge-poslodavci-posloprimci/>.

Croatian Bureau of Statistics (2020). *Labour Force Survey for 2019*, retrieved 07 October 2020 from [https://www.dzs.hr/Hrv\\_Eng/publication/2020/09-02-07\\_01\\_2020.htm](https://www.dzs.hr/Hrv_Eng/publication/2020/09-02-07_01_2020.htm)

Croatian Bureau of Statistics (2018). *Labour Force Survey for 2017*, retrieved 07 October 2020, from [https://www.dzs.hr/Hrv\\_Eng/publication/2018/09-02-07\\_01\\_2018.htm](https://www.dzs.hr/Hrv_Eng/publication/2018/09-02-07_01_2018.htm)

Danish Agency for Labour Market and Recruitment (2020). Active labour Market Policy Measures, retrieved 15 October 2020 from <https://www.star.dk/en/active-labour-market-policy-measures/>

Gilbert, N., Von Voorhuis, R. (eds.) (2001). Activating the Unemployed, Transaction, New Brunswick, in Spicker, P. (2015), *Social Policy: Theory and Practice*, UK. Policy Press, University of Bristol.

Griggs, E. (2014). Work and Employment Policy, in: Bochel, H., Daly, G. (eds.) *Social Policy*, Abingdon, Routledge, pp. 225-43.

Government of Sweden (2020), retrieved 05 October 2020 from <https://www.government.se/articles/2019/09/measures-to-get-more-people-into-work/> <https://www.government.se/articles/2020/09/labour-market-initiatives-in-the-budget-bill-for-2021/> <https://www.government.se/articles/2020/04/the-2020-spring-budget-in-five-minutes/>

Hudson, J., Kuhner, S., Lowe, S. (2015). *The Short Guide to Social Policy*, UK. Policy Press. University of Bristol.

Hill, M., Irving, Z. (2020). *Exploring the World of Social Policy: An International Approach*, UK Policy Press. University of Bristol.



Hill, M., Irwing, Z. (2009). *Understanding Social Policy* (8<sup>th</sup>ed.), Malden, MA, Wiley-Blackwell.

Hrvatski zavod za zapošljavanje, Ipsos (2016). *Vanjska evaluacija mjera aktivne politike tržišta rada 2010-2013*.

Hrvatski zavod za zapošljavanje (2019). *Mjere aktivne politike zapošljavanja iz nadležnosti Hrvatskoga zavoda za zapošljavanje: Uvjeti i načini korištenja sredstava za provođenje mjera u 2020. godini*.

Hrvatski zavod za zapošljavanje (2020). *Priopćenje za javnost: Promjene u evidentiranoj nezaposlenosti tijekom rujna te stanje registrirane nezaposlenosti na kraju rujna 2020. godine*, retrieved 01 October 2020 from [https://www.hzz.hr/content/stats/0920/HZZ\\_PR-Nezaposlenost-Zapostljavanje-9-2020.pdf](https://www.hzz.hr/content/stats/0920/HZZ_PR-Nezaposlenost-Zapostljavanje-9-2020.pdf)

Immervoll, H., Scarpetta, S. (2012). Activation and employment support policies in OECD countries: An overview of current approaches, *Journal of Labour Policy*, 1:9.

Immervoll, H., Knotz, C. (2018). *How Demanding are Activation Requirements for Jobseekers*, OECD Social, Employment and Migration Working Papers No. 215, retrieved 04 October 2020 from <https://dx.doi.org/10.1787/2bdfecca-en>

Korpi, T. (1997). Is utility related to employment status? Employment, unemployment, labor market policies and subjective well-being among Swedish youth, *Labour Economics* 4, 125-147, in Calmfors, L. Forslund, A. Hemström, M. (2001) Does Active Labour Market Policy Work?, *Swedish Economic Policy Review* 85, pp. 61-124.

Obadić, A. (2003). Utjecaj aktivnih i pasivnih politika na tržište rada, *Financijska teorija i praksa* 27 (4) str. 529-546.

OECD (2019). *Labour Market Policies Interventions for the Long Term Unemployed: In-Depth Evaluation*, Retrieved 05 October 2020 from <https://www.oecd.org/els/emp/LMP%20interventions%20for%20LTU%20-%20in-depth%20evaluation.pdf>

Pignatti, C., Van Belle, E. (2018). *Better together: Active and Passive Labour Market Policies in Developed and Developing Economies*, International Labour Organization, Working Paper No 37.

Pravobranitelj za osobe s invaliditetom (2020). *Izvješće o radu Pravobranitelja za osobe s invaliditetom 2019*, Retrieved 05 October 2020 from <https://posi.hr/wp-content/uploads/2020/04/Izvješće-o-radu-POSI-za-2019.pdf>.

Samhall (2020). Retrieved 08 October 2020, from <https://samhall.se/in-english/>

Spicker, P. (2015). *Social Policy: Theory and Practice*, UK. Policy Press, University of Bristol.

Swedish Public Employment Service (2020). Retrieved 10 October 2020 from <https://arbetsformedlingen.se/other-languages/english-engelska/extra-stod/stod-a-o>.

Visier, L. (1998). Sheltered employment for persons with disabilities, *International Labour Review*, Vol. 137, No 3, Retrieved 03 October 2020 from <https://www.ilo.org/public/english/revue/download/pdf/visier.pdf>

Vlandas, T. (2013). Mixing Apples with Oranges? Partisanship and Active Labour Market Policies in Europe, *Journal of European Social Policy*, 23 (1); 3-20.

**Doc. dr. sc. Helga Špadina,**  
Docent Pravnog fakulteta,  
Sveučilište Josip Juraj Strossmayer u Osijeku,  
Republika Hrvatska

## **ODGOVORNE SOCIJALNE POLITIKE: UPOREDNA ANALIZA HRVATSKIH, ŠVEDSKIH I DANSKIH MERA AKTIVNE POLITIKE ZAPOŠLJAVANJA**

### **Rezime**

Rad se bavi uporednom analizom hrvatskih, švedskih i danskih mera aktivne politike zapošljavanja u području podrške mladima, osobama sa invaliditetom, dugoročno nezaposlenima, kao i mera subvencija zarada za određene kategorije zaposlenih, subvencija za samozapošljavanje i obrazovanje, te provođenja programa profesionalnog usavršavanja kao pripreme za ulazak na tržište rada. Zbog uticaja Covid-a 19 na stopu nezaposlenosti na tržištu rada, moramo se usredsrediti na uporedne primere funkcionalnih, dobro razvijenih, inovativnih i inkluzivnih programa aktivnog traženja posla na tržištu rada, kao što su švedski i danski.

U radu su analizirane prednosti mjera aktivnog traženja posla sa detaljnom procenom nivoa kompetencije za tražiocе zaposlenja bez prethodnog iskustva, kao i koristi od uključivanja neregistrovanih tražiocа zaposlenja u programe aktivnog traženja posla i stručnog osposobljavanja. Takođe se ukazalo da se negativni ishodi tzv. zaštićenog zapošljavanja osoba sa invaliditetom mogu sprečiti stvaranjem programa sa jasnom perspektivom prelaska zaposlenih osoba sa invaliditetom na redovan posao. Razrađene i dobro osmišljene aktivne politike tržišta rada za osobe sa invaliditetom koje traže posao takođe treba da uključuju angažovanje pratilaca

*za posao za zaposlene sa invaliditetom, dostupnost programa stručnog osposobljavanja, dalje obrazovanje ili specijalizaciju, i kontinuiranu podršku u unapređenju profesionalnih veština.*

*U radu se naglašava važnost strategija rane intervencije i predstavljanje dugoročno nezaposlenih kao „dodatnog resursa“ za poslodavce koji primaju subvencije za njihove zarade jer se tako sprečava stigmatizacija i marginalizacija navedenih lica. Konačno, mogućnost dobijanja sredstava za preduzetničku ideju za čiju realizaciju tražilac zaposlenja nema relevantno iskustvo vrlo je napredna jer pokazuje podršku idejama za osnivanje preduzeća. U radu se ističe da se socijalna inkluzija nezaposlenih može postići i njihovim učešćem u troškovima stručnog osposobljavanja, te da poslodavci mogu biti motivisani da zaposlenima omoguće stručno usavršavanje ako su obezbeđeni zamenski radnici. Rad se završava kratkim pregledom najnovijih politika aktivnog traženja posla na tržištu rada uzrokovanim pojavom virusa Covid-a u Hrvatskoj.*

**Ključne reči:** *aktivna politika tržišta rada, aktivacijske strategije, nezaposlenost, socijalna politika, Covid-19.*



**Doc. dr. sc. Višnja Lachner\***,  
Docent Pravnog fakulteta,  
Sveučilište Josip Juraj Strossmayer u Osijeku,  
Republika Hrvatska

**Doc. dr. sc. Jelena Kasap\***,  
Docent Pravnog fakulteta,  
Sveučilište Josip Juraj Strossmayer u Osijeku,  
Republika Hrvatska

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД  
10.5937/zrpfno-28603

UDK: 340.440(497.6)"04/14"  
Раd примљен: 29.09.2020.  
Раd прихваћен: 30.12.2020.

## **O TEMELJIMA ODGOVORNOSTI VJEROVNICA KOD BESPLATNIH UGOVORA U HRVATSKOM SREDNJOVJEKOVNOM PRAVU\*\***

**Apstrakt:** *Besplatni ugovori najučestaliji su pravni poslovi u svakodnevnom pravnom prometu. Neformalnost koja ih razlikuje od ostalih pravnih poslova s jedne strane olakšava njihovu primjenu, dok s druge strane otežava pravni položaj ugovornih stranaka u slučaju povrede ugovornih obveza. Odgovornost zbog povrede ugovorne obveze jednako pogađa oba ugovaratelja, vjerovnika i dužnika. No, kako je dužnik sukladno načelu utiliteta ugovorna strana koja od zaključenja besplatnog pravnog posla ima ponajviše koristi, rasprave o obvezama kao i kriterijima odgovornosti vjerovnika još su od nastanka najranijih pravnih sustava rijetke su. To ne iznenađuje obzirom da se kod besplatnih ugovora gotovo bez iznimke radi o poslovima zaključenim između prijatelja i poznanika obilježenim povjerenjem ugovornih stranaka. Temelji privilegirane odgovornosti vjerovnika u zapadnoeuropskim pravnim sustavima, tako i u hrvatskom pravu počivaju na rimskim pravnim načelima koja su posredstvom pravnih normi ius commune recipirana u moderne odredbe obveznog prava.*

*Kako je problematika odgovornosti vjerovnika kod besplatnih ugovora izostala u hrvatskoj znanstvenoj literaturi ovim će se istraživanjem, pravno povijesnom raščlambom dostupnih izvora hrvatskog srednjovjekovnog prava te njihovom komparacijom nastojati utvrditi temelji odgovornosti*

\*vlachner@pravos.hr

\*jkasap@pravos.hr

\*\* Ovaj je rad financirao Pravni fakultet Osijek Sveučilišta Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku internim projektom br. IP-PRAVOS-17 "Razvoj hrvatske privatnopravne tradicije u kontekstu njene integriranosti u europsku pravnu kulturu".

\*\* Rad je pod istim nazivom izložen u vidu usmenog saopštenja na međunarodnoj naučnoj konferenciji „Odgovornost u pravnom i društvenom kontekstu“, održanoj 18. septembra 2020. godine u organizaciji Pravnog fakulteta u Nišu.

*posuditelja i ostavodavca u hrvatskom pravu ali i pobliže obrazložiti razlozi za jedinstvena rješenja sadržana u Zakonu o obveznim odnosima.*

**Ključne riječi:** *besplatni ugovori, načelo utiliteta, odgovornost vjerovnika, srednji vijek, zakon o obveznim odnosima.*

## 1. Uvodna razmatranja

Besplatni ugovori po svojoj pravnoj prirodi isključivo pogoduju dužnicima olakšavajući im položaj time što za vjerovnikovu činidbu ne podrazumijavaju protučinidbu dužnika. Besplatni su ugovori najčešće zaključeni iz prijateljskih pobuda i isključivo između osoba koje zbog nekog ranijeg privatnog odnosa najčešće ni ne predviđaju budući nastanak spora koji iz takvih poslova može uslijediti. Kako se kod posudbe i ostave o pravnim poslovima koji uključuju vjerovnikovu činidbu kojom se pogoduje drugoj ugovornoj strani s razlogom je pozornost zakonodavca, kao i pravnih teoretičara kod ovih pravnih poslova primarno usmjerena na ugovoru stranu koja prima uslugu, tj. onu kojoj se pogoduje. Položaj vjerovnika spomenutih besplatnih ugovora rijetko se razrađuje u hrvatskoj pravnoj literaturi te mu osim pozornosti zakonodavca te površne udžbeničke obrade gotovo nije bilo moguće pronaći traga. No, u čemu leži uzrok marginalizaciji pravnog položaja jedne ugovorne strane kod ovakvih pravnih poslova? Zanimljivo je činjenicu da je u praksi zaista i zabilježen malen broj slučajeva koji pozivaju na odgovornost vjerovnika u odnosu na one koji su temeljeni na odgovornosti dužnika besplatnih ugovora uočiti će se kako je vjerovnikov položaj temeljen na određenim obvezama, iz kojih shodno tomu, proizlazi i značajnaražina odgovornosti. Dakako, mora se primijetiti kako su vjerovnici besplatnih ugovora o kojima je riječ u nastavku ipak posebne ugovorne strane koje od pravnog posla ni ne očekuju posebnu korist, tj. ne ostvaruju interes te je stoga opravdano očekivati vrlo ograničen obujam ugovornih obveza ove strane, kao i tome odgovarajuću razinu odgovornosti. Pri tome se mora uzeti u obzir kako su temeljna načela navedene ugovorne odgovornosti u hrvatskom pravu još od razdoblja srednjeg vijeka od kad potječu najraniji pravni tekstovi u velikoj mjeri preuzeta iz rimskih pravnih izvora te su tijekom dugog razdoblja bila izložena samo marginalnim prilagodbama.

U nastavku istraživanja temeljem analize dostupnih izvora nastojat će se utvrditi u kojoj mjeri hrvatsko srednjovjekovno pravo zaista sadrži rješenja kada je riječ o položaju vjerovnika nekih besplatnih ugovora, tj. posuditelja i ostavodavca te pronaći uzroke tvrdnji kako navedena rješenja, uz dakako vremensku prilagodbu, zadovoljavaju svrhu i smisao modernih zakonskih tekstova. Pri tome se mora naglasiti kako je razlog za prikaz i komparaciju položaja vjerovnika samo navedenih besplatnih ugovora okolnost da ih najstariji izvori kontinuirano

no navode, dok su ostali pravni poslovi uz oznaku besplatnosti izostavljeni iz njihova sadržaja.

## 2. Položaj vjerovnika kod besplatnih ugovora u rimskom pravu

Kako je shema odgovornosti ugovornih strana kod besplatnih ugovora, *commodatum*<sup>1</sup> i *depositum*<sup>2</sup> u klasičnom rimskom pravu poslužila kao dominantan okvir na kojem je izgrađen moderni sustav odgovornosti u nastavku će se kratko prikazati. Brojne su znanstvene rasprave posvećene odgovornosti posudovnika u rimskom pravu. Nasuprot tome, one koje se bave odgovornosti posuditelja kao i drugih vjerovnika besplatnih ugovora izrazito su rijetke. Čak i dostupni pravni izvori ovom pitanju posvećuju tek minimalnu pozornost.

### 2.1. Pravni položaj posuditelja

Detaljna analiza fragmenata koji se u pojedinim rimskim izvorima bave problematikom odgovornosti posuditelja upućuje na sljedeće zaključke u pogledu obveza koje su ga teretile. Prva i najznačajnija obveza posuditelja bila je trpiti posudovnikovu uporabu stvari tijekom ugovorenog razdoblja te se suzdržati od smetanja posudovniku. Posuditelj je bio obvezan omogućiti posudovniku ugovorenu uporabu stvari, ali i suzdržavati se od bilo kakvog djelovanja kojim bi posuđena stvar bila dovedena u stanje u kojem je mogla biti manje korisna posudovniku. Ulpijan, premda u fragmentu D. 13, 6, 5 raspravlja isključivo o odgovornosti posudovnika, navodi pojedine slučajeve koji utemeljuju odgovornost posuditelja zbog nastale štete, a koja je posljedica kršenja obveze posuditelja (Wiaecker, 1934: 57–62, Nörr: 1956: 68 i 119). U razdoblju u kojem je *commodatum* postojao samo kao posao socijalne prakse te prirodom podsjećao na *beneficium* određene obveze mogle su se pripisati posuditelju, kao što je naprimjer omogućavanje besplatne uporabe stvari, koja je bila jednostavno opoziva. No, nakon što je *commodatum* postao dijelom pravne sfere<sup>3</sup> omogućeno je ograničavanje položaja posuditelja prilikom dobrovoljnog pregovaranja radi sklapanja pravnog posla u smislu onemogućavanja prijevremenog vraćanja stvari od

---

1 *Commodatum* je ugovor kojom se stvar besplatno prepuštala na uporabu. (Zimmerman, 1996: 189).

2 *Depositum* je ugovor kojim se ostavoprimac obvezao besplatno čuvati ostavodavčevu stvar. (Zimmerman, 1996: 215). U dijelu rada koji analizira rimske izvore za ugovorne strane koristit će se naziv deponent i depozitar.

3 *Formula in factum* nastala je prema pravnim izvorima, najvjerojatnije u razdoblju kasne Republike. Točnije, krajem prvog stoljeća pr. Kr.; Kaser-Knütel, 2003: 246. Buckler smatra da je *commodatum* kao utuživi ugovor spomenut već u vrijeme Kvinta Mucija, Buckler, 1893: 184.; Isto smatra i Watson navodeći kako je razdoblje oko 100 god. pr. Kr. *commodatum* sadržan kao ugovor u pretorskom ediktu. (Watson, 1974: 38–39 i 43–44).

strane posuditelja jer se posuditelja obvezalo pridržavati se ugovora u skladu s postavljenim uvjetima i trajanjem posudbe. To je u potpunosti potvrđeno u D. 13, 6, 5, 8. Posuditelj je prema odredbama izvora bio obvezan predati stvar posudovniku. Obveza prepuštanja stvari uključuje prepuštanje stvari primjerene za ugovorenu uporabu. Time se nastojalo spriječiti prepuštanje stvari s nedostacima (materijalnim ili pravnim) ili prepuštanje one stvari s kojom nije bilo moguće ostvariti ugovorenu uporabu (Kritz, 1835: 424). U tom je pogledu posudovnik imao mogućnost otkloniti ih te prema pravilima o *negotium gestio* zahtijevati naknadu troškova. S druge strane, ako je posuditelj svjesno posudio stvar s nedostatkom, naravno da je morao odgovarati za prouzročenu štetu posudovniku (Schwartz, 1954:129).

Troškovi koje je posudovnik bio obvezan snositi povezani su s njegovom obvezom da stvar po završetku uporabe vrati u neoštećenu stanju. Posudovnik nije bio odgovoran za redovito habanje i potrošnju posuđene stvari. No, nerijetko su se vezano uz uporabu stvari pojavljivali određeni troškovi koji su pridonosili njezinoj uporabi i očuvanju. Ovisno o tome je li se radilo o redovitim ili izvanrednim troškovima vrednovala se i odgovornost posuditelja u tom pogledu. Iz bogate rimske kazuistike ističe se Gajev fragment u D. 13, 6, 18, 2 koji raščlanjuje odgovornost posuditelja za redovite ili izvanredne troškove u pogledu posuđene stvari (Schwartz, 1954: 124, 126, 127). Gaj je obvezao posudovnika na poduzimanje redovitih troškova u pogledu posuđene stvari. Obrazloženje ovog slučaja utemeljeno je na općem načelu prema kojem onaj tko nešto želi mora se o tome i brinuti. Ipak u pogledu izvanrednih troškova stvari u rimskoj kazuistici zastupljena su drugačija rješenja. Ako troškovi održavanja posuđene stvari nisu premašivali korist posudovnika, posudovnik ih je bio obvezan platiti. Nasuprot tome, u pogledu ostalih troškova koji premašuju korist posudovnika onje imao pravo na njihovu naknadu, no samo prema pravilima o *negotium gestio*. Time se nastojalo rasteretiti posudovnika plaćanja drugih troškova koji nisu bili nužni za očuvanje ili uporabu posuđene stvari (Santarelli, 1972: 343).

Odgovornost posuditelja u klasičnom rimskom pravu, analogno onoj posudovnikovoj, vrednovana je sukladno primjeni načela utiliteta. Analizirajući detaljno primjenu utiliteta na *commodatam* Zimmerman uspoređuje dva modela odgovornosti ugovornih stranka. U prvom slučaju, kada je ugovor o posudbi bio zaključen u isključivom interesu posuditelja, posudovnik je odgovarao samo za najteži stupanj krivnje, doložno (Zimmermann, 1996: 198–199, Kaser, 1955: 447, Nörr, 1956: 73, Detaljnije o primjeni načela utiliteta na ugovor o posudbi vidjeti: Wieacker, 1934: 57–62, Kübler 1910: 235, Birks, 2014: 138–140). Ako je pak posudba koristila obama strankama Zimmerman se zalaže za Gajev prikaz srednjeg puta, naime za kulpoznu odgovornost posudovnika. Sukladno tome, posuditelj je primjenom istog načela, a i okolnosti da mu ugovor nikako nije išao u korist



odgovarao dolozno, tj. prema najblažem stupnju krivnje. Dolozno i kulpozno u slučaju ako je posudba zaključena u interesu obiju ugovornih strana. U istom smislu analizirajući načelo utilitarnosti u okviru usporedbe između dvaju pravnih poslova, *depositum* i *commodatum* Kaser ističe da je *depositum* zaključen u isključivom interesu deponenta te da zbog toga čuvar povjerenih stvari (depozitar) snosi doloznu odgovornost samo u slučaju nestanka ili oštećenja stvari, dok u slučaju posudbe, posudovnik ostvaruje korist od uporabe stvari te zbog toga odgovora kulpozno (Kaser, 1955: 424; Romac, 1994: 301).

## 2.2. Pravni položaj deponenta

Pravna narav ugovora o ostavi stvari, u rimskom pravu *depositum*, uz napomenu kako se ovdje analizira samo ugovor kojim se dužniku povjeravaju pokretne stvari bez ostvarivanja prava na njihovu uporabu, bitno se razlikuje od posudbe unatoč tome što su oba ugovora u klasičnom pravu besplatna, realna i nepotpuno dvostrano obvezna. (O pravnoj naravi ostave u brojnoj literaturi: Zimmermann, 1996: 205–208, Von Eberhard, 1937, Litewski, 1978, Volume 2 di Festschrift Paul Koschaker, 1939)<sup>4</sup>. Temeljna razlika jest u tome što isključivi interes od zaključenja ovog pravnog posla ima vjerovnik, deponent.<sup>5</sup> Klasično poimanje prava i obveza stranaka kod depozita temeljilo se na shvaćanju ostave kao nepotpuno dvostrano obveznog posla što je rezultiralo time da su obveze vjerovnika, deponenta različito od dužnikovih, shvaćene samo kao incidentalne (Schmidt, 1947: 78).<sup>6</sup> Što je to zaista značilo? Je li vjerovnik imao obvezu predati stvar na čuvanje prvo je pitanje koje proizlazi iz obilježja ovog pravnog posla. Ostava je u rimskom pravu realni ugovor koji je da bi bio perfektan uključivao prijenos pokretne imovine (Zimmermann, 1996: 205). Različito od toga, pružanje stvarne vlasti nije bilo povezano s prijenosom imovine ili davanjem posjeda u pravnom smislu (*possessio*), uključujući i prava koja su iz toga proizašla. Deponent je i predajom stvari ostao vlasnik, depozitar je bio detentor.<sup>7</sup>

Jedna obveza deponenta, koja između ostalog proizlazi iz sadržaja tužbenog zahtjeva *actio depositi contraria* jest obveza naknade troškova te štetenastalih depozitarutijekom čuvanja stvari. Deponent je morao depozitaru nadoknaditi svu štetu koju je potonji pretrpio na vlastitim stvarima. S tim u vezi, deponent

---

4 D. 16, 3, 1: "*Depositum est, quod custodiendum alicui datum est.*"

5 Gai, *Institutiones* III, 207.

6 S druge strane, depozitar je bio obavezan čuvati stvar te ju vratiti po završetku ugovorenog roka ili na zahtjev vjerovnika. Bio je odgovoran dolozno i kulpozno (*culpa lata*). Za slučajnu propast ili oštećenje stvari u pravilu je odgovarao vjerovnik, osim u slučaju u kojem je dužnik prešao granice ili način ugovorenog čuvanja stvari svjesno ili nepažnjom, tj. ako prilikom čuvanja stvari nije upotrijebio pažnju koju bi u istom slučaju primijenio prosječan čovjek.

7 Vidi: D.16, 3, 17, 1.

je odgovarao neovisno o tome je li štetu sam prouzročio. Kako depozitar nije ostvarivao nikakvu korist od pravnog posla nije morao ni trpjeti štetu na vlastitim stvarima (Mommsen, 1879: 69). Kao vlasnik stvari, deponent je odgovarao i za njezinu slučajnu propast ili oštećenje kao za one koji su posljedica nepažnje za koju ostavoprimalac nije odgovarao. Prema Sohmu ostavodavac je u klasičnom pravu bio odgovoran za *omnis diligentia*, sukladno pravnom standardu *culpa levis* (Sohm, 2017: 365).<sup>8</sup> (Vidi tumačenje odgovornosti ostavodavca: Dernburg, 1889: 245).

Kako je ostava ugovor zaključen redovito u interesu ostavodavca razumno je očekivati kako su svi troškovi koji su mogli nastati prilikom čuvanja stvari, neovisno o tome jesu li redovni ili izvanredni, trebali isključivo pogađati depozitara. U rijetkoj jurisprudenciji koja se bavila ovom problematikom moguće je izdvojiti dva izvora.<sup>9</sup> Modestin uočava razliku između utuživih nužnih troškova poduzetih za izlječenje bolesnog roba te onih koje nije moguće utužiti (Više vidjeti: Biondi, 1918: 120. Prema: Schwarz, 1954: 123. D'Ors, 1953: 194., Honsell, 2013: 123). Odgovornost deponenta za svaki rizik koji uslijedi tijekom čuvanja stvari zaključak je koji proizlazi iz oba izvora (Mommsen, 1879: 69).

Troškove vezane za vraćanje stvari koja je čuvana u mjestu drugačijem od mjesta predaje imao je snositi deponent.<sup>10</sup> Sadržaj fragmenta bez sumnje potvrđuje kako je odgovornost deponenta, kao što tvrdi Mommsen, ista kao odgovornost nalogodavca kod ugovora o nalogu (Mommsen, 1879: 69).<sup>11</sup> Odgovornost deponenta nije bila ograničena na slučajeve koji su se mogli smatrati njegovom krivnjom, već je odgovarao za svako oštećenje stvari koje nije prouzročeno namjerom ili krajnjom nepažnjom depositara.

Deponent je bio obvezan, ali i ovlašten zahtjevati povrat stvari dane na čuvanje u bilo kojem trenutku, neovisno o tome je li nastupio ugovoreni rok ili ne.<sup>12</sup> U romanističkoj literaturi postavlja se pitanje je li vjerovnik time prekršio granice ugovornog odnosa. U slučaju u kojem nije vratio stvar na vjerovnikov zahtjev depozitar se može osloboditi odgovornosti za prijevarno postupanje.<sup>13</sup> Primjerice, ako se stvar nalazi u drugom mjestu ili u skladištu koje nije moguće otvoriti u vrijeme vjerovnikova zahtjeva, ali u slučaju u kojem se nije ispunio uvjet pod kojim je ostava zaključena (Više o odgovornosti dužnika kao i pravu vjerovnika zahtjevati povrat stvari u bilo kojem trenutku: Litewski, 1978: 31).

8 D. 47, 2, 65, 5.

9 D. 16, 3, 23. Usporedi s: Mosaicarum Et Romanarum Legum Collatio 10, 2, 5. (= D. 16, 3, 23).

10 D. 16, 3, 12.

11 Vidi: D. 47, 2, 62, 5.

12 D. 16, 3, 1, 46.

13 D. 16, 3, 1, 22.

### **2.3. Regulacija posudbe i ostave u hrvatskim srednjovjekovnim statutima**

U nastavku istraživanja nastojat će se posredstvom raščlambe dostupnih izvora srednjovjekovnog prava, uglavnom statutarnog, utvrditi primjena posudbe i ostave na hrvatskom području. Uz uvažavanje okolnosti kako hrvatsko područje nije imalo jedinstvenu primjenu prava, područja važenja pojedinih izvora u nastavku su podijeljena na nekoliko temeljnih krugova: područje Dalmacije, istarske regije te Slavonije. Svrha detaljne interpretacije pojedinih izvora jest utvrditi u kojoj mjeri isti odstupaju od klasične regulacije odgovornosti vjerovnika koja je nesporno recipirana te postala dijelom pravnog sustava *ius commune*.

#### **2.3.1. Regulacija posudbe i ostave na području Dalmacije**

Splitski statut detaljno obrađuje brojne institute obveznog prava, pa tako i besplatne pravne poslove posudbu, darovanje te ostavnu pogodbu (ostavu). Iz odredaba obveznog prava jasno je vidljiv utjecaj pravila iz recipiranoga rimskog prava, a što nam potvrđuje i činjenica da su neki instituti gotovo identični odgovarajućim institutima Justinijanova prava (Cvitanić, 2002: 82). Posudba i ostava (ostavna pogodba) su zakonski regulirane u glavi 75 u Trećoj knjizi Statuta, pod naslovom „O posudbi i ostavi“.<sup>14</sup> Međutim, ni posudba ni ostava nisu normirane u navedenoj glavi, ali iz statutarnih odredbi proizlazi da je ostavna pogodba („*depositum*“) ugovor kojim deponent (ostavodavac) predaje depozitaru (ostavoprincu) neku stvar na besplatno čuvanje pod uvjetom da je u određenom roku u istom stanju vratiti. Ovdje se dakle, kao i kod posudbe, prenosi samo detencija stvari (Horvat, 1958: 311). A shodno tome, prema Statutu posudba je ugovor kojim komodant (posuditelj) predaje komodataru (posudovniku) neku stvar na besplatnu uporabu, pod uvjetom da je komodatar nakon isteka određenog vremena ili nakon dogovorene upotrebe vratiti.<sup>15</sup> Dakle, oba ugovora su primjer nepotpuno dvostrano obvezujućih ugovora.

Sadržajno, regulacija glave 75 Statuta odnosi se na odgovornost posuditelja/ostavodavca u slučaju propasti stvari. Naime, statutarnom odredbom je bilo propisano da depozitar/ komodatar nije odgovarao za propast i pogoršanje stvari, makar se šteta dogodila i nakon isteka ugovorenog roka povrata, ako deponent/komodant nije htio primiti natrag deponiranu/ posuđenu stvar poslije dospelosti toga roka.<sup>16</sup> Dakle, u tom slučaju teret odgovornosti za naknadu štete bio je na deponentu/komodantu prema rimskopravnom načelu, *periculum creditoris*. Navedena odredba regulacije odgovornosti posuditelja razlikuje se od regulacije posudbe u rimskom pravu, jer je u istoj izričito naglašena odgovor-

---

14 Statut grada Splita, srednjovjekovno pravo Splita, 2. Izdanje, Split, Književni krug, 1987.

15 Splitski statut, knjiga III, gl. 75.

16 Isto.

nost posuditelja za razliku od izvora rimskog prava gdje je bila samo sporedno područje interesa (Kasap, 2016: 81).

Slične odredbe, samo još konkretnije glede odgovornosti posudovnika, ali i posuditelja sadrži Zadarski statut. Tako je odredbom propisano da nijedan vjerovnik ne smije u ispravu o posudbi odnosno najmu, dodati veću kaznu nego što iznosi četvrtina vrijednosti posuđenoga, odnosno iznajmljenoga. Dakle, ukoliko je vjerovnik odredio veću kaznu, istu nije smio potraživati.<sup>17</sup> Također, regulacija ugovora o ostavi (depositum) sadržajno je bila vrlo slična odredbi Splitskog statuta o tome. Naime, odredba Zadarskog statuta sadrži pravilo da ukoliko je gospodar pologa (vjerovnik) odbio primiti polog koji mu je ponuđen u roku, a taj je polog u međuvremenu propao (u cijelosti ili djelomično), bio odgovoran za naknadu štete. I ovdje je stoga, vrijedilo pravilo o odgovornosti vjerovnika (*periculum creditoris*).<sup>18</sup> Isti stupanj odgovornosti vjerovnika vrijedio je u slučaju ukoliko polog propadne prije isteka roka određenog u ispravi.

Da je Šibenskom statutu iz 1378. služio kao uzor Zadarski statut te da je sličan i statutima drugih dalmatinskih gradova, vidljivo je i iz odredbi koje uređuju institute obveznog prava, a osobito ugovor o posudbi te ugovor o ostavi (Novak, 1976: 222). Konzekventno tomu, spram ugovora o ostavi, Šibenskim statutom bila je isto predviđena odgovornost vjerovnika za naknadu štete ako stvar propadne prije roka određenog u javnoj ispravi. S druge strane, u pogledu odgovornosti vjerovnika u slučaju kada mu depozitar vrati pohranjenu stvar prije roka, a ovaj je ne želi preuzeti, Šibenski statut nije ništa predvidio. U tom kontekstu, dužnik (depozitar) nije bio odgovaran ni za kakvu štetu.<sup>19</sup> Međutim, Šibenski statut ne regulira odgovornost posuditelja kod ugovora o posudbi, nego samo odgovornost posudovnika, a za kojeg je određeno da ne odgovara za slučajnu propast stvari na koju nije mogao utjecati.<sup>20</sup>

Različito od Splitskog i Zadarskog statuta, koji u potpunosti ili djelomično reguliraju pitanje obveza i odgovornosti posudovnika/ostavoprimca, Brački statut nije ovim ugovorima posvetio pozornost. Pohrana (ostava) se spominje u dvije glave Statuta.<sup>21</sup> Statut doduše nije ni ugovoru o posudbi posvetio posebnu pažnju.<sup>22</sup> No, premda posudba i ostava nisu bile regulirane u statutarnim odredbama, ne

---

17 Zadarski statut, knjiga II, gl. I, II, III, IV, V i VI.

18 Isto, knjiga III, gl. XI.

19 Šibenski statut, knjiga IV, gl. XXXI.

20 Isto, knjiga IV, gl. III.

21 Isto, knjiga I, gl. VIII.

22 Isto, knjiga I, gl. II.

može se zaključiti da nisu bili dio svakodnevnog pravnog prometa, već da su u promatranom razdoblju 13. i 14. stoljeća bili regulirani običajnim pravom.<sup>23</sup>

Nimalo različitu statutarnu regulaciju posudbe i ostave donosi i Hvarski statut. Isto tako, čini se da Trogirski statut nije poznavao institut ostave (depozita) rimskog prava, ali ni institut posudbe.<sup>24</sup>

U odnosu na ostale spomenute statute dalmatinskih komuna, Paški statut je posvetio ugovoru o posudbi najopsežniju zakonsku regulativu te kao i neki prethodno spomenuti statuti regulira posudbu u kontekstu posuđivanja konja, drugih životinja ili stvari.<sup>25</sup> Shodno tome, Paški statut sadrži preciznu regulaciju odgovornosti posudovnika (dužnika) s jasno utvrđenim kriterijima potrebne pozornosti i odgovornosti za štetu. Spomenuta je odredba identična odredbi Šibenskog statuta, odnosno može se utvrditi da je ista prenesena (Cvitanić, 1965: 140–143). Ali, za razliku od Šibenskog statuta, Paški statut ne sadrži odredbe o odgovornosti posuditelja.

Statut poznaje i ugovor o čuvanju (ostavi), odnosno predaju trećoj osobi na čuvanje pojedinih grla stoke pastira koji je udružio rad s vlasnikom stvari.<sup>26</sup> Svrha navedenog ugovora je bila čuvanje preuzetih grla do određenog vremena. Drugi oblik ovog ugovora bilo je čuvanje ovaca na zemljištu vlasnika ovaca, tj. u njegovu toru.<sup>27</sup> U nastavku iste knjige, glava LXIV regulira odgovornost čuvara (ostavoprimca) koji je ima obvezu „dobro i brižno“ čuvati ovce te je u slučaju propusta takve dužne pažnje bio odgovoran za svako izgubljeno grlo, osim ako neka od životinja ugine.<sup>28</sup> Iako su obje vrste ugovora primjenjivale i tijekom 20. stoljeća, Statut ni ovdje ne govori ništa o odgovornosti vlasnika ovaca (odnosno vjerovnika).

Za razliku od splitskog pravnog područja, dubrovačko pravno područje<sup>29</sup> vrlo površno razrađuje brojne obveznopravne odnose ili uopće ne navodi brojne op-

---

23 Bračko pravo je poznavalo i one pravne poslove za koje bi Rimljani kazali da stvaraju obvezu tek „re“, tj. tek predajom stvari. Od takvih ugovora nalazimo zajam, posudbu, pohranu, zalag i mijenu. Vidjeti više: Brački statut, str. 99–100.

24 Statut grada Trogira, str. 325.

25 Isto, knjiga IV, gl. II.

26 Statut Paške općine, knjiga IV, gl. 63.

27 Isto, knjiga IV, gl. 58–59.

28 Isto, gl. 64.

29 Otoci Lastovo i Mljet imali su neki posebni iznimni pravni status u okviru srednjovjekovne Dubrovačke Komune, kasnije Republike. Ti su otoci, za razliku od ostalog dubrovačkog područja, uživali posebnu samoupravu. S obzirom na to, i Mljetski i Lastovski statut imali su uzor u Statutu grada Dubrovnika, ali u usporedbi s njime, ti su statuti samo njegova „blijeda slika“ u pogledu sadržaja, a osobito u pogledu sustavnosti. Vidi više: Mljetski statut,

ćepoznate ugovore (primjerice, zajam, kupoprodaja i posudba) (Kasap, 2016: 78). Međutim, iako nisu bili predviđeni Statutom, to ne znači da se navedeni instituti obveznog prava nisu primjenjivali, već da su najverovatnije bili dio običajnog prava. Što se tiče reguliranja instituta posudbe u Dubrovačkom statutu i dubrovačkom pravu, prema mišljenju Kasap, za posudbu se pogrešno upotrebljavao izraz latinski *mutuum* ili talijanski *prestutum* koji je u prijevodu označavao zajam (Kasap, 2016: 79)<sup>30</sup>, a što je vidljivo iz podataka u arhivskim knjigama (Cvejić, 1957: 230–231). Naime, očigledno je iz navedenih ugovora da se radi o ugovoru o posudbi jer su se na besplatnu upotrebu predavale nepotrošne stvari, a koje su se nakon proteka određenog vremena morale vratiti posuditelju. No, ono što je teško utvrditi iz dostupnog arhivskog gradiva jest o odgovornosti posudovnika. O odgovornosti posudovnika može se posredno zaključiti iz mješovitog ugovora, tj. ugovora o ostavi i ugovora o posudbi (Cvejić, 1957: 232), prema kojem je ostavoprimalac (depozitar) odgovarao za *culpa levis in concreto*, a posudovnik za svu moguću štetu, bez obzira na stupanj krivnje. Usljed toga, moglo bi se zaključiti i o stupnju odgovornosti posuditelja/deponenta, a koji bi bio odgovoran za svaku štetu. Doduše, kako je ovdje riječ o primjeru samo jednog ugovora, teško se mogu donositi konkretniji zaključci o odgovornosti posudovnika, ali i posuditelja.

Različito od regulacije posudbe, institut ostave se ipak spominje u dvije odredbe Statuta.<sup>31</sup> Ali, Statut ne predviđa samostalnu regulaciju instituta ostave (*depositum*), niti navedene odredbe sadrže elemente prema kojima je ovaj ugovor prepoznatljiv. No unatoč tome, u dubrovačkom arhivu dostupni su nam mnogi ugovori o ostavi, primjeri tužba zbog neizvršavanja obveza iz ovog ugovora te presuda, što govori u prilog činjenici da se navedeni obveznopravni institut ostave primjenjivao u svakodnevnom pravnom prometu (Cvejić, 1957: 239). Iz sadržaja arhivskih spisa proizlazi da je deponent (ostavodavac), kao i u rimskom pravu, bio dužan nadoknaditi troškove oko čuvanja stvari koje je imao depozitar (ostavoprimalac). S druge strane, iz dostupnih izvora ne može se jasno zaključiti o stupnju odgovornosti ostavoprimalca (depozitara), ali nam dva dostupna dokumenta (Cvejić, 1957: 240) sugeriraju da je stupanj odgovornosti depozitara bio veći nego u rimskom pravu gdje je depozitar odgovarao samo za *culpa lata*. Posljedično, prema odredbama Statuta, depozitar je bez odlaganja morao odgovoriti na tužbu, a što ukazuje i na fiducijarni karakter ovog ugovora.<sup>32</sup>

Književni krug Split, Split-Dubrovnik, 2002, str. 5, 33; Lastovski statut, Književni krug Split, Split, 1994, str. 183.

30 Također, u tom smislu vidjeti četiri odredbe druge knjige (11–13, 20, 25, 27, 28) te odredbe prve knjige (XXX), druge knjige (XIII) i pete knjige (XXII), u: Statut grada Dubrovnika.

31 U tom smislu vidjeti odredbe Statuta grada Dubrovnika: knjiga 3, XVIII; knjiga 5, XXXV; knjiga 8, XCIII.

32 Statut grada Dubrovnika, knjiga 3, XVIII.

O određenom dubrovačkom utjecaju, možemo govoriti i kad je riječ o Korčulanskom statutu, našem najstarijem pravnom zborniku iz 1265.<sup>33</sup> O uređenju instituta posudbe u Korčulanskom statutu ne možemo pronaći ništa, ali ni o drugim obveznopravnim ugovorima.<sup>34</sup>

### 2.3.2. Regulacija posudbe i ostave na području Kvarnera

U statutarnom uređenju obveznopravnih odnosa na području Kvarnera može se primjetiti očigledan utjecaj odredbi rimskoga prava. U Krčkom statutu predmet posuđivanja su bile životinje te su primijenjivana rimska pravila o odgovornosti posudovnika. Krčki statut regulira pravne ustanove obveznog prava, posudbu i zajam u zajedničkoj glavi pod naslovom *De mutuo vel commodato*.<sup>35</sup> Tako, unutar odredbe o definiranju bitnih značajki posudbe (*commodatum*), Statut razmatra i pitanje odgovornosti posudovnika, a prema kojoj je on odgovoran za propast ili oštećenje konja ili drugih životinja u slučaju kada bi iste bile upotrijebljene za putovanja u ona mjesta koja nisu bila predviđena ugovorom o posudbi. Posudovnik je bio odgovoran za posuđenu stvar, i u slučaju kada nije upotrijebio onu pažnju koju bi upotrijebio da se radi o vlastitim stvarima. Ali, nije bio odgovoran za slučaj, nego samo za nepažnju (*culpa*).<sup>36</sup> Znači, posuditelj je bio odgovoran za štetu na stvari do koje je došlo ako je stvar slučajno propala (Margetić, 1997: 136–137).<sup>37</sup>

U Krčkom statutu nalazimo i posebne odredbe o ostavi (*depositum*).<sup>38</sup> Navedeni je ugovor opširno razrađen pa tako razlikujemo nekoliko tipova depozita, i to: deponiranje sporne stvari kod nekoga; deponiranje stvari i alata potrebnih za proizvodnju i trgovanje te „pravi depozit“.<sup>39</sup> U slučaju deponiranja sporne stvari kod nekoga, depozitar je bio odgovoran samo za krivnju, ako je stvar propala kod njega. Tada je depozitar morao dati zakletvu da nije kriv za nestanak stvari, te je bio oslobođen odgovornosti. Nadalje, kod „pravog depozita“, Statut je razradio odgovornost za propast deponirane stvari, ovisno o tome je li stvar vraćena u ugovorenom roku utvrđenom u ispravi ili nije. Ovdje je bila predviđena odgovornost za krivnju, a ne i za slučaj. U skladu s tim, ako je depozitar vratio stvar

---

33 Korčulanski statut – Statut grada i otoka Korčule, str. VIII.

34 Isto, Reformacija korčulanske komune, gl. CLXIX., str. 145.

35 Krčki statut (lat.), knjiga I, 43, stav 5.

36 Prema D. 13, 6, 23, Pomponije kaže da će posudovnik odgovarati za oštećenje konja ako mu se može pripisati neka krivnja (*culpa*).

37 U Krčkom statutu na još jednom mjestu možemo pronaći identičnu odredbu o posudbi konja ili druge životinje.

38 Krčki statut (lat.), knjiga I, 3, stav 2.

39 Isto, knjiga I, 38–39.

u roku, tada će odgovornost za slučajnu propast stvari pasti na deponenta. I u ovom slučaju, depozitar mora položiti zakletvu analognu onoj koju smo naznačili kod deponiranja sporne stvari.<sup>40</sup> Međutim, Statut daje mogućnost ugovornim strankama i za drugačije ugovaranje, odnosno dozvoljeno je ugovaranje depozitareve odgovornosti i za slučaj.<sup>41</sup>

Uređenju ugovora o posudbi u Rapskom statutu, za razliku od uređenja u statutima komuna južne Dalmacije, posvećena je zamjetna pozornost.<sup>42</sup> Iako Statut predviđa zajedničku regulaciju posudbe, zaloga i otuđenja pokretnine te je navedena odredba sadržajno razmjerno kratka, upućuje na neke posljedice u slučaju posuđivanja tuđih pokretnih stvari, a koje nisu predviđene statutarnim odredbama spomenutih komuna (Kasap, 2016: 86). No, kao i više drugih dalmatinskih statuta u vezi s odgovornosti posuditelja (vjerovnika), Rapski statut također ne donosi odredbe o tome. Rapski statut izravno ne govori ništa o ugovoru o ostavi (pohrana, čuvanje), već jedva spominje odgovornost dužnika u kontekstu da ako se netko obvezao nekom za dug ili je primio nešto na čuvanje ili na povjerenje te isto ne može vratiti ili zlonamjerno izgubi stvar koju je dobio na čuvanje i ne može ju vratiti, tada se morao osobno predati vjerovniku (osobni залог).<sup>43</sup>

Statutarna regulacija instituta posudbe i ostave, također nije bila predviđena u regulaciji Vinodolskog zakonika, Zakona grada Kastva od Letta 1400. te Veprinačkog zakona.

### *2.3.3. Regulacija posudbe i ostave na području istarske pravne regije*

Istarsko pravno područje posjeduje neke karakteristike koje ga značajno razlikuju od ostalih pravnih područja. To naglašava i Margetić (Margetić, 1987: 1) prema kojem srednjovjekovno istarsko obvezno pravo uključuje utjecaje rimskog, bizantskog, slavenskog i germanskog prava. Ali, kada govorimo o regulaciji instituta posudbe i ostave u statutima istarskih gradova, nezahvalno je bilo što od spomenutoga konstatirati. Drugim riječima, raščlambom nekih statuta istarskih gradova razvidno je da su kompilatori statuta uzimali iz teorije i prakse samo one slučajeve koje su smatrali osobito važnima te da generalno javne vlasti nisu utjecale na definiranje obveznih odnosa i određivanje pojedinih ugovora. Premda je izostala njihova statutarna regulacija, to ne znači da se navedeni i još neki ugovori nisu primjenjivali u praksi (Kasap, 2016: 87).<sup>44</sup>

---

40 Isto, knjiga I, 39, stav 2.

41 Isto, knjiga I, 39, stav 3.

42 Statut rapske komune, knj. III, gl. IX.

43 Statut Rapske komune, knj. III, gl. XI.

44 Gotovo isti pristup reguliranju obveznopравnih odnosa možemo zamijetiti u statutarnoj regulaciji odredaba grada Venecije između 14. i 16. stoljeća.



Usporedbe radi, iako se u Pulskom statutu posudba (*commodatum*) spominje u četiri odredbe<sup>45</sup>, navedeni latinski izraz nema nikave veze s rimskopravnim shvaćanjem instituta posudbe. I u pogledu ostave (*depositum*), vrijedi sve ovo što je izrečeno za posudbu.<sup>46</sup>

#### 2.3.4. Regulacija posudbe i ostave na području srednjovjekovne Slavonije

Proučavanje srednjovjekovnog obveznog prava na području Slavonije dosad nije bilo predmetom pornije obrade u relevantnoj pravno-povijesnoj literaturi, a najvjerovatnije iz toga razloga što je ono bilo pod jakim utjecajem ugarskog prava. Tako Lanović uopće ne spominje slavonsko pravo, a mnogi mađarski autori čak i smatraju slavonsko pravo sastavnim dijelom ugarskog prava (Lanović, 1929: 272–299). S obzirom na to, kao izvori slavonskog prava uz Tripartit i zakone hrvatsko-ugarskih kraljeva, uzimaju se u obzir i odredbe tzv. Slavenskog statuta iz 1273, Iločkog statuta iz 1525, te odredbe gradskih vlasti zagrebačkog Gradeca (Margetić, 1992: 25).

Na temelju Verbecijeva Tripartita iz 1514. godine, ali i tzv. Iločkog statuta, za-pravo Iločke pravne knjige, pristupit će se raščlambi instituta posudbe i ostave u daljem tekstu, budući da navedeni izvori sadrže važne podatke o slavonskom obveznom pravu. Isto tako, da bi se moglo utvrditi pravno relevantna obilježja navedenih obveznopravnih instituta, te kao značajno pravno vrelo za tumačenje onih pravnih instituta koji nisu uređeni u odredbama Tripartita, uzet će se u obzir i odredbe djela *Institutiones iuris Hungarici*, autora Imre Kelemena iz 1818. godine.

Prema par. 294. djela *Institutiones iuris Hungarici*, posudba je definirana kao imenovani, realni ugovor u kojem se posudovniku besplatno predaju stvari na uporabu i na određeno vrijeme, pod uvjetom da ih posudovnik vrati u istom stanju (Kelemen, 1818: 565). Stoga, on je morao snositi troškove redovite uporabe stvari, dok je izvanredne troškove snosio posuditelj. Što se tiče odgovornosti posudovnika, isti je bio odgovaran za najviši stupanj krivnje (*culpa levissima*), dok je posuditelj odgovarao samo za *dolus i culpa lata*.<sup>47</sup>

Ostava (*depositum*) je definirana kao imenovani, realni ugovor kojim se predaju jednoj stranci (depozitaru) na besplatno čuvanje pokretne stvari, a koje je de-

---

45 Pulski statut, knjiga 3, glava 42 i 50, knjiga 4, glava 9 i 30.

46 Isto, knjiga 1, gl. 20.

47 Odgovornost posudovnika i posuditelja određena je u glavi XXIX, §. 294, 5. β – γ : *Omni diligentia Commodatarius cavere debet, me res pereat, aut deterior fat, ideo; Damnum etiam levissima culpa sua datum in regula refundit; Commodans vero do lum tantum et latam culpam praestat.*

pozitar obvezan vratiti na deponentov zahtjev i u istom stanju (*in specie*).<sup>48</sup> Tako je depozitar prema utilitetnom načelu bio odgovoran samo za *dolus i culpa lata*, a deponent za svaku krivnju (*ad levissimam*) (Kelemen, 1818: 569). Nasuprot tomu, Tripartit je sadržavao odredbu o regulaciji ostavne pogodbe (*de deposito*), a kada je riječ o odgovornosti depozitara, isti je snosio odgovornost u slučaju da nije htio vratiti povjerenu mu stvar, te bi mu bila određena kazna zbog nasilja.<sup>49</sup> Između ostalog, u težim je slučajevima mogao biti proglašen i nečasnim te osuđen na plaćanje iznosa u visini dvostruke vrijednosti stvari.<sup>50</sup> U pravilu je depozitar preuzimao stvar na besplatno čuvanje, ali ukoliko je stvar bila dana u pohranu sudu ili nekom drugom vjerodostojnom mjestu, onda je deponent bio dužan platiti dvadesetinu u ime čuvarine.<sup>51</sup>

Osim navedenih pravnih vrela, za upoznavanje slavonskog obveznog prava u njegovoj primjeni, te zbog nepostojanja drugih kodifikacija običajnog prava, korisno je uzeti u obzir i odredbe Iločkog statuta iz 1525. I ovdje se može reći da je ugarsko pravo imalo snažan utjecaj na oblikovanje odredbi Statuta, a što i proizlazi iz knjige II, glave 1, u kojoj se navodi kako su odredbe o građanskim pravima i običajima osam gradova, i to: Buda, Pešta, Kašova, Bartfa, Trnava, Požun, Eperjš i Šopronj; poslužile kao izvor za normiranje odredbi Statuta koje se odnose na nasljeđivanje, proljevanje krvi, oporuke i dugove.<sup>52</sup>

U Iločkom statutu ne nalazimo izravnu regulaciju instituta posudbe, već isti sadrži odredbe kojima je ovaj institut neizravno reguliran.<sup>53</sup> Međutim, niti jednu formulaciju ne možemo naći o odgovornosti posuditelja. Sukladno, Statut ne donosi ni posebne odredbe o depozitu (ostavi), ali kao što ni inače ne daje posebne definicije o pojedinim ugovorima. Međutim, u tekstu Statuta mogu se pronaći odredbe na temelju kojih se rješavaju obvezni odnosi nastali protupravnim djelovanjem stranke. Navedeno se vidi iz sadržaja sljedećih odredbi: kada su novac i nekretnine dane na čuvanje je dio tih stvari depozitar vratio, a preostale zanijekao, tada je deponent mogao označiti količinu stvari koje je dao na čuvanje<sup>54</sup>; nadalje, ako su nekretnine dane na čuvanje nekomu bez dokaza, dokaz je bio

---

48 Ostava (*depositum*) je definirana u glavi XXX, §. 295 na sljedeći način: *Contractus nominatus, beneficis, realis, quo res mobilis gratis custodienda ab uno datur, et ab alio suscipitur, ea lege, ut quandocunque rite repetenti eadem in specie, et statu quo, restituatur*. Kelemen, I., *Institutiones iuris Hungarici privati*, Budae, 1818, str. 568.

49 1638:28; 1647: 106, 107, v.: Lanović, M., *Privatno pravo Tripartita*, Zagreb, 1929, str. 280. 50 1622:16.

51 1609:74; 1638: 31, v.: Lanović, M., *Privatno pravo Tripartita*, Zagreb, 1929, str. 280.

52 Statut grada Iloka, str. 51–52.

53 Statut grada Iloka, knjiga V, glava 26, str. 105–106.

54 Isto, knjiga V, glava 20.

zakletva tuženoga;<sup>55</sup> te, ako je stranka uložila protest na odluku suca, sudac je stvar prepuštao arbitrima, a njihove se odluke morao držati i sudac i stranka.<sup>56</sup>

### **3. Regulacija odgovornosti posuditelja i ostavodavca u Zakonu o obveznim odnosima**

Kako kontinentalnoeuropski obveznopravni poretki običavaju odgovornost posuditelja značajno ublažiti, te ga podvrgavaju privilegiranim pravilima odgovornosti zbog besplatnosti i hrvatski je zakonodavac uredio odgovornost posuditelja prema istim načelima. Odstupivši od kazuističke interpretacije odgovornosti vjerovnika ranije analizirane posredstvom srednjovjekovnih izvora, hrvatski je zakonodavac uredio oba instituta po uzoru na austrijski i njemački građanski zakonik. Time su temeljna načela odgovornosti posuditelja i ostavodavca dobila prepoznatljiv i stalan oblik više po uzoru na regulaciju odgovornosti vidljivu u sustavu *ius commune* nego u hrvatskom srednjovjekovnom pravu.

Kako je posudba u hrvatskom pravu konsenzualan ugovor, predaja stvari na uporabu primarna je obveza posuditelja (Perović, 1986: 692).<sup>57</sup> Nadalje, posuditeljeva odgovornost u ZOO-u koncipirana je u okviru zabrane prešućivanja materijalnih i pravnih nedostataka posuđene stvari (Gorenc et al., 2014:868). Nastane li šteta posudovniku koja je uzrokovana prešućivanjem nedostataka posuđene stvari, te posudovnik time bude onemogućen upotrebljavati stvar tijekom razdoblja posudbe, posuditelj će biti obvezan nadoknaditi tako nastalu štetu. No, naknada štete neće teretiti posuditelja u svakom slučaju, već onda kada je namjerno ili s tim izjednačeno krajnje nepažljivo prešutio nedostake stvari (Perović, 1986: 704). Tome ide u prilog odredba sadržana u čl. 516, st. 2 koji određuje da posudovnik neće imati pravo na naknadu štete ako je zbog nedovoljnog stupnja pažnje propustio uočiti nedostatak stvari. Prema općim pravilima obveznog prava zakašnjenje s primitkom posuđene stvari bez za to opravdanog razloga također bi bila okolnost koja se može pripisati posuditeljevom zlonamjernom ponašanju. U navedenom slučaju je posuditelj obvezan nadoknaditi štetu i troškove koji su zakašnjenjem prouzročeni posudovniku.<sup>58</sup> Standard odgovornosti posuditelja nije definiran zakonskim odredbama, no jasno kako je posuditelj kao vlasnik stvari odgovoran za njezinu propast ili

---

55 Isto, glava 21.

56 Isto, glava 22.

57 Zakon o obveznim odnosima (dalje u tekstu ZOO), pročišćeni tekst zakona, NN 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18. Posudba je definirana od čl. 509–518. ZOO-a.

58 Posuditelj je odgovoran za naknadu izvanrednih troškova učinjenih za stvar tijekom tajanja posudbe. Vidi iz sudske prakse: Vrhovni sud, Rev 880/90 od 30.08.1990. i Vrhovni sud Rev 392/90 od 12.06. 1990.

oštećenje koje nije uzrokovano krivnjom posudovnika. Standard pažnje kojeg je posudovnik obvezan primijenjivati prilikom uporabe posuđene stvari proizlazi iz općih odredaba obveznog prava. Stupanj pažnje koji se očekuje od posudovnika u hrvatskom pravu izjednačen je s pažnjom dobrog domaćina čime je hrvatski zakonodavac posudovnika učinio odgovornim prema poznatom standardu *culpa levis*. (Klarić, Vedriš, 2006: 599).

Ugovor o ostavi definiran je u čl. 725 Zakona o obveznim odnosima kao ugovor kojim se ostavoprimac obvezuje primiti stvar od ostavodavca, čuvati ju i vratiti kada to ovaj bude zahtijevao.<sup>59</sup> Različito od rimskih rješenja, gdje je ostava bila shvaćena kao realan ugovor, u modernom pravu ostava je konsenzualan ugovor (Perović, 1986: 746–747, Gorenc, 1998: 920, Crnić, 2016: 1187, Crnić, 2018: 1187). Drugačijom kvalifikacijom ugovora zakonodavac obvezuje ostavodavca na predaju stvari, a čin predaje nije više uvjet za perfekciju pravnog posla, već zasebna obveza ostavodavca (Crnić, 2018: 1190). Ovaj ugovor je neformalan i imenovan (Crnić, 2016: 1187). Prava ostavoprimca, kao i tome korespondirajuće obveze ostavodavca definirane su u čl. 732 ZOO-a. Sukladno zakonskom uređenju, ostavoprimac ima pravo zahtijevati od ostavodavca naknadu troškova opravdano učinjenih radi očuvanja stvari, te naknadu štete koju je imao zbog ostave. Zanimljivo je primijetiti kako zakonodavac u zakonskom uređenju nije predvidio obveze ostavodavca, kao što je to slučaj kod drugih ugovora, već prava ostavoprimca čime se jasno primjećuje obrazac vidljiv još u rimskim izvorima gdje su se obveze ostavodavca morale tumačiti posredstvom prava koja je ostavoprimac mogao procesno utužiti. Obrazloženje pristupa jest okolnost da je ostava u modernom pravu dvostranoobvezni ugovor pri kojem su obveze ostavodavca manjeg obujma i važnosti od ostavoprimčevih. Obveze ostavodavca slijede načela ranije formulirana još u rimskim izvorima. Ostavodavac je ovlašten zahtijevati naknadu troškova ili štete nastale ako mu ostavoprimac po zahtjevu nije vratio stvar.<sup>60</sup> Isto tako ostavoprimac je ovlašten zahtijevati naknadu troškova učinjenih za stvar kao i naknadu štete na vlastitim stvarima koje je pretrpio tijekom trajanja ostave (Crnić, 2016: 1192, Crnić, 2018: 1192, Gorenc, 1998: 922, Gorenc et al., 2014: 1126). Pod troškovima se redovito misli na opravdane troškove koje je ostavoprimac učinio kako bi održao stvar u uporabnom stanju, te one koje je imao prilikom vraćanja stvari (Crnić, 2016: 1192, Crnić, 2018: 1192, Gorenc, 1998: 922, Gorenc et al., 2014: 1126). U pogledu standarda odgovornosti

59 Premda zakon poznaje različite vrste ostave, u nastavku ovog istraživanja naglasak je na besplatnoj ostavi pokretnih stvari.

60 Vidi čl. 731, st. 1 ZOO-a. Ostavodavac ima pravo zahtijevati vraćanje stvari kada on to želi, osim ako rok vraćanja nije posebno ugovoren u interesu ostavodavca. O modalitetima vraćanja stvari idjeti neki od slučajeva u praksi Vrhovnog suda RH: VS Rev-929/03 od 30.03.2015, VS Revt-119/04 od 19.01.2005. O pravu na naknadu štete ostavodavca Visoki trgovački sud, Pž-3205/96 od 15.04.1998. Zbirka 5/44.

zakonodavac nije precizirao položaj ostavodavca, no posredno se, temeljem raščlambe ostavoprimčeva položaja može zaključiti kako je ostavodavac kao vlasnik stvari obvezan snositi sve troškove njezina oštećenja ili propadanja koje ne terete ostavoprimca.<sup>61</sup>Ostavodavac kao vlasnik stvari odgovoran je za slučajno oštećenje ili propast stvari (Crnić, 2016:1190).<sup>62</sup>Ostavoprimac je dužan čuvati povjerenu mu stvar kao svoju vlastitu (st. 1, čl. 727 ZOO) (Klarić, Vedriš, 2006: 599). Za štetu će odgovarati ako stvar nije čuvao barem onako kako bi čuvao svoju vlastitu.<sup>63</sup>Takva nepažnja naziva se *culpa levis in concreto*.

#### 4. Zaključne napomene

Konstrukcija odgovornosti ugovornih stranaka kod besplatnih ugovora o kojima je riječ u rimskoj kazuistici uspostavlja privilegiranu odgovornostugovorne strane koja od pravnog posla nije ostvarivala korist. Posuditelj je posredstvom načela utiliteta u klasičnom pravu bio odgovoran samo za namjerno prouzročenu štetu. Isti standard odgovornosti posuditelja vrijedio je i u ostalim razdobljima rimskog prava. Ostavodavac je nasuprot posudovniku ona ugovorna strana koja je od pravnog posla ostvarivala gotovo isključivu korist, pa je shodno tome odgovarao u svim slučajevima u kojima se nije mogla utvrditi odgovornost ostavoprimca, koja je ograničenastandardima *dolus* i *culpa lata*. Odgovornost vjerovnika kod besplatnih ugovora u srednjovjekovnom hrvatskom statutarnom pravu temeljena je na justinijanskim odredbama, što je posebice vidljivo u statutima dalmatinskih komuna. Interpretacijom kazuističkih odredaba stautarnog prava može se konstatirati kako je odgovornost posuditelja bila ograničena na slučajeve doloznog i time izjednačenog kulpoznog postupanja, dok je ostavodavac odgovarao u svim slučajevima oštećenja ili propasti stvari koje nisu prouzročene ostavoprimčevom namjerom ili krajnjom nepažnjom. Statutarnim pravom normirana je i odgovornost za slučajnu propast stvari koja je teretila posuditelja ili deponenta (*periculum creditoris*) u svim slučajevima izostanka dužnikove odgovornosti. Premda Zakon o obveznim odnosima nije posebno

---

61 Ostavoprimac je primjenom čl. 714 ZOO-a dužan stvari čuvati kao svoje vlastite, inače odgovara za štetu, pa čak i za slučajnu propast ili slučajno oštećenje. Nadalje, obvezan je obavijestiti ostavodavca o svim opasnostima koje prijete oštećenju stvari. Budući su stvari primljene na čuvanje (besplatna ostava) uništene od strane trećih osoba koje je angažirao tuženik, postupanje trećih osoba ne oslobađa tuženika odgovornosti za naknadu štete primjenom čl. 154, st. 1 i 155 ZOO-a. Iz sudske prakse vidjeti: Visoki trgovački sud, Pž-3205/96 od 15.04. 1998. Zbirka 5/44.

62 Iz sudske prakse vidjeti: Vrhovni sud, Rev 20/08 od 02.07.2008. Odgovornosti ostavoprimca za slučajnu propast stvari nastupit će u slučaju u kojem je ostavoprimac predao stvar na čuvanje trećoj osobi bez da je ostavodavca obavijestio o tome, a stvar je u međuvremenu propala. Vrhovni sud, Rev 268/91 od 05.09.1991.

63 Vidi čl. 727, st. 1 ZOO-a.

pripisaostandard pažnje kojeg je posuditelj ili ostavodavac obvezan primijenjivati prilikom trajanja ugovora, on proizlazi iz općih odredaba obveznog prava. Vjerovnik je u slučaju posudbe i ostave obvezansnositi sve troškove njezina oštećenja ili propadanja koje ne terete dužnika kao i opravdane troškove koji prelaze odgovornost dužnika opisanu standardom *culpa levis*. Temeljem provedenog istraživanja može se konstatirati da je rimski model koji je definirao odgovornost posudovnika i ostavodavca jedan od najvažnijih temelja na kojem je izrađena obveznopravna regulacija dvaju modernih ugovora unatoč okolnosti što je kvalifikacija ugovornih odnosa drugačija. Kako su se sastavljači modernih kodifikacija koje su poslužile kao uzor hrvatskom zakonodavcu u regulaciji obveznopravnih odnosa oslanjali na rješenja *ius commune*, rimski privatnopravni institut *commodatum*, te *depositum* polazne su točke za regulacijski okvir dvaju modernih instituta, a i time i polazne točke za tumačenje obveza i odgovornosti vjerovnika tih besplatnih ugovora.

### Literatura/References

Biondi, B. (1918). *Iudicia bonae fidei*, in *Annali del Seminario giuridico della Università di Palermo*, Band VII.

Birks, P. (2014). *The Roman Law of Obligation*, Oxford University Press, Oxford.

Böcken, P., (1776). *Commentarius in jus canonicum universum, ve in quinque libros ac titulos Decretalium Gregorii IX Pontif. Max. et concordantes alios tam ejusdem juris canonici quam civilis*, in *tres tomos distributus*, Opseg 2, Paris, C. Doré.

Brački statut, (2006). *Bračko srednjovjekovno pravo*; priredio i preveo Antun Cvitanić, Književni krug, Split.

Crnić, I (2018). *Zakon o obveznim odnosima: s izmjenama iz 2018. i dodatnom sudskom praksom: opsežna sudska praksa, napomene i komentari, detaljno abecedno kazalo pojmova*, 7. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Organizator, Zagreb,

Crnić, I. (2016.) *Zakon o obveznim odnosima: opsežna sudska praksa, napomene i komentari, detaljno abecedno kazalo pojmova*, 6. izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Organizator, Zagreb,

Cvejić, J. (1957). *Obligacioni ugovori u dubrovačkom pravu od 13. do sredine 14. veka*. Beograd: Pravni fakultet.

Cvitanić, A. (1965). Represalije u dalmatinskom statutarnom pravu. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*. 3.

Cvitanić, A. (2002). *Iz dalmatinske pravne povijesti*. Split: Književni krug.

D'Ors, Alvaro, *Observationes sobre el „edictum de rebus creditis“*, SDHI 19, 1953, p. 194.

Evans-Jones, R. (1987). The Measure of Damages in the Actio Depositum in Factum, 55 *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 267.

Evans-Jones, Robin, (1984). *Problems concerning the early history of depositum and the penal actio depositum in factum*, Diss. University of Edinburgh.

Gorenc, V. (1998) *Zakon o obveznim odnosima s komentarom*, RRif, Zagreb.

Gorenc, V., Belanić, L., Momčinović, H., Perkušić, A., Pešutić, A., Slakoper, V., Vukelić,

M., Vukmir; B. (2014). *Komentar Zakona o obveznim odnosima*, Narodne Novine, Zagreb.

Honsel, H. (2013). *Römisches Rech*, 5. Auflage, Springer Verlag, Zurich.

Horvat, M. (1958). *Rimsko pravo*. Zagreb: Školska knjiga.

*Hvarski statut*, (1991). priredio i preveo Antun Cvitanić, Književni krug, Split.

Kasap, J. (2016). Pravna regulacija instituta posudbe u srednjovjekovnom hrvatskom statutarnom pravu. *Pravni vjesnik*. God. 32, br. 1.

Kaser, Max. (1955). *Das römische Privatrecht: Erster Abschnitt. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht.*, München, No. 2. Ch Beck,

Kelemen, I. (1818). *Institutiones iuris hungarici privati*, Budae: Regiae Scientiarum Univer. Hungaricae.

Klarić, P., Vedriš, M. (2006.) *Građansko pravo, Opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo*, Narodne Novine, Zagreb.

*Knjiga statuta, zakona i reformacija grada Šibenika: s popisom poglavlja* (1982). urednik: Slavko Grubišić, Muzej grada Šibenika, Šibenik.

*Korčulanski statut – Statut grada i otoka Korčule*, (1987). priredio i preveo Antun Cvitanić, Zagreb-Korčula.

*Krčki statut*, (1945). uredili: A. Lusardo – E. Besta, Statuta Veglae, Milano.

Kritz, P. L. (1835). *Das Pandectenrecht aus den Rechtsbüchern Justinians / Dargest. u. mit vergl. Hinweisen auf d. Franz., Österr. u. Preuss. Recht begleitet von Paul Ludolph Kritz.*, Meissen.

Kübler, B. (1910). *Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im klassischen römischen Recht*, in Festgabe Gierke, II, Weimar.

Kuzmić, B., (2007). *Veprinački zakon 1507–2007*, Veprinac.

Lanović, M. (1929). *Privatno pravo Tripartita*, Zagreb: Tipografija d.d.

*Lastovski statut*, (1994). Književni krug Split, Split.

Levy, E. (1956). *Weströmisches Vulgarrecht. Das Obligationenrecht.*, Weimar, Böhlau.

*Liber statutorum civitatis Ragusii compositus anno 1272*, (2004). uredili: V. Bogišić – C. Jireček, *Monumenta historico-juridica Slavorum meridionalium*, vol. 9, Zagreb, 1904.

Litewski, W. (1978) *Studien Zur Verwahrung Im Römischen Recht*, 1. Wyd. ed. Kraków [u.a.].

Margetić, L. (1987). Osnove istarskog srednjovjekovnog obveznog prava. U Eugen Pusić (Ur.), *Rad Jugoslavenske akademije znanosti i umjetnosti. Razred za društvene znanosti* (str. 1–64). Zagreb: Jugoslavenska akademija znanosti i umjetnosti.

Margetić, L. (1992). Osnove obveznog prava na području srednjovjekovne Slavonije. Eugen Pusić (Ur.), *Rad Jugoslavenske akademije znanosti i umjetnosti. Razred za društvene znanosti* (str. 25–68). Zagreb: Jugoslavenska akademija znanosti i umjetnosti.

Margetić, L. (1997). *Srednjovjekovno hrvatsko pravo. Obvezno pravo*. Zagreb–Rijeka: Jugoslavenska akademija znanosti i umjetnosti.

Margetić, L., (1998). *Vindolski zakon*, Rijeka, Adamić d.o.o.

Margetić, L., Strčić, P., (2004). *Statut rapske komune iz 14. stoljeća = [Statut communis Arbae]*, Rab-Rijeka, Adamić d.o.o.

*Mljetski statut*, (2002). Književni krug Split, Split-Dubrovnik.

Mommsen, F. (1879). *Ueber die Haftung der Contrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen*, Braunschweig

Nörr, D. (1956). *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht*, ZSS 73.

Novak, G. (1976). Šibenik u razdoblju mletačke vladavine 1412–1797. godine. U Slavo Grubišić (ur.), „Šibenik“, *Spomen zbornik o 900.obljetnici* (str. 135–288). Šibenik: Muzej grada Šibenika.

Perović, S. (1986). *Obligaciono pravo*, Knjiga 1, Beograd.

*Pulski statut = Statuta Polae*, (2000). glavni i odgovorni urednik Davor Mandić, Pula, Povijesni muzej Istre.

Santarelli, U. (1972). *Commodo utentis datum. Ricerche sul contratto di comodato nella dottrina del diritto comune*, Milano, A. Giuffrè Editore.

Schmidt, A.C.J. (1847.) *Uber das depositum irregulare*, Archiv fur civilistische Praxis 30.

Schwartz, F. (1954). Die Kontrarklagen, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abtailing*. 71.

Sohm, R., (2017). *Institutionen: Ein Lehrbuch der Geschichte und des Systems des römischen Privatrechts*, BoD – Books on Demand.



*Statut grada Dubrovnika = Liber statutorum Civitatis Ragusii* : sastavljen godine 1272: compositus anno MCCLXXII / na osnovi kritičkog izdanja latinskog teksta B. Bogišića i K. Jirečeka (2002). priredili i na hrvatski jezik preveli A. Šoljić, Z. Šundrica i I. Veselić, Državni arhiv, Dubrovnik.

*Statut grada Iloka*, (1970). prijevod: Lovro Kiš, Matica hrvatska, Ogranak Vin-kovci.

*Statut grada Splita – srednjovjekovno pravo Splita*, (1987), 2. Izdanje, Split, Knji-ževni krug.

*Statut grada Trogira* (1988). preveli i uredili Marin Berket, Antun Cvitanić i Vedran Gligo, Književni krug, Split.

*Statut Paške općine*, (2011). uredio Dalibor Čepulo, Pag–Zagreb, Ogranak Matice Hrvatske u Pagu – Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu.

*Volume 2 di Festschrift Paul Koschaker* (1939): mit unterstützung der Rechts- und staatswissenschaftlichen fakultät der Friedrich-Wilhelms-universität Berlin und der Leipziger juristenfakultät, zum sechzigsten geburtstag überreicht von seinen fachgenossen, Vol. 2., Universität Leipzig. Juristenfakultät, Verlag Her-mann Böhlaus nachf., Leiptzig.

Von Eberhard Scholz. (1937). *Das Recht Der Hinterlegung. 1, Recht Und Pflicht Zur Hinterlegung*, Vahlen.

Watson, A. (1991). *Legal origines and legal change*, London, Rio Grande, Ohio, USA, Hambleton Press.

Watson, A. (2010). *The Digest of Justinian, by Volumes 1, 2. 3.*, Philadelphia, Uni-versity of Pennsylvania Press.

Wiaecker, F. (1934). Haftungsformen des romischen Gesellschaftsrechts, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abtailung*. 54.

*Zadarski statut: sa svim reformacijama, odnosno, novim uredbama donesenima do godine 1563.* (1997). Sada ponovno izdali, kritičkim aparatom opskrbili te kaza-lom osoba, mjesta i stvari obogatili i na hrvatski jezik preveli Josip Kolanović i Mate Križman, Zadar, Ogranak Matice hrvatske, Zagreb, Hrvatski državni arhiv.

*Zakon grada Kastva od Letta 1400.* (2000). sabrao, priredio i uredio Darinko Munić, Kastav.

Zimmermann, R. (1996). *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. 1. Issued in Paperpack ed. Oxford: Oxford.

**Doc. Višnja Lachner, LL.D.,**

*Assistant Professor,*

*Faculty of Law, University Josip Juraj Strossmayer Osijek,*

*Republic of Croatia*

**Doc. Jelena Kasap, LL.D.,**

*Assistant Professor,*

*Faculty of Law, University Josip Juraj Strossmayer Osijek,*

*Republic of Croatia*

## **THE FOUNDATIONS OF CREDITOR'S LIABILITY IN GRATUITOUS CONTRACTS IN CROATIAN MEDIEVAL LAW**

### **Summary**

*Gratuitous contracts (bailments) are the most common legal affairs in everyday legal transactions. On the one hand, their informal nature that distinguishes them from other legal affairs facilitates their application; on the other hand, it complicates the legal position of the contracting parties in case of breach of contractual obligations. Liability for breach of contractual obligation equally affects both contracting parties: the creditor and the debtor. In accordance with the principle of utility, the debtor is a contracting party that benefits most from the conclusion of a gratuitous contract. However, the discussions about the creditor's obligations and the liability criteria have been quite rare ever since the development of the earliest legal systems. This is not surprising given the fact that the gratuitous contracts are, almost as a rule, concluded between friends and acquaintances, and marked by the trust of the contracting parties. The foundations of the privileged liability of creditors, both in Western European legal systems and in Croatian law, are based on Roman law principles, which have been entered into the modern law of obligations through reception of the *ius commune* legal norms. As the issue of creditors' liability in gratuitous contracts has not been sufficiently examined in the Croatian scientific literature, this research is aimed at exploring and establishing the legal grounds of liability of the lender (creditor), the depositor, and the donor in Croatian law, by analyzing and comparing the available historical sources of Croatian medieval law. In that context, the authors will also discuss in more detail the reasons for enacting the unique legal solutions contained in the Croatian Obligations Act.*

**Keywords:** *gratuitous contract (bailment), principle of utility, creditor's liability, Middle Ages, Croatian Obligations Act.*

**Maja Lukić Radović\*, LL.D.,**  
Associate Professor,  
Faculty of Law, University of Belgrade

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД  
10.5937/zrpfno-28713

UDK: 339.922(410:4-672EU)  
Раđ примљен: 05.10.2020.  
Раđ прихваћен: 09.12.2020.

## **WITHDRAWAL FROM THE EUROPEAN UNION: CONSEQUENCES UNDER EU LAW AND INTERNATIONAL LAW**

**Abstract:** *This article provides analysis of the most prominent legal issues arising as a consequence of a voluntary withdrawal of a Member State from the European Union pursuant to Article 50 TEU. Particular attention is given to the aspects which have not been explicitly regulated, as well as to those that remain unclear due to the complex wording of Article 50 TEU. Following the introduction, the first section focuses on the termination of application of EU law. The second section provides a more detailed insight into the consequences of the voluntary withdrawal on the issues related to the EU citizenship. The next section elaborates on the legal framework for establishing relations between the withdrawing state and the EU under international law. Finally, the last section of the paper analyzes the consequences for the position of the withdrawing state vis-à-vis international organizations and under international law in general.*

**Keywords:** *voluntary withdrawal from the EU, Article 50 TEU, Withdrawal Agreement, EU law, EU citizenship, external relations of the State withdrawing from the EU.*

### **1. Introduction**

Withdrawal of a Member State from the European Union (EU) seems to be a phenomenon which is rather unexpected and difficult to grasp from the standpoint of the concept of the EU as an “ever closer union”, which is the only conceptual definition of the EU that can be found in the founding treaties. Over the course of seven decades, the ties between the Community and EU member states have continually grown stronger, involving a gradually increasing transfer of sover-

---

\* maja.lukic@ius.bg.ac.rs

eign powers to the Union and creating an entity that is today perceived even as possessing certain attributes of sovereignty.<sup>1</sup>

Nowadays, when withdrawal from the EU is mentioned, the first thing that comes to one's mind is the so-called "Brexit" – the withdrawal of the United Kingdom from the EU following the UK membership referendum which took place on 23 June 2016. Brexit is the first association not only because it is the first ever withdrawal of a state from the EU but also due to the highly contentious way in which it has unfolded thus far.

The subject matter of the paper is not Brexit *per se*, but legal regulation of withdrawal from the EU in general, which shall be analysed from several perspectives. The first perspective entails the issue of cessation of effectiveness of EU law. The second one pertains to the consequences of withdrawal of a Member State upon citizenship-related rights and obligations of individuals. The third one refers to the establishment of the legal framework for relations between the withdrawing state and the EU, and the fourth one analyses the consequences of withdrawal under international law.

The first three enumerated perspectives assume two principal steps, both of which may but do not need to be undertaken in each particular situation: the first is the conclusion and performance of a withdrawal agreement, while the second is the conclusion and performance of an agreement on relations between the EU and the withdrawing state following the withdrawal.

According to Article 50 of the Treaty on the European Union (TEU)<sup>2</sup>, EU law shall cease to apply after two years from the notification on withdrawal by the withdrawing state, unless it is otherwise stipulated by the withdrawal agreement.

The unfolding of Brexit permeates the analysis that shall be presented in this paper, not only because it represents the first ever withdrawal of a Member State from the European Union but also due to the fact that its generally contentious unfolding has already generated an abundance of research material.

Finally, withdrawal from the European Union should be differentiated from a possible withdrawal of a country from the Euro area. Presently, the Euro area is composed of nineteen EU Member States, out of the total of twenty-seven states. Since the adoption of Euro comprises a substantially greater level of coordination and harmonization of economic policy and specific legal and institutional arrangements (Dashwood, 2013: 741-745), a possible withdrawal from the Eu-

---

1 For a specific discussion on the approximation of sovereignty in the form of constitutionalization of the EU, see: Lukić, 2015.

2 TEU – Treaty on the European Union. Consolidated version of the Treaty on European Union *OJ C 326*, 26.10.2012, p. 13–390

rozone would entail considerable legal and political issues. In contrast to the withdrawal from the EU, withdrawal from the Eurozone has not been regulated in advance by the EU treaties or by any other instrument.

## **2. Termination of application of EU law**

### **2.1. Article 50 TEU**

Article 50 TEU was introduced in primary EU law in 2009, by virtue of the Lisbon Treaty. It sets forth the only legal mechanism for a Member State to withdraw from the EU. Opinions of academics are divided on the question whether the right to withdraw from the Union had existed under general international law prior to the inclusion of Article 50.<sup>3</sup> According to Wyrozumska (2012), such a right had not existed due to the specific contents of the founding treaties, so that inclusion Art. 50 TEU marked a substantial change in the overall institutional nature and structure of the Union (Wyrozumska, 2012: 362-363).

The basic structure of the mechanism is the following: after the withdrawing state files a notification on withdrawal, either a withdrawal agreement may be concluded between the Union and such state, or the effect of EU law in relation to that state ceases after expiry of two years. The transition period is an inevitable step, and may either be regulated by the withdrawal agreement, or, if such agreement is not concluded, the transition period lasts for two years following the withdrawal notification by virtue of Article 50(3) of the TEU.

In relation to the withdrawal agreement, Art. 50(2) TEU explicitly refers to the procedure for negotiating agreements between the Union and third countries or international organizations, set forth in Article 218(3) TFEU.<sup>4</sup> Article 50 TEU supplements Article 218 TFEU by requiring the consent of the European Parliament for conclusion of the withdrawal agreement, thus expanding the list of situations for which such consent is required in accordance with Art. 218(6) (a) TFEU. As any other agreement with a third country or an international organization, the withdrawal agreement is concluded on behalf of the Union by the Council, deciding by the higher of the two thresholds for qualified majority provided in Article 238(3) TFEU – the one applicable to proposals that do not come either from the Commission or the High Representative of the Union for Foreign Affairs and Security Policy.

---

3 For an overview of mutually opposed opinions on the subject, see: Wyrozumska, 2012.

4 TFEU – Treaty on the Functioning of the European Union. Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union *OJ C 326*, 26.10.2012, pp. 47–390.

By stipulating the same competence and procedure for conclusion of the withdrawal agreement as for the agreements between the Union and third countries or international organizations, Article 50 clearly assumes that, starting from the moment the notification of withdrawal is filed by the withdrawing state, such state needs to be deemed to have interests different from those of the EU and not different from those of any other third country, so that interests of the EU in relation to such country need to be protected accordingly.

### *2.1.1. Is the withdrawal notification revocable?*

Academic literature diverges in respect of the question of whether the withdrawal notification is revocable during the transition period. Perakis (2018) argued in favor of irrevocability of the withdrawal notification; he based his view on the interpretation of Article 50 TEU, citing both the wording thereof, the reference to Article 218(3) TFEU as well as the drafting history of the text, i.e. the fact that inclusion of explicit possibility of revocation of said notification was indeed discussed and rejected. He rejects the claim that the possibility of revocation may be based on the Vienna Convention on the Law of Treaties and customary international law by citing the principle of autonomy of EU law (Perakis, 2018).<sup>5</sup> A contrary interpretation has been offered, among others, by Craig, who based his view on the textual meaning of the provisions of Article 50(3) TEU and Article 50(1) TEU. According to his opinion, the fact that during the transition period the withdrawing state may conclude a withdrawal agreement also means that it may revoke the notification and abandon withdrawal negotiations altogether, in accordance with its own constitutional requirements (Craig, 2016: 34-35). Benrath argues in favour of revocability of withdrawal notification by rebutting the claim that revocation and re-notification may be abused. According to his interpretation of Art. 50 TEU, the European Council may interpret any revocation, as well as re-notification, in line with the principle of good faith; thus, a revocation of withdrawal issued contrary to that principle may simply be deemed void by the European Council (Benrath, 2018: 247).

The Court of Justice of the European Union (CJEU) affirmed the view that the revocation was indeed allowed, provided that it is issued prior to entry into force of a possible withdrawal agreement or, if such agreement remains absent, prior to the expiry of the two-year default transition period.<sup>6</sup> The CJEU issued this opinion pursuant to a reference for preliminary ruling procedure, upon the request of the Scottish Inner Court of Session pursuant to a petition by a number

---

5 For a detailed insight into the key judgments of the CJEU concerning the concept of „autonomy“ of EU law, see: Lukić, 2011.

6 Case C-621/18, *Wightman v Secretary of State for Exiting the European Union* [2018], par. 76.

of Scottish MPs. The opinion was issued on 10 December 2018, within three months from the day on which the request was filed and prior to the adoption of the EU – UK Withdrawal Agreement in the House of Commons (Garner, 2018).

## **2.2. *Withdrawal agreement***

Article 50 TEU remains ambiguous in relation to the contents of the withdrawal agreement. As noticed by Craig, it leaves room for a broad spectrum of possibilities in relation to its scope, ranging from a very limited regulation on the cessation of effect of EU law in respect of the withdrawing country to a wide-ranging regulation of future relations between the EU and the withdrawing country (Craig, 2016: 37-38). Perakis points out to the exact wording of Article 50(2) TEU, where it is prescribed that the withdrawal agreement sets out “the arrangements” for the withdrawal of a member state, “taking account of the framework for its [referring to the withdrawing country] future relationship with the Union”; Perakis concludes that the terms of the future relationship are not the primary subject matter of the withdrawal agreement, and therefore may but need not be included in it (Perakis, 2019: 40-41). There are also authors, such as Dammann, who argue in favor of a strict interpretation of the permissible scope of withdrawal agreements, which would limit the said scope to terms of withdrawal and prevent the inclusion of provisions on the future relations between the EU and the withdrawing country. Dammann bases his claim on the view that a wider scope of a withdrawal agreement would enable circumvention of terms for conclusion of international agreements by the EU, primarily of unanimity requirements in Art. 218(8) TFEU (Dammann, 2018: 174-175).

The primary purpose of the withdrawal agreement is to prescribe terms of cessation of effectiveness of EU law in respect of the withdrawing country, which needs to include in particular terms of commerce, rights and obligations of individuals, timeline for possible gradual cessation of such effectiveness of EU law, etc.

In the opinion of Perakis, which the author of this paper agrees with, Article 50 TEU bestows upon the Union a best-efforts obligation to achieve an agreement with the withdrawing country, and not a duty to achieve the agreement at any cost (Perakis, 2019: 38).

In view of the explicit reference to Art. 218(3) TFEU included in Art. 50 TEU, it is clear that a withdrawal agreement, once it is concluded, constitutes an international agreement to which the EU is a party and, therefore, in line with Art. 216(2) TFEU, acquires direct effect in the EU legal system, including the EU Member States.

### ***2.3. The unfolding of Brexit***

The UK referendum on leaving the EU of 23 June 2016 was not legally binding upon the UK Government, in terms of UK constitutional law. It served the UK Government to learn the will of the electorate in respect of the subject issue (UK Institute for Government, 2020). On 13 March 2017, the result of the referendum was confirmed by the UK Parliament in the form of the Notification of Withdrawal Bill, which was passed by both houses of Parliament and received the Royal Assent on 16 March 2017. The Prime Minister of the UK then addressed the President of the European Council with the Article 50 Notification Letter (Letter of 29 March 2017). That letter triggered the process envisaged by Art. 50 TEU.

A withdrawal agreement was first agreed with the UK Government led by Prime Minister Theresa May in March/April 2019. A total of three extensions of the two-year period following the notification of withdrawal were agreed, the last until 31 January 2020. The withdrawal agreement was revised following the UK elections in the Fall of 2019 and the entry of Boris Johnson into the Prime Minister's office. Eventually, the EU – UK Withdrawal Agreement was agreed on 17 October 2019. The Council enacted a decision on conclusion thereof on 30 January 2020.<sup>7</sup> The agreement entered into force on 1 February 2020, a day after the end of the period prescribed by Art. 50(3) TEU, as had been extended by the European Council in agreement with the UK.<sup>8</sup> The Withdrawal Agreement allowed for the possibility that the UK-EU joint committee could extend the transition period by up to two years, provided that agreement was reached prior to 1 July 2020. Failing such agreement, the Withdrawal Agreement explicitly stipulated that the transition period shall end on 31 December 2020, at which point in time EU law shall cease to be applicable in the UK.<sup>9</sup> A separate declaration, titled the “Political declaration setting out the framework for the future relationship between the European Union and the United Kingdom” (2020)<sup>10</sup>, was agreed by the EU and the UK together with the Withdrawal Agreement.

#### ***2.3.1. The EU–UK Withdrawal Agreement***

The EU–UK Withdrawal Agreement was not necessary for Brexit to take place. The actual unfolding of Brexit emphasises the importance of the issue of the legal nature of the withdrawal agreement. The current dispute over the UK's compliance with the Withdrawal Agreement in respect of the powers conferred upon the UK Government ministers by virtue of the envisaged Internal Market

---

7 Council Decision 2020/135, 2020

8 The Agreement on the Withdrawal, 2020

9 Articles 126, 127, The Agreement on Withdrawal, 2020

10 Political declaration, *OJ L 34*, 2020



Bill, pertinent to trade and state aid in Northern Ireland, challenges the upholding of duties of sincere cooperation and acting in good faith, as the principles of EU law which remain in force in relation to the withdrawing state during the transition period.

The EU–UK Withdrawal Agreement has covered several subject areas. First, it ensured the continuation of rights acquired by the UK and EU citizens (as a result of their exercise of the right of free movement), who started living in the EU or in the UK, respectively, up to the end of the transition period. Such persons and their family members shall be able to continue to live, study, work and travel freely after the transition period ends. For this purpose, recognition of professional qualifications and coordination of social security systems have also been agreed upon.<sup>11</sup> Second, under the title “Separation issues”, the agreement regulates the fate of several specific regulatory regimes: treatment of goods placed on the market prior to the end of the transition period, including the ending of ongoing storage and customs procedures and application of ongoing VAT and excise duties rules; the continuation of protection of certain intellectual property rights, such as trade marks, registered designs, geographical indications, designations of origin, as well as of databases (etc.); winding down of ongoing police and judicial cooperation in criminal matters, as well as of judicial cooperation in civil and commercial matters; the use of data exchanged before the end of the transition period, the finalization of ongoing public procurement procedures, specific Euratom-related issues; applicability of ongoing EU judicial and administrative procedures to the UK; privileges, immunities and other issues relating to the functioning of the institutions, bodies, offices and agencies of the EU.<sup>12</sup> Third, the agreement spells out a number of institutional arrangements specific to the transitional period, including those relating to EU external action and to fishing opportunities, as well as to the possible extension of the transition period.<sup>13</sup> Furthermore, the agreement comprises provisions on settlement of financial obligations and on dispute resolution, which shall be examined in greater detail.<sup>14</sup> Finally, specific protocols have been executed in relation to Northern Island, and the Sovereign Base Areas in Cyprus and Gibraltar. Particularly sensitive was the protocol on Northern Ireland because it represented a major revision of the Withdrawal Agreement originally agreed in March 2019. Instead of the initially devised solution whereby Northern Ireland would have essentially remained part of the Single Market, the final mechanism is based on two principles that may generate conflicts in the future: Northern

---

11 Articles 9 – 39, The Agreement on Withdrawal, 2020

12 Articles 40 – 125, The Agreement on Withdrawal, 2020

13 Articles 126 – 132, The Agreement on Withdrawal, 2020

14 Articles 133 – 181, The Agreement on Withdrawal, 2020

Ireland shall be treated as part of the UK customs and VAT area, but most EU customs and VAT rules will remain applicable. At the same time, no tariffs or restrictions will apply to the trade between Northern Ireland and the Republic of Ireland, whereas customs checks will be necessary between Great Britain and Northern Ireland.

The fact that the EU–UK Withdrawal Agreement has not encompassed provisions on the relations between the EU and the UK following the transition period may be regarded as a practical confirmation of the doctrinal position that withdrawal agreements under Art. 50 TEU should not regulate the future relationship between the EU and the withdrawing country. It may, however, in practice increase probability that the future relationship shall not involve certain areas, such as common foreign and security policy, since its conclusion required only a qualified majority under Art. 50(2) TEU, whereas conclusion of an agreement involving common foreign and security policy would require unanimity, under Art. 218(8) TFEU.

Certain authors have argued that dispute resolution in respect to any withdrawal agreement must lie in the hands of the CJEU, once a withdrawal agreement inevitably becomes part of EU law (Perakis, 2019: 42-43, 47). Such a position has only partially been materialized in the EU–UK Withdrawal Agreement. In that instrument, a distinction has been made in its dispute resolution provisions between the general dispute resolution competence of an arbitral panel of the Permanent Court of Arbitration and the specific competence of the CJEU. The former shall be competent to resolve a dispute “regarding the interpretation and application of the provisions of this Agreement.” As an exception to that general rule of competence, the CJEU shall be competent to decide a “question of interpretation of a concept of Union law, a question of interpretation of a provision of Union law referred to in this Agreement or a question of whether the United Kingdom has complied with its obligations under Article 89(2) [of the Withdrawal Agreement].” The decision of the CJEU will be binding upon the arbitral panel.<sup>15</sup> The reference to Art. 89(2) of the Withdrawal Agreement leads to Art. 86 and Art. 87 of that instrument, which prescribe competence of the CJEU for proceedings brought by or against the UK during the transition period, and for proceedings brought by the European Commission against the UK within 4 years after the end of the transition period for failure to fulfil obligations under the Treaties or under Part Four of the Withdrawal Agreement, as well as for failure to comply with a legally binding decision of an EU institution during the transition period. Part Four of the Withdrawal Agreement prescribes the terms of the transition period, including applicability of EU law in relation to the UK, institutional arrangements, specific arrangements relating to the Union’s

---

15 Articles 169, 170, 174, The Agreement on Withdrawal, 2020

external action and to fishing opportunities, supervision and enforcement of EU law during the transition period, as well as the possibility that the transition period be extended.<sup>16</sup>

### *2.3.2. The dispute over the UK Internal Market Bill 2019-2021*

In September 2020, the draft United Kingdom Internal Market Bill 2019-2021 entered the procedure for enactment in Parliament. In its present form, the bill would confer upon UK Government ministers powers that would allow them to unilaterally change the protocol to the EU–UK Withdrawal Agreement that pertains to Northern Ireland. If it is enacted, it would grant the ministers the power to unilaterally decide whether to notify the EU Commission of any government subsidy that could affect the trade of goods in Northern Ireland, as well as whether the requirement for export summary declarations for goods sent from Northern Ireland to the rest of the UK may be waived. On 1 October 2020, the EU Commission started infringement proceedings against the UK, while expressing hope that the dispute would be resolved by way of negotiations (*The Guardian, Brexit: EU launches legal action against UK for breaching withdrawal agreement*). In essence, the subject provisions purport to enable disapplication of EU law in respect of Northern Ireland, as well as to remove an important part of customs controls between Northern Ireland and the rest of the UK.

In a public statement of 10 September 2020, issued following a session of the EU–UK Joint Committee, the EU Commission declared that “Violating terms of the Withdrawal Agreement would break international law, undermine trust and put at risk the ongoing future relationship negotiations”, and noted that “If adopted as proposed, the draft bill would be in clear breach of substantive provisions of the Protocol: Article 5 (3) & (4) and Article 10 on custom legislation and State aid, including amongst other things, the direct effect of the Withdrawal Agreement (Article 4). In addition, the UK government would be in violation of the good faith obligation under the Withdrawal Agreement (Article 5) as the draft Bill jeopardises the attainment of the objectives of the Agreement” (European Commission, 2020a). On 1 October 2020, the EU Commission sent a letter of formal notice to the UK, stating its position that the UK is in breach of the Withdrawal Agreement and thus commencing a formal infringement process against the UK (European Commission, 2020b).

Regulation of trade in respect of Northern Ireland was a major point of contention throughout the negotiations in respect of the EU–UK Withdrawal Agreement. A blunt violation of the agreed solution by the UK has the potential to substantially

---

16 Art. 126-132, The Agreement on Withdrawal, 2020

diminish the scope and depth of the partnership that the two sides will agree upon for the post-transition period.

### **3. Consequences of the withdrawal on issues of EU citizenship**

From the very beginning, the cornerstone of EU law have been certain freedoms afforded to citizens of Member States. Formal EU citizenship was introduced by the Maastricht Treaty in 1992. Thereafter, the CJEU further developed the concept and importance on EU citizenship. One of the key developments in the CJEU case-law is perhaps the doctrine whereby the Union citizenship has become more than a mere addition to citizenship of a Member State. Precisely due to the fact that Union citizenship is dependent on citizenship of a Member State, the CJEU has afforded itself the right to review Member State decisions regarding citizenship of an individual on the basis of certain minimum standards that have been developed by the Court itself. The doctrine was promulgated in *Rottmann*<sup>17</sup> and more recently confirmed in *Tjebbes*.<sup>18</sup>

Although the Union citizenship status has not evolved to become independent from Member State citizenship, so that Union citizenship status of citizens of a withdrawing state would be unaffected by that state's withdrawal, its legal and political significance has strengthened the legal relevance of individual rights acquired as result of that status. Considering the great significance of citizenship-related rights for lives of individuals (including the right to residence, to work or to study), proper regulation of the acquired rights of Union citizens that may be affected by a withdrawal is a greater challenge than any other institutional or public law issue.

#### **3.1. Implications of Brexit on citizenship-related rights of EU and UK citizens**

It is estimated that at the beginning of 2019 there were 3.4 million EU Member-State nationals (excluding Irish citizens) living in the UK, as well as 1.2 million UK nationals living in the remainder of the EU (Cîrlig, 2020: 2).

---

17 Case C-135/08, *Janko Rottman v Freistaat Bayern*, [2010]; For a detailed analysis of *Rottmann*, see: Lukić, 2012.

18 Case C-221/17, *M.G. Tjebbes and Others v Minister van Buitenlandse Zaken* [2019]. Some authors argue that the CJEU case law on citizenship has created a situation of reverse discrimination, whereby citizens of Member States who find themselves in situations lacking intra-EU cross-border dimension are afforded a lower level of protection than those finding themselves in intra-EU cross-border situations (Rakić, 2020).

During the transition period, most rights based on EU citizenship remain unchanged, with the exception of certain political rights of UK nationals in relation to EU bodies.<sup>19</sup> The EU–UK Withdrawal Agreement guarantees almost all rights acquired by UK citizens who have resided in the remainder of the EU and of EU citizens who have resided in the UK prior to the end of the transition period for at least five years, based on their exercise of rights arising from the free movement of persons principle.<sup>20</sup> The rights are guaranteed to the persons who acquired them for their entire lifetime, under conditions prescribed in the Withdrawal Agreement, and to their family members, including future children. While the right of residence of UK nationals in an EU country, existing at the end of the transition period, is guaranteed by the Withdrawal Agreement, the right of such persons to move their residence to another EU country in the future has not been guaranteed by the Withdrawal Agreement (Cîrlig, 2020: 5). The choice of a constitutive system for confirming residence and related rights under the Withdrawal Agreement by the UK has been criticized, mostly as been non-inclusive in respect of vulnerable social groups. Out of the 27 remaining EU Member States, 13 have opted for a declaratory system, while 14 have resorted to a constitutive system, requiring that UK nationals file applications for determination of their status and rights under the Withdrawal Agreement (Cîrlig 2020: 8-14).

After the end of the transition period, EU citizens arriving in the UK and UK citizens arriving in the EU will not benefit from the protection of the Withdrawal Agreement, and will be subject to rules applicable to third-country immigrants, unless the EU and the UK agree on a new mobility regime.

#### **4. Future partnership between the EU and the UK**

In October 2019, together with the Withdrawal Agreement, the EU and the UK agreed upon the “Political declaration setting out the framework for the future relationship between the European Union and the United Kingdom”. According to its introductory provisions, the declaration purports to establish “parameters of an ambitious, broad, deep and flexible partnership across trade and economic cooperation with a comprehensive and balanced Free Trade Agreement at its core, law enforcement and criminal justice, foreign policy, security and defence and wider areas of cooperation.” The declaration cites “respect for and safeguarding of human rights and fundamental freedoms, democratic principles, the rule of law and support for non-proliferation” as shared values which should

---

19 Article 127, The Agreement on Withdrawal, 2020

20 Articles 13 – 15, The Agreement on Withdrawal, 2020

underpin the future relationship. The fields of future cooperation are outlined in two sections, dealing with economic and security partnership.<sup>21</sup>

As with most other declarations on future intentions (and as suggested in the title), the significance of the declaration is almost entirely political, while the only legal effect thereof may be regarded as an obligation to attempt negotiations on the subject of future relationship in line with the declared intentions, in good faith and on a best-efforts basis. Such obligation was explicitly stipulated in the Withdrawal Agreement as well: the EU and the UK agreed to “use their best endeavours, in good faith and in full respect of their respective legal orders”, to take necessary steps to negotiate expeditiously the agreements governing their future relationship referred to in the Political Declaration of 17 October 2019...”.<sup>22</sup>

As has been already pointed out, EU rules on voting requirements in respect of conclusion of international agreements with third parties shall, from a practical perspective, influence the scope of the agreement on future relationship. An association agreement, as well as coverage of the area of common foreign and security policy, would require unanimity in accordance with Art. 218(8) TFEU, which may be difficult to attain in respect of the UK in view of the resolve of UK leaders to prevent the application of the free movement of persons principle. Recent CJEU case law confirms the view that there may not need be a unanimity requirement on the part of the EU Member States for the EU to conclude a wide-ranging free trade agreement with the UK (Hughes, 2018: 15).

EU Member States in the General Affairs Council approved the European Commission’s Draft Agreement on the New Partnership with the United Kingdom on 25 February 2020. The document was transmitted to the UK on 18 March 2020. Several rounds of negotiations have taken place since. If it is eventually concluded, the agreement shall represent a blueprint of what any other withdrawing state may expect to end up with in relation to the EU. By the same token, if the two parties fail to reach agreement, the EU will be forced to take a harsh position vis-à-vis interests of EU persons and entities in order to provide a clear lesson to any other Member State which envisages to resort to a non-consensual withdrawal.

If, however, an agreement on the future relations in respect of trade is not agreed prior to end of transition period, WTO rules shall be applicable to EU–UK trade relations, since both the EU and the UK are WTO members (Hughes 2018: 15).

---

21 Political declaration setting out the framework for the future relationship between the European Union and the United Kingdom, 2020

22 Article 184, The Agreement on Withdrawal, 2020

For the UK, the issue of particular concern is the ability of its financial sector to do business in the EU. The financial sector in the UK accounts for between 8 and 12% of GDP (Peihani, 2018: 89). According to Peihani, the UK financial sector may be able to rely on three basis in order to preserve access to the EU market following Brexit: membership in the European Economic Area (the EEA), reliance on EU legislation that allows access based on equivalence of regulatory terms, and a bespoke trading arrangement, whereby only the membership in the EEA is likely to be able to allow the continuation of a wide market access and passporting rights for UK financial services firms (Peihani, 2018: 93-100). The prospect of a no post-Brexit deal between the EU and the UK seems particularly dire for the financial services industry, since the WTO rules of the EU, which would represent the fallback option, do not allow access to the market for financial services (Peihani, 2018: 103).

## **5. Consequences of withdrawal under international law**

The simplest account of the legal effect of Brexit would be to say that it shall mean the cessation of effect of EU law in relation to the UK and to the relations between the UK and the EU, the EU Member States and international organizations, so that the latter would be governed by international law. This account would be, however, only true from a distant perspective, while a closer look would reveal numerous exceptions.

Mutually opposed views exist in academic literature in respect of whether the UK would, by way of succession, continue to be bound by international treaties concluded by the EU during the time the UK was a UK member. An argument in favor of such succession would assume that the EU does not possess legal personality independent from the personalities of its Member States. According to Odermatt, the answer to this question will depend on specific circumstances pertinent to each international treaty (Odermatt 2017: 1056-1059). A similar lack of consensus exists in relation to the fate of mixed agreements, concluded both by the EU and the UK with third parties. Particularly significant, from the economic perspective, is the question of whether the UK shall need to renegotiate its trading relationships with third countries, or it will be able to succeed the preferential trading arrangements of the EU. Some authors, such as Hughes, firmly claim that the UK will lose any preferential status it enjoyed while being represented in the WTO by the EU, so that it would need to negotiate its own arrangements (Hughes, 2018: 15). One solution would certainly be that the EU and the UK agree on a common approach to third states and international organizations (Odermatt, 2017: 1060-1061).

The thesis put forth by a number of authors, including Cottier, that the UK will be worse off once it finds itself in the situation to negotiate its trading relations via bilateral agreements, seems plausible in view of the relative market size and the resulting bargaining power of the UK vis-à-vis the US, the EU, Japan, etc. (Cottier, 2018: 83-84).

In the area of environmental protection, as concluded by Gehring and Phillips, the UK will most probably need to adhere to EU rules in order to preserve market access for its goods, while at the same time it shall lose the ability to influence EU regulation from within (Gehring, Phillips, 2018: 223-224).

## 6. Concluding remarks

Article 50 TEU, as the sole legal mechanism for withdrawal provided by EU law, affords substantial flexibility to the withdrawal process in general, and to the scope of a possible withdrawal agreement in particular. The unfolding of Brexit thus far has created a number of contentious situations, both at the level of UK constitutional law and in relations between the UK and the EU. While the contentious situations at the level of UK constitutional law remain outside of the scope of this paper, their relevance lies in the tensions they have generated for the UK vis-à-vis the EU. Considering the unfolding of Brexit thus far, it appears that the flexibility of Article 50 TEU has withstood the test of practice and proven to be wisely devised. On the other hand, the deliberately undertaken ongoing steps of the UK Government to breach the Withdrawal Agreement and, consequently, EU law, show that the binding effect of EU law is not a legal phenomenon *per se*, but rather a direct consequence of the political and value-based significance of the EU for its Member States and their citizens.

The agreed detailed regulation of rights of individual persons (EU nationals residing, working or studying in the UK, and *vice versa*) in the EU-UK Withdrawal Agreement shows the strength of the phenomenon of acquired rights, despite failures to reach agreement in relation to numerous other areas. Brexit has demonstrated that there is still no supranational EU citizenship, independent and different from Member State citizenship.

The peculiar and complex institutional setup of the EU causes significant issues in respect of the relations of the withdrawing state with the EU and its remaining Member States, third states and international organizations. The fate of international obligations in relation to third parties, acquired prior to withdrawal by the EU, as well as by the withdrawing state together with the EU, by virtue of mixed agreements, remains unclear and thus creates great uncertainty.



Numerous difficulties, disputes, costs and uncertainties created by Brexit seem to confirm the view that the true essence of the EU lies in a political and value-based union which aspires to an even stronger unity than the one that exists at present. A withdrawal from such a union is a phenomenon that is difficult to imagine and regulate.

## References

### Sources of law and official documents

Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community, *OJ L 29*, 31.1.2020, (7–187).

Case C-135/08, Judgment of 2 March 2010, *Janko Rottman v Freistaat Bayern* [2010], ECLI:EU:C:2010:104

Case C-621/18, Judgment of 10 December 2018, *Wightman v Secretary of State for Exiting the European Union* [2018], ECLI:EU:C:2018:999

Case C-221/17, Judgment of 12 March 2019, *M.G. Tjebbes and Others v Minister van Buitenlandse Zaken* [2019], ECLI:EU:C:2019:189

Council Decision (EU) 2020/135 of 30 January 2020 on the conclusion of the Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community, *OJ L 29*, 31.1.2020, (1-6).

Letter of 29 March 2017 from the UK Prime Minister to the President of European Council – Article 50 Notification Letter, retrieved 30 September 2020 from <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/XT-20001-2017-INIT/en/pdf>;

Political declaration setting out the framework for the future relationship between the European Union and the United Kingdom, *OJ L 34*, 31.1.2020 (1-16).

TEU – Treaty on the European Union. Consolidated version of the Treaty on European Union

*OJ C 326*, 26.10.2012, (13–390).

TFEU – Treaty on the Functioning of the European Union. Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union *OJ C 326*, 26.10.2012, (47–390).

Academic literature, public statements and media reports

Benrath, D. (2018). Bona Fide and Revocation of Withdrawal: How Article 50 TEU Handles the Potential Abuse of a Unilateral Revocation of Withdrawal. *European Law Review*. 43. (234-248).

Cîrlig, C.C. (2020). EU and UK Citizens' Rights After Brexit. Brussels: European Parliamentary Research Service.

Cottier, T. (2018). Trade Policy in the Age of Populism: Why the New Bilateralism Will Not Work. In: Fitzgerald, O. E., Lein, E. (eds.). *Complexity's Embrace: The International Law Implications of Brexit* (71-84). Waterloo: Centre for International Governance Innovation.

Craig, P. (2016). *Oxford Legal Studies Research Paper No. 45/2016, Brexit: A Drama in Six Acts*. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2807975](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2807975); Retrieved 30 Sept.2020

Dammann, J. (2018). A Little Bit Brexit? An Analysis of the Rules Governing Post-Withdrawal Treaties. *Texas International Law Journal*. 53 (2). (153-175).

Dasw hood, A. (2013). The United Kingdom in a Re-Formed European Union. *European Union Law Review*. 38. (737-756).

European Commission (2020a). Statement by the European Commission following the extraordinary meeting of the EU-UK Joint Committee of 10 September 2020; Retrieved 30 Sept. 2020 from [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement\\_20\\_1607](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_20_1607)

European Commission (2020b). Withdrawal Agreement: European Commission sends letter of formal notice to the United Kingdom for breach of its obligations. 1 October 2020; [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_20\\_1798](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_1798); Retrieved 1 October 2020

Garner, O. (2018). *The ECJ Confirms that Article 50 Notification can be Unilaterally Revoked*. Retrieved 30 September 2020 from: <http://dcubrexitinstitute.eu/2018/12/the-ecj-confirms-that-article-50-notification-can-be-unilaterally-revoked/>

Gehring, M., Phillips, F.-K. (2018). Brexit and Environmental Law: The Rocky Road Ahead. In: Fitzgerald, O. E., Lein, E. (eds.). *Complexity's Embrace: The International Law Implications of Brexit* (209-223). Waterloo: Centre for International Governance Innovation.

The Guardian (2020). *Brexit: EU launches legal action against UK for breaching withdrawal agreement*, 1 October 2020, retrieved 1 October 2020 from: <https://>

[www.theguardian.com/politics/2020/oct/01/brexit-eu-launches-legal-action-against-uk-for-breaching-withdrawal-agreement](http://www.theguardian.com/politics/2020/oct/01/brexit-eu-launches-legal-action-against-uk-for-breaching-withdrawal-agreement)

Hughes, V. (2018). Brexit and International Trade: One Year after the Referendum. In: Fitzgerald, O. E., Lein, E. (eds.). *Complexity's Embrace: The International Law Implications of Brexit* ( 9-30). Waterloo: Centre for International Governance Innovation.

UK Institute for Government (2020). *Brexit Brief: Article 50*, retrieved 30 September 2020 from <https://www.instituteforgovernment.org.uk/brexit/brexit-brief-article-50> ;

Lukić, M. (2011). Da li je Evropsko pravo autonomno, samosvojno, unutar ili izvan međunarodnog – šta kriju ključne presude Evropskog suda pravde? [Is European law autonomous, unique, within or outside of the international law – what exactly is hidden behind key judgments of the European Court of Justice?]. In *Zbornik radova Harmonizacija zakonodavstva Republike Srbije sa pravom Evropske unije* [Harmonization of the legislation of the Republic of Serbia with European Union law] (pp. 145-154). Beograd: IMPP, Hanns Seidel Stiftung.

Lukić, M. (2012). Presuda *Rottmann* (2010) Povratna veza od statusa građanina EU ka državljanstvu države članice [CJEU *Rottmann* Judgment (2010) - Feedback effect from EU Citizenship to Member State Nationality]. *Pravni život*. 12 (4). 535-548.

Lukić, M. (2015). How Long Before Bundle of Treaties Becomes Sovereign? A Legal Perspective on the Choices before the EU, South Eastern Europe and the European Union - Legal Aspects. *SEE/EU Cluster of Excellence in European and International Law*. 1. 127-137.

Odermatt, J. (2017). *Brexit and International Law: Disentangling Legal Orders*. *Emory International Law Review*. 31. (1051-1073).

Peihani, M. (2018). Brexit and Financial Services: Navigating through the Complexity of Exit Scenarios. In: Fitzgerald, O. E., Lein, E. (eds.). *Complexity's Embrace: The International Law Implications of Brexit* pp. 87-103. Waterloo: Centre for International Governance Innovation.

Perakis, M. (2018). *Does the principle of the autonomy of the EU legal order allow for a Member State to revoke the notification of its withdrawal from the EU?*. Retrieved 30 September 2020 from <https://europeanlawblog.eu/2018/10/31/does-the-principle-of-the-autonomy-of-the-eu-legal-order-allow-for-a-member-state-to-revoke-the-notification-of-its-withdrawal-from-the-eu/>;

Perakis, M. (2019). *Exiting the European Union: Legal Procedure, Dimensions and Implications*. Newcastle upon Tyne: Cambridge Scholars Publishing.

Rakić, B. (2020). Obrnuta diskriminacija u Evropskoj uniji [Reverse discrimination in the European Union]. In Krstić, I, Bajović, V. (eds.) *Identitetski preobražaj Srbije: prilozi projektu 2019 – kolektivna monografija* [Identity transformation of Serbia: contributions to the project 2019 – a collective monograph] (63-100). Beograd: Univerzitet u Beogradu, Pravni fakultet.

Wyrozumska, A. (2012). Withdrawal from the Union. In Blanke, H.-J., Mangiameli, S. (eds.), *The European Union after Lisbon* (pp. 343-365). Heidelberg: Springer.

**Др Маја Лукић Радовић,**  
Ванредни професор Правног факултета,  
Универзитет у Београду

## **НАПУШТАЊЕ ЕУ – ПОСЛЕДИЦЕ У СКЛАДУ СА ПРАВОМ ЕУ И СА МЕЂУНАРОДНИМ ПРАВОМ**

### **Резиме**

Члан 50. УЕУ, као једини правни механизам за напуштање ЕУ који пружа право ЕУ, омогућује значајно висок ниво флексибилности за процес напуштања уопште, и, посебно, за садржину евентуалног споразума о повлачењу. Имајући у виду начин на који се „Брегзит“ одвијао до сада, чини се да је члан 50. УЕУ издржао тест праксе и доказао се као мудро решење. С друге стране, кораци које Влада Уједињеног Краљевства свесно предузима у правцу кршења закљученог Споразума о напуштању ЕУ и права ЕУ показују да обавезујући карактер права ЕУ није чисто правна појава, већ пре свега непосредна последица политичког и вредносног значаја који ЕУ има за њене чланице и држављане.

Детаљно уређење права појединаца – држављана ЕУ који имају пребивалиште, раде или студирају у Уједињеном Краљевству и обратно, садржано у Споразуму о напуштању закљученом између ЕУ и Уједињеног Краљевства, насупрот неуспесима да се постигне сагласност о многим другим питањима, показује снагу феномена стечених личних права. Брегзит је у пракси потврдио да још није настало наднационално грађанско право ЕУ, које би било независно од држављанства неке од држава чланица.

Специфична и сложена институционална структура ЕУ отвара значајна питања на плану односа државе која напушта ЕУ са ЕУ и њеним преосталим чланицама, трећим државама и међународним организацијама. Судбина међународних обавеза према трећим странама, стечених пре напуштања од стране ЕУ, као и од стране државе која напушта ЕУ заједно са ЕУ, на основу мешовитих споразума, остаје нејасна, узрокујући велику правну несигурност.

Бројне тешкоће, спорови, трошкови и неизвесности настали услед Бреgzита потврђују ствар да суштина ЕУ лежи у политичком и на вредностима заснованом савезу, који тежи много већем јединству од оног које постоји данас. Напуштање таквог савеза је појава коју је тешко замислити и правно уредити.

**Кључне речи:** Добровољно напуштање ЕУ, Члан 50. УЕУ, Споразум о напуштању ЕУ, Право ЕУ, Право грађанства ЕУ, Спољни односи државе која се повлачи из ЕУ.



**Doc. Sanja Gligić,\* LL.D.,**  
Assistant Professor,  
Faculty of Law, University of Belgrade

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД  
10.5937/zrpfno-28664

UDK: 271.2-58  
271.2-472

Раџ примљен: 01.10.2020.  
Раџ прихваћен: 02.12.2020.

## **RESPONSIBILITY OF MONKS IN THE CONTEXT OF LAW AND SOCIETY\*\***

**Abstract:** *In the course of history, ecclesiastical life has been imbued by secular beliefs, embodied in human endeavour to get a strong foothold in the Church. Since Emperor Constantine's era, the idea that matured in the ecclesiastical consciousness was that the fundamental principle underlying the organization of ecclesiastical life lay in the domain of law. Nevertheless, in contrast to positive law, canon law is not an expression of the will of an individual or the congregation; instead, it comprises rules deriving from the nature of the Church. The Church, just like any other organism, is governed by two tenets: the static organization, and its dynamic life function. Thus, the responsibility of monks can be perceived either in line with canonic law or within the social context, whereby these tenets are inalienable since there can be no life without organization, nor can there be organization without life. In case a member abandons an organization, regardless of the reasons behind such action (be it voluntary or through the power of law), positive law prescribes that all ties between the said organization and its former member are to be dissolved. On the other hand, in case a penalized monk is obliged to leave the monastery due to the gravity of the pronounced sanction, he is entitled (as a former member) to preserve the status of a Christian. This point derives from the fact that baptism constitutes an indelible fact of spiritual life. This paper examines the subject matter of monks' responsibility for violation of canon law, by comparing the mediaeval and contemporary sources of the Serbian canon law, in view of identifying changes in the said period and drawing the most accurate conclusions.*

**Keywords:** *monk, sanctions, disciplinary-criminal jurisdiction, responsibility, St. Sava's typika, decree on monastic life.*

---

\*gligic@ius.bg.ac.rs

\*\* The paper is the result of scientific research within the project »Identity Transformation of Serbia«, the Faculty of Law, University of Belgrade.

\*\* The paper was presented at the International Scientific Conference "Responsibility in the Legal and Social Context", held at the Faculty of Law, University of Nis, on 18 September 2020.

## 1. Introduction

The responsibility of monks fully aligns with the legal maxim “*Nullum crimen, nulla poena sine lege*.” This type of responsibility is determined by the Church Court. However, since the (static) structure and (dynamic) life functions of the Church are inseparable canon law principles, the judge must take into account the social responsibility of monks because: “to judge means to appropriate shamelessly the right of God, and to condemn means to ruin one’s soul” (Lestvičnik, 2008: lesson 10). At the same time, given that the purpose of punishment can be *talionis* (“I punish you because you sinned”) and *praevenire* (“I punish you so that you would not sin”), it is important to point out that another view is accepted in the Canons.<sup>1</sup> Prevention is achieved by punishment, given that the goal of retribution (*τιμωρία*) is to better the monk in order to regain the lost goodness (virtue) that can only be found in monastic life.

Legislation prescribes specific conditions that must be met in order to find a defendant liable, impose sanctions and punish the perpetrator for the committed act. This paper provides an analysis of medieval Canon law sources, such as: the Karyes *Typikon*, Saint Sava’s Hilandar Monastery *Typikon* and Studenica Monastery *Typikon*,<sup>2</sup> *Syntagma Canonum* of Matthew Blastares,<sup>3</sup> and Tsar Dušan’s Code.<sup>4</sup> Thus, the paper provides a comprehensive overview of landmark documents regulating monastic life and punishment of monks during the reign of

---

1 The first point of view, retaliation, was characteristic of the earliest legal codes, which implied *talionis* punishment («an eye for an eye, a tooth for a tooth»).

2 Saint Sava first wrote the *Typikon* for the Karyes hesychasty (1199/1200), which was the fruit of his independent legislative creative work; then, he wrote the Hilandar *Typikon* (1199/1200) and the Studenica *Typikon* (1208) which contain «The Life of St. Simeon.» Notably, monks in the Karyes cell live a solitary life, unlike the monks in Hilandar and Studenica who live in the monastery.

3 The Syntagma of Matthew Blastares, a monk of Mount Athos, was compiled in 1335 in Thessaloniki; it is a collection of Byzantine laws, which included *Prochiron*, *Vasiliki* and *Novella*, written during the Macedonian dynasty. The Abridged Syntagma is an integral part of Tsar Dušan’s Code, demonstrating the influence of the reception of Byzantine law on Serbian law. In the Abridged Syntagma, the monastic life is depicted in Chapter M-7. This paper presents the provisions of the Complete Syntagma, which regulates the monastery life and punishment of monk in Chapter M-15. Such a presentation was necessary because a large number of provisions relating to monastery life and punishment of monks were deleted from the Abridged Syntagma. In order to get a comprehensive insight into Tsar Dušan’s legislation, the concluding remarks point to the provisions of the Complete Syntagma, which are preserved in the Code and the Abridged Syntagma.

4 In the period between the creation of the *Typikon* and these two landmark legal documents from the XIV century, St. Sava wrote the *Nomocanon* (Rulebook), thus rounding off the legal organization of the Serbian church. This ecclesiastical law document is not treated in this paper because it is highly specific in many ways.



the Nemanjić Dynasty (1168-1371). The reason for including Matthew Blastares' *Syntagma* and Dušan's Code in the analysis is that the issue of punishing monks is also related to the wider problem of Byzantine-Roman law reception among Serbs and its harmonization with legal knowledge and inherited norms of Serbian customary law. Today, punishable acts of monks and sanctions are in accordance with the Canon Law prescribed by the Constitution of the Serbian Orthodox Church (2007), Rulebook on Church Court Proceedings (2008), and the Decree on Monastic Life (2008).

## 2. Punishing Monks: Rules and Procedures

According to the Rulebook on Church Court Proceedings (2008), punishing a monk for committing a crime under the Criminal Code or other statutory legislation does not exclude him from his ecclesiastical guilt.<sup>5</sup> This means that a monk can be held legally liable twice: under positive law and under Serbian Canon Law. However, if we consider the punishment of monks under Serbian Canon Law, we will notice a multifold purpose of punishment: 1) individual prevention: the competent entity punishes the monk in order to persuade him to better himself; in addition to legal responsibility, it also encourages social responsibility because the monk is made to think about his guilt and subject it to the judgment of his conscience; 2) general prevention: realizing his social responsibility, a monk influences not only other monks from the fraternity but also novices (the first-reformed) and pious people who may have thought about becoming monks, so as not to deviate from the path of righteousness, i.e. not to put themselves in a position where they can be found liable; and 3) educational function: punishment protects the reputation of the monastery; the legal responsibility of monks is equated with social responsibility; one who has decided to dedicate his life to God cannot give this kind of life up so easily and thus belittle the reputation of the monastery providing the nonbelievers with a reason not to respect the will of God.

The punishment for monks prescribed by the medieval and modern-day sources of Serbian Canon Law can be divided in two groups: corrective (disciplinary) and vindictive (retaliatory, punitive).<sup>6</sup> The forms of punishment falling into the first group are less harmful as they serve to better the perpetrator, while those falling into the second group serve to retaliate against the perpetrator of a more serious act which can lead to the monk losing all or certain rights granted to him upon admission to the religious order. It can be noticed that the disciplinary

---

5 Art. 4. Rulebook on Church Court Proceedings (2008).

6 Art. 56 of the Rulebook divides the punishment into disciplinary and other punishments for church offenses.

punishments provided for in medieval legal documents are less stringent; the least stringent among them are warning, reprimand, and penance. In the contemporary sources of law, they are mentioned only in the Decree on Monastic Life.<sup>7</sup> The Decree stipulates that the Abbot (head/superior of a monastery), alone or in front of the brotherhood, first imparts milder measures (advice, warning, or penance); the stricter ones are imposed only after careful consideration, taking into account that punishment is a means and not an end.<sup>8</sup> The most stringent punishment is excommunication, perhaps not so much in a physical sense as in a psychological sense because the culprit is excluded from participating in worship services for a period of time and is denied the secret of the Holy Eucharist (communion) due to his unworthiness (Granić, 1998: 221-222).

In modern day Canon Law, this punishment is designated as temporary revocation of certain church rights and honors, which can include: excommunication, exclusion from common prayer with the believers, ban on carrying out a memorial service, deprivation of church ranks, deprivation of service by monastic authorities, membership in associations, revocation of the right to sit at a table in the monastery so that no one from the fraternity can meet, talk or pray with the punished monk (Art. 58. Rulebook, 2008; Art. 71 Decree, 2008). In modern canon law, life-long deprivation of monasticism is a form of disciplinary punishment which is especially emphasized, which was not the case with medieval canonical documents where this punishment was considered vindicative (Granić, 1998: 222). At the same time, modern day sources impose a sentence of deprivation from monasticism jointly with vindicative punishments: expulsion from the church community for a period of time (*suspensio*),<sup>9</sup> and final exclusion from the church community (*degradatio*). In medieval sources, these forms of punishment were referred to as excommunication and denunciation (*anathema*). In the former case, the culprit was deprived of only certain rights received through service

---

7 Notably, in medieval sources, warnings and reprimands were aimed at reproaching and rebuking the monks who had to correct their behavior, and reprimanding the recidivists with a threat of a more strict punishment, while penance was applied in the form of stricter fasting, repetition of a large number of *metanoia* (bows) or complete starvation with confinement in a cell. On the other hand, in modern canon law, these forms of punishment are mostly provided for clergy, and penance is to be endured at a monastery determined by the Bishop (Article 57 of the Rulebook, 2008). The Decree mentions warning and reprimand, and penance is broken down into several forms of punishment (penalties).

8 The Decree stipulates some stricter measures, such as: standing in a church or at a table, strict fasting on dry and raw food, multiple bows, strict fasting on dry and raw food with large bows, monastic silence combined with multiple bows, excommunication, and prohibition of communion (Article 71 of the Decree, 2008).

9 This punishment can be imposed for a period ranging from 3 to 10 years, but if the culprit becomes terminally ill and sincerely repents, he may be pardoned by the Archbishop (Article 58 of the Rulebook, 2008).

and his hierarchical rank; in the latter case, the punishment deprived him of all the rights received during his ordination as a servant of God.

The medieval canon law provided for a one-tier trial process for monks by the so-called external monastery court of the abbots (*forum externum*),<sup>10</sup> whose decision could not be appealed, nor could the monk claim any other legal remedy; all decisions of the *forum externum* on the violation of internal monastic discipline immediately became legally binding and enforceable (Milaš, 2004: 529). The Hilandar *Typikon* prescribes that the trial of a monk in the Karyes cell, due to the specifics of his solitary life, is performed by the Abbot and the fraternity of the Hilandar Monastery (Chapter 42 Hilandar *Typikon*, Богдановић, 2008: 101-102). In accordance with this rule, the *modus procedendi* and the judicial body responsible for the trial of the Abbot is collegial, comprising the most senior monks from the monastery brotherhood.

Modern day canon law sources provide for a two-tier trial process: in the first instance, a more lenient disciplinary penalty is imposed by the diocesan Archbishop;<sup>11</sup> a more stringent one is imposed by the Diocesan Ecclesiastical Court in a collegial composition;<sup>12</sup> in the second instance, depending on the legal remedy, it is imposed by the Grand Ecclesiastical Court. Given that the Diocesan Archbishop presides over the Diocesan Church Court, decisions made at sessions he did not attend must be submitted to him for consent. In case of disagreement between the Archbishop and the Court, the execution of the decision of the Diocesan Court is suspended until the decision of the Grand Church Court is passed (Article 128 of the Constitution of the Serbian Orthodox Church, 2007). The second instance judgment is final and enforceable (Article 87 of the Rulebook, 2008). However, although it is not explicitly mentioned anywhere in modern day sources, it can be said that today there is a three-tier judiciary. Namely, as in the Middle Ages, the Abbot is the first one to investigate the violation of monastic rules. This is evidenced by the provisions saying that, in order to establish the truth, a monk or a novice can present to the Abbot all the evidentiary facts that

---

10 Since the Abbot can also exercise his judicial power over secular persons when they come to confession, a distinction should be made between that procedure and the court procedure for accused monks who may need to be punished. In the first case, it is about the internal monastery court (*forum internum*) where sins are confessed.

11 Art. 108, Point 19 of the Constitution of the Serbian Orthodox Church, 2007 prescribes that the Archbishop may impose punishments: warning, reprimand and penance. These sentences are immediately enforceable.

12 The members of the Diocesan Church Court make a decision by a majority vote. Anyone who does not agree with the decision has the right to file a separate reasoned opinion in writing (Article 127 of the Constitution of the Serbian Orthodox Church, 2007). Penalties imposed by the Diocesan Ecclesiastical Court are subject to consideration and trial by the Grand Ecclesiastical Court (Article 79 of the Constitution of the SOC, 2007).

they know about the accused who is a member of their fraternity. Saint Basil the Great ordered: "Do not hide your brother's sin so that he does not turn his brother's killer instead of the one who loves his brother!" At the same time, no one can be punished by any ecclesiastical punishment without a prior hearing (Article 218 of the Constitution of the Serbian Orthodox Church, 2007) and the Abbot has the right to impose measures in accordance with the canons. Anyone who faults out of ignorance should be forgiven but, despite the presented and applied measures, if it is believed that the Monk is guilty, it is necessary to initiate proceedings before the competent Archbishop (Articles 72-74 of the Decree, 2008).

The procedure is initiated and conducted *ex officio*, except for the proceedings which can be prosecuted in a private lawsuit, as prescribed in the Rulebook.<sup>13</sup> Just like positive law, canon law provides for a trial in the absence of a fugitive monk, and a summary judgment in case of failure to respond to summons (Article 66 of the Rulebook, 2008). Aggravating and mitigating circumstances are taken into account when sentencing (Article 59 of the Rulebook, 2008). Also, canonical legislation prescribes that anyone who intentionally induces, encourages, or aids another to commit a church offense will be punished as if he had done it himself (Article 7 of the Rulebook, 2008).

The right to punishment by disciplinary sanctions has a five-year statute of limitation if the perpetrator is not punished within 5 years from the time when he committed the act, provided that he did not commit any other offence during this time (Article 60 of the Rulebook, 2008). Regardless of the committed offense, corporal punishment of monks is prohibited by canon law (Art. 73 of the Decree on Monastic Life, 2008)

### 3. Types of punishable acts committed by monks

Positive law systematically prescribes criminal offences and sanctions, which is not the case with canon law. Chapters of *typikons*, articles of the Church Constitution, laws, decrees, and rules regulating various aspects of monastic life usually include provisions on offenses against orders and prohibitions, as well as appropriate sanctions. Unlike modern day canonical legislation, in the Middle Ages, church authority did not interfere with the autonomy of monasteries<sup>14</sup> and

---

13 An example of initiating proceedings as a private lawsuit could be when a monk was in charge of movable or immovable property, designated for monastery use, which he embezzled. The ecclesiastical court can make its decision only following a private lawsuit filed by the interested party, based on the available evidence, since it examines the whole matter (Article 75 of the Rulebook, 2008).

14 The Hilandar *Typikon* (Chapter 12) defines the autonomy of monasteries, in the sense that Hilandar is free from Rulers and *Protas* (from Mount Athos), and from other monasteries and

the organization of monastic life: instead, the standardization of this matter was completely left to the monastic statutory legislation. In case of legal gaps, customary law was most likely applied as a corrective measure, and the abbot was probably an interpreter of penal norms. In accordance with his role, his social responsibility was large and his legal responsibility was stricter.

If it turned out that the abbot was unsuitable and incapable of administration, or if it was established that he acquired some property while managing the monastery, that property was confiscated in favor of the monastery and the fraternity had the right to remove him from the monastery administration. The same provision was prescribed for the ruthless and condescending trial of an abbot (Chapters 14 and 19 of the Hilandar *Typikon*, Богдановић, 2008:73-75, 80-81). In the Syntagma of Matthew Blastares, the punishment was specified only in case an abbot acted contrary to the rules for performing tonsures. In the same legal monument, excommunication was prescribed as punishment if the abbot did not investigate the reason for the monk's escape and did not return him to his flock: "because he heals a sick lamb with appropriate remedies." (Rules 3 and 5 from Chapter M-15 of the First-Second Parliament, Blastares' *Syntagma*, SANU, 2013: 293-294, 297). According to the Hilandar *Typikon*, excommunication was also a punishment for an abbot who unjustifiably and unnecessarily disposed of monastic things and money (Chapter 20 of the Hilandar *Typikon*, 2008: 81-82), while Blastares' *Syntagma* prescribed the punishment of penance for an abbot who was not ordained as a priest (Rule 19 from Chapter M 15, Blastares' *Syntagma*, SANU, 2013:: 295). In Dušan's Code, a stricter punishment was prescribed for the abbot who was placed at the head of the monastery by bribery. In that case, both the abbot and the one who appointed him were to be excluded (anathematized) from the church community, but the exclusion of the abbot was not to be done without the participation of the church (Articles 13 and 14 of Dušan's Code) (Novaković, 1898: 17-19). In the Studenica *Typikon*, Saint Sava especially emphasized that the abbot was not to be expelled, unless his guilt was over a grave matter, or it could not be remedied, or it was a matter for which he was rebuked in front of everyone, or he could not repent for his deed (Chapter 13 of Studenica *Typikon*, Богдановић, 2008: 111-118). In modern canon law, Article 53 of the Rulebook points out that the autonomy of the monastery is violated when the Abbot/Abbess is punished by being deprived of monasticism due to accepting someone into the fraternity/sisterhood without the approval of the competent Archbishop or for a bribe, or if he/she is a mentally impaired

---

from personal rulers (persons distinguished by high position or great wealth), and that the monastery must not come under the right of disposal or imperial or ecclesiastical authorities, or any private persons. In a similar way, the freedom of the monastery is emphasized in Chapter 12 of the Studenica *Typikon*.

person, or if he/she is bound by marriage, or if he/she does not supervise the fraternity/sisterhood, or if he/she treats someone inhumanely or does not adhere to monastic rules (Article 53 of the Rulebook, 2008).<sup>15</sup>

If we compare the Hilandar *Typikon* with the Studenica *Typikon*, we can see observe differences in a few provisions only. In the former, exclusion from the monastic community was prescribed in case someone wanted to endanger the freedom of the monastery. In addition to the punishment of excommunication, the Studenica *Typikon* mentioned that the culprit should be cursed. The Hilandar *Typikon* explicitly stated that the culprit should be anathematized, without mentioning excommunication. In the Hilandar *Typikon*, exclusion was also envisaged in other cases: for violation of the vow of obedience, for recidivism after the repeated imposition of milder punishments, and for first-time offenders where no prior disciplinary punishment was awarded. If the monk argued with the Abbot, did not wait for his orders, or was not satisfied with the place he was given at the table, he was to be excluded after the third warning. If a monk was late for prayer or dinner, he was pronounced a penance; if he repeated his transgression, the monk was to be punished by expulsion. The same provision applied to those who did not get up on time for the morning service; they were to be expelled after the third penance. However, those monks who were "lawless" had to be expelled instantly, at the cost of leaving behind only a few of monks in the monastery (Chapters 9, 25 and 28 of the Hilandar *Typikon*, Богдановић, 2008: 65-67, 85, 87). Blastares' *Syntagma* stated that those who abandoned their children under the pretext of asceticism (joining a monastic order) were to be punished with anathema: "If someone does not care about his family, he has renounced his faith and is worse than a non-believer." (Rule 13 from Chapter M-15 of Blastares' *Syntagma*, SANU, 2013: 298).

In modern day canonical documents, final exclusion (as the most serious vindictive punishment) is provided for those monks who violate the church order, work against church interests or the church in general (Article 49 of the Rulebook, 2008). Article 47 of the Rulebook specifies that monks who renounce obedience to the diocesan ecclesiastical authority, rebel or conspire against it, deny it due respect, insult it, slander it, humiliate it, do not recognize it or will not carry out its decisions or orders, do not accept the competent parish priest, or generally neglect their religious and ecclesiastical duties may be punished by disciplinary action; in more severe cases, they can be punished at the discretion of the court. The possibility of awarding disciplinary measures is also prescribed for those who engage in cheating, arbitrary dissolution of the marital union, inhuman

---

15 In modern canonical legislation, the autonomy of the monastery has been violated but, unlike the medieval legislation, gender equality has been fully respected.

treatment of relatives or other persons; in more serious cases, the prescribed punishment is anathema (Article 51 of the Rulebook, 2008).

The basic elements of the monastic system are the vows of the one who consecrates himself, pledging that he will a life of celibacy,<sup>16</sup> poverty and obedience (Grigorian, 2011: 36). Every crime against these elements requires punishment of monks. According to the medieval canonical documents, the validity of these obligations ceased to exist either by an arbitrary act of leaving the monastery or by the decision of the abbot who decided on one's deprivation of the monastic rank. Blastares' *Syntagma* stipulates that, if a monk left a monastery and moved to another, and it turned out in the meantime that he owned some property, the property was to belong to the first monastery (Blastares' *Syntagma*, SANU, 2013: 303-304). Violation of the vow of poverty is even more difficult to punish when it comes to theft. The Hilandar *Typikon* prescribes that the culprit who steals items used for worship should be punished according to the law (without further specification). It also remarks that it is possible to alienate such property in cases of *vis maior* (e.g., fire or earthquake), but then the abbot cannot decide alone but only in agreement with more senior monks (Chapter 21 of the Hilandar *Typikon*, Богдановић, 2008: 82). The rule from the Euergetism *Typikon* was probably applied here; thus, in case of theft of monastery property, exclusion was pronounced after a warning (Gautier, 1982: 63-66). This claim can be supported by the rule that "whoever takes, be it one coin or fruit," will be punished with penance in line with the monastic rules, and if "he steals from the monastery and does not better himself", he will be excluded (Chapter 24 of Hilandar *Typikon*, Богдановић, 2008: 84). Thus, medieval canonical sources provide for warning of the monks, penance, or having them expelled, depending on the gravity of the offense and the type of items that are illegally taken from the monastery.

In accordance with the medieval rule stating that in case of violation of the vow a monk will be punished by deprivation of monasticism, modern day canonical sources prescribe that this punishment shall also be imposed on those who establish a monastery without the approval of the competent Archbishop, or a monastery from the Church, or release monks/nuns voluntarily from Archbishop's authority, or start a mixed-gender monastery where monks and nuns live together (Article 52 of the Rulebook, 2008). Deprivation of monasticism is prescribed for someone who violates the vow of poverty: commits theft, embezzlement, or evasion (Article 22 of the Rulebook, 2008). Disciplinary penalties are provided for those monks who appropriate monastery money or property,

---

16 Given that celibacy implies a voluntary vow of sexual abstinence and remaining unmarried, the *Syntagma* envisaged that those men and women who vowed to virginity and did not wear monastic clothes were punished with penance if they renounced their vows and entered into a legal marriage (*Syntagma*, SANU, 2013: 300).

handle it improperly and to the detriment of the church, keep books and forge documents incorrectly or destroy them, lose or alienate property without the approval of the church authorities. If the court deems it necessary, more severe punishment may be imposed for the commission of these acts (Article 48 of the Rulebook, 2008).

The vow of obedience is perhaps the most important one. According to the monastic legal order, every act contrary to this vow is considered *ipso iure* null and void. As Jesus Christ said, "He that eateth my flesh and drinketh my blood abideth in me," and "If you do not eat my flesh and drink my blood, you have no life in you" (John 6:56; 6.53). Relying on these words, in the Studenica *Typikon*, St. Sava envisaged the punishment of excommunication for anyone who does not approach fully or does not approach at all the mystery of the Holy Eucharist (communion) within the specific period of time<sup>17</sup> because he did not cleanse himself of shameful thoughts, words, and gossips, or anyone who lies or who is wrathful, abusive, or consumed by passion (Chapter 12 of the Studenica *Typikon*). Excommunication was also prescribed for monks who arbitrarily distribute or unjustifiably take for themselves monastic property (Chapters 5 and 20 of the Hilandar *Typikon*, Богдановић, 2008:57-58, 81-81). As the Studenica *Typikon* insisted on the monastery autonomy and right to monastery property, anyone who wanted to take something from the monastery was punished by excommunication and cursed, even if he were in power: "Three times he is miserable and three times cursed" (Chapter 12 of the Studenica *Typikon*, Богдановић, 2008: 110-111).

The *Syntagma* prescribes excommunication in case a monk leaves the monastery on his own initiative and moves to another one or starts living secularly. In this case, the one who received the monk would be punished with the same punishment (SANU, 2013: 297-298). This is in accordance with the previously mentioned rule on the exculpation of the abbot who is not able to return the fugitive monk. Dušan's Code builds on the Chapter of the Hilandar *Typikon* dedicated to the monastic care for the poor, prescribing the punishment of excommunication from the "dream" (deprivation of monasticism) (Novaković, 1912: 367).

Unlike the medieval rules, in modern-day canonical sources, one can find the provision envisaging excommunication of a fugitive monk; but, if he returns and repents, he receives the blessing again that he can wear a monastic suit (Article 58 of the Decree, 2008). Therefore, in the Middle Ages, there was no possibility of repentance for this type of disobedience but only the punishment

---

17 As emphasized in the Studenica *Typikon*, a monk who does not receive communion within a 40-day period is subject to a one-year expulsion from participation in worship services (Granić, 1998 c: 222).



of excommunication. The modern-day provisions also state that a monk will break the vow of obedience if he goes to indecent places (cafes, bars), engages in usury, ridicules the helpless, fights, plots, slanders, lies, bribes, swears, and cheats; for these offences, one can be punished with disciplinary penalty; in more serious cases or in case of recidivism, one may be punished at the discretion of the court (Article 25 of the Rulebook, 2008). The same applied to monks who associated with infamous persons, fornicators, bullies, drunkards, squanderers, gamblers, criminals); thus, should a monk incite or assist such persons in committing immoral deeds or crimes, conceal or befriend such persons, the monk shall be punished by deprivation of the monastic rank (Article 26 of the Rulebook, 2008). Given that monks can may be held responsible both under positive law and canon law, Articles 27, 46 and 50 of the Rulebook specify that anyone who falsely testifies or commits murder or perjury, falls into heresy, schism or blasphemy, engages in witchcraft or spiritualism, gets involved in usury, engages in capricious litigation, engages in some other type of employment outside of the monastery without the consent of the Archbishop, or goes hunting with fire weapons, is to be punished with a disciplinary penalty, or more severely at the discretion of the court.

#### **4. Conclusion**

The diversity of monastic rules testifies about the vigilance of the church to prescribe different rules in different epochs and under various conditions. These rules regulated the relationship between monks and the vows they voluntarily made, as well as the legal/social responsibility that they willingly took upon themselves. Starting from the period of St. Sava through all historical turbulences (such as: the pressure of Islamization during the Ottoman conquest of the Balkans, unification and major migration processes that threatened the stability and the functioning of monastic communities, as well as the general spiritual state of being), there was a need to interpret and modernize monastic rules as evidenced in the modern day sources of Canon law.

Although canons are a unique true expression of the authority of the church, they cannot replace the church, which has the power and responsibility to adopt new canons when necessary. In that light, throughout its history, the Serbian Orthodox Church has also passed new provisions on church court proceedings which were binding on its members. The church finds nothing inappropriate in constantly renewing and adapting the judicial tradition to the specific needs of each epoch. In judicial theory and practice, it is generally accepted that the Orthodox canonical tradition encourages constant renewal and free adaptation of the Canon essence to the special problems that arise in each epoch because

that adaptation reveals *par excellence* the spiritual and dynamic character of canon law.

Both medieval canon law and modern-day canon law first prescribe disciplinary penalties for a monk who sins. In medieval documents, they are less stringent probably because there was a one-tier decision-making process (performed by the abbot); so, the monk bettered himself more easily among his fellows. More severe forms of punishment were received only in exceptional cases, when a monk showed persistence in his sin even after being issued a warning. On the other hand, the Serbian Orthodox Church Constitution, the Decree on Monastic Life, and the Rulebook on Church Court Proceedings have taken over some rules from positive law (such as consideration of aggravating and mitigating circumstances); thus, in most cases, modern-day canon rules prescribe disciplinary penalties, primarily because the monk's legal responsibility is closely associated with his social responsibility. However, an anathema may be imposed for the committed act if the court deems it necessary.

Exclusion, as a vindicative punishment, was pronounced in the Middle Ages for those who violated the autonomy of the monastery. Today, it is imposed on those who undertake something against the church order. The development of Serbian Canon Law through history may be observed through some of the earliest written documents and how they envisaged the autonomy of Serbian monasteries. In the Hilandar *Typikon* and the Studenica *Typikon*, the autonomy of the monastery was envisaged as possession of unlimited legal and business capability and complete administrative independence and the exclusion of any authority of church and state authorities in this sphere. In the Hilandar *Typikon*, autonomy was protected from any secular and spiritual authority; in the Studenica *Typikon*, Saint Sava placed trust in the ruler and entrusted him with preserving the autonomy of Studenica Monastery. For this reason, we can observe slightly different regulations on monastery life and punishment of monks in these two documents. In the Hilandar *Typikon*, the process of choosing the Abbot was internal (he was chosen by the *collegium* of monks); in the Studenica *Typikon*, it was an external process (he was chosen by the ruler, bishop and Abbots of other monasteries). The approach presented by St. Sava in the Studenica *Typikon* is closer to the one we find in modern-day canon law sources.

Given that monasticism is a special and very important form of church rank, which significantly differs from other ranks in a number of voluntarily given vows (celibacy, poverty and obedience), monks live in accordance with these vows until the end of their lives. As stated in Canon IV of the Fourth Ecumenical Council (451 AD): "Let those who truly and sincerely lead the monastic life be counted worthy of becoming honor".

In order for a monk to constantly reside in a blessed state of calm, he is required to always show unquestioning obedience to his abbot, and to ask for his blessing for everything he does, in line with the vows he made when he received the holy skhima. Hence, as St. Sava specified, the one who does not confess and does not take communion should be “thrown out of the monastery and cut off like a festering limb, and removed and discarded as a wound that is difficult to heal or a completely incurable.” However, St. Sava gave up this kind of punishment and prescribed penance, as a punishment for those who do not take communion.

Violation of monastic rules can result in punishment. The spiritual character of church penalties in the canonical tradition is inextricably linked with the character of the sacramental experience as a whole. Church penalties that have the Eucharist (communion) at their center, one of the most important Christian sacred secrets, express the spiritual content of the church laws: for this reason, such penalties cannot be compared to sanctions of punitive nature. Church penalties help a person who a transgressor to get back on the right path. Thus, the multiple purpose of punishment (expressed through triple prevention) constantly encourages monks to take legal and social responsibility. Individual prevention directly encourages the monk’s social responsibility through legal responsibility; namely, it is only if he is punished that the monk regains the lost goodness that he can only find in the monastery life. The general prevention is aimed at making the monks and those who intend to become monks think carefully about whether they will leave the monastery; thus, due to his social responsibility, the monk also takes into account the legal responsibility. Finally, the deductive function may be observed in the fact that a legally and socially responsible monk protects the reputation of the monastery; thus, someone who has decided to dedicate himself to God cannot give up his monastic life so easily. A monk who is ultimately excluded from a monastery forever, or affected by the anathema, does not remain permanently excommunicated from the church community due to the fact that he was baptized. Given that monasticism is the “second baptism”, it renews the grace of baptism.

## References

Богдановић, Д. (2008). *Свети Сава, Сабрани списи* (приредио Димитрије Богдановић), Београд: Просвета.

Gautier, P. (1982). Le typikon de la Théotokos Évergétis, *Revue des etudes byzantines*, 40, Paris: Institut Francais Detudes Byantines (5-101).

Глигић, С. (2019). Прописи о киновијском животу и кажњавању монаха, *Црквене Студије*, 16/2, Ниш (97-113).

Гранић, Филарет (1998а). Црквеноправне одредбе Хиландарског типика Св. Саве, *Богословље*. Београд: Православни богословски факултет, Универзитет у Београду, (180-225).

Гранић, Ф. (1998б), Монаштво у служби ближњега у старом и средњем веку, *Богословље*. Београд: Православни богословски факултет, Универзитета у Београду, (67-72).

Григоријатски, Ј. Д. (2011). *Монашка схима равноанђелски живот. Значај свете тајне монашке схиме по светим оцима*, Београд: Задужбина Светог манастира Хиландара.

Лествичник, Св. Ј. (2008). *Лествица*. Манастир Хиландар: Хиландарски путокази.

Милаш, Н. (2005). *Православноцрквено право*, Београд-Шибеник: Истина.

Милаш, Н. (2004). *Црквено казнено право*, Београд-Шибеник: Истина.

Мирковић, Л. (1934). Скитски устави Св. Саве, *Братство*, 28, Београд: Друштво Свети Сава, (51-67).

Мошин, В. (1979). Правни списи светога Саве, *Сава Немањић – свети Сава, Историја и Предање* (приредио Војислав Ђурић), Београд: САНУ, (101-126).

Новаковић, С. (1912). *Законски споменици српских држава средњег века*, Београд: Државна штампарија Краљевине Југославије.

Новаковић, С. (1907). *Матије Властара Синтагмат. Азбучни зборник византијских црквених и државних закона и правила*, Београд: Државна штампарија Краљевине Југославије.

Новаковић, С. (1898). *Законик Стефана Душана: цара српског 1349 и 1354*, Београд: Државна штампарија.

Петровић, М. (1986). *Студенички типик и самосталност српске цркве*, Београд: Дечије новине.

Радојчић, Н. (1950). *Душанов законик 1349-1354*, Нови Сад: Градска штампарија.

САНУ (2013). *Матија Властар Синтагма* (превод Татјана Суботин-Голубовић), Београд: САНУ.

Соловјев, А. (1998). *Историја словенских права. Законодавство Стефана Душана цара Срба и Грка*, Београд: Службени лист СРЈ.

Соловјев А. (1926). *Одабрани споменици српског права од XII до краја XV века*, Београд: Геца Кон.

Ђоровић, Владимир (1928). *Списи Св. Саве*, Дела старих српских писаца, књига I. (приредио Владимир Ђоровић), Београд-Сремски Карловци: Српска манастирска штампарија.

*Legal documents*

Правилник и поступак за црквене судове (2008), Београд: Свети архијерејски синод Српске православне цркве (СПЦ).

Уредба о манастирском животу (2008), Београд: Свети архијерејски синод СПЦ

Устав Српске православне цркве (2007), Београд: Свети архијерејски синод СПЦ.

**Др Сања Глигић,**  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Београду

## **ОДГОВОРНОСТ МОНАХА У ПРАВНОМ И ДРУШТВЕНОМ КОНТЕКСТУ**

### **Резиме**

*Током историје у живот Цркве продирао је људска воља, желећи да се у њој утврди. Од епохе императора Константина у црквеној свести стасава идеја да се основно начело организације црквеног живота налази у сфери права. Међутим, за разлику од позитивног права, канонско право не представља израз воље појединачних особа или црквеног народа, већ су то правила проистекла из природе Цркве. Пошто Црква, као и сваки организам, поседује два начела: статичко – своје устројство и динамичко – своје животне функције, може се сагледати одговорност монаха у складу са канонским правом, а може и у друштвеном контексту. Притом, ова начела су неодвојива, будући да нема живота без устројства нити устројства без живота.*

*Позитивно право налаже у случају изласка члана из неке организације, без обзира на разлог (добровољно или по сили закона), да сви односи између ње и бившег члана бивају прекинути. С друге стране, уколико кажњени монах, због тежине изречене санкције, мора да напусти манастир, он и као бивши члан остаје хришћанин. Ово произилази из тога да крштење представља неизбрисиву чињеницу духовног живота.*

*У раду се питање одговорности монаха сагледава поређењем средњевековних и савремених извора српског канонског права, да би се у одређеном периоду могле уочити промене и извели што прецизнији закључци.*

**Кључне речи:** монах, казна, дисциплинско-казнена јурисдикција, одговорност, типичи Светог Саве, Уредба о манастирском животу.

**Др Љубинка Ковачевић,\***  
Ванредни професор Правног факултета,  
Универзитет у Београду

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД  
10.5937/zrpfno-26955

UDK: 331.5:349.2  
331.106

Раd примљен: 07.06.2020.  
Раd прихваћен: 14.12.2020.

## **ЗАШТИТА УЧЕСНИКА ОГЛАСА ИЛИ КОНКУРСА И ПРАВО НА ДЕЛОТВОРНО ПРАВНО СРЕДСТВО У ОПШТЕМ РЕЖИМУ РАДНИХ ОДНОСА**

**Апстракт:** Јавни оглас, односно конкурс за заснивање радног односа представљају инструменте посредством којих се може остварити уставно начело да сваком под једнаким условима морају бити доступни сви слободни послови. Примена тог начела најтешње је повезана с делотворним остваривањем слободе рада и права на рад, због чега поступак заснивања радног односа не може бити ван домаћаја контроле која омогућава непосредно уклањање неправилности и незаконитости у овом поступку. У том смислу је у чланку размотрено питање права учесника огласа или конкурса на делотворно правно средство, и то не само кроз право на правосудне и ванправосудне правне лекове, већ и кроз право на приговор или жалбу, као средства којима се остварује интерна заштита права. У Републици Србији, ово питање је посебно деликатно, јер Закон о раду не познаје двостепеност, док судска заштита права учесника огласа или конкурса није непосредно уређена, уз изузетак заштите од дискриминације, као и заштите радника којима је код послодавца претходно престао радни однос као вишку запослених, због чега уживају првенство при запошљавању за обављање истих послова. Такво решење прати низ отворених питања, посебно што учесници огласа или конкурса у посебним режимима радних односа уживају двостепеност у истој ситуацији, чиме се доводи у питање делотворна примена начела једнакости и једнаке законске заштите. У чланку су, отуд, формулисани предлози *de lege ferenda* за стварање услова за делотворно остваривање права на рад, слободе рада и заштите од дискриминације у поступку у ком радник настоји да стекне статус

---

\* ljubinka@ius.bg.ac.rs

*који ће му обезбедити средства за издржавање, као и могућност да кроз рад развија своју личност.*

**Кључне речи:** *право на рад; слобода рада; заснивање радног односа; оглас; конкурс; право на делотворни правни лек; двостепеност; судска заштита права радника.*

## 1. Увод

Потреба за економском сигурношћу једна је од основних потреба сваког човека, а подразумева могућност да се на основу слободно изабраног занимања и запослења обезбеђују средства за издржавање (Cieslar, Nayer, Smeesters, 2007: 126). Ова потреба може се задовољити, између осталог, и заснивањем радног односа, при чему поступак заснивања радног односа обухвата различите фазе кроз које се однос радника и послодавца преображава од одређене правне везе, преко успостављања грађанскоправног односа до постанка радног односа (утврђивање одлуке о потреби заснивања радног односа; пријављивање слободних послова; подношење пријаве на оглас или конкурс; претходна провера радних способности; одлучивање о пријавама; закључење уговора о раду или доношење одговарајућег управног акта/ решења о премештају или о пријему у радни однос/; и ступање на рад, Шундерић, 2009: 73–77).

За послодавца, заснивање радног односа има за циљ избор и ангажовање кандидата од којих се може очекивати да ће на најбољи начин обављати послове и доприносити стварању добити (ако је реч о тој врсти послодавца), тј. да ће његов рад допринети добром функционисању предузећа. Гаранције слободе предузетништва и слободе уговарања, као и одговорност за добро функционисање радне средине обезбеђују послодавцу широку слободу избора сарадника, коју можемо сматрати и *слободом запошљавања других за обављање послова из делатности предузећа* (Badinter, 2017: 33–34). Потоња слобода може угрозити интересе радника, посебно у смислу ризика да не буду изабрани као кандидати за заснивање радног односа због ванпрофесионалних разлога, а, нарочито због стварних или претпостављених (урођених или стечених) личних својстава која представљају основ дискриминације. Право настоји да спречи такву праксу, а, у погледу одређених лица, послодавцима чак намеће обавезу (поновног) запошљавања. У овим границама, послодавцу припада читав низ овлашћења, која треба да му омогуће да на најбољи начин оцени способности учесника огласа или конкурса – од уређивања поступка избора кандидата за заснивање радног односа, преко



утврђивања посебних услова за заснивање радног односа, до избора лица која ће ангажовати за обављање послова, будући да расписани оглас или конкурс не стварају обавезу запошљавања чак ни најбољег кандидата. Таква позиција послодавца одређена је не само његовом економском моћи, већ и тиме што су ретки појединци који себи могу да приуште луксуз да не зарађују за живот на основу свог рада. То је и разлог што правна правила која се односе на заснивање радног односа имају велики значај за делотворно остваривање *права на рад*, а, последично, и других економских и социјалних права, али и грађанских и политичких права, имајући у виду повезаност и међузависност људских права и основних слобода.

Упркос томе што је заснивање радног односа изузетно значајно за интересе државе, правном уређивању овог питања посвећено је недовољно простора, те се државна интервенција неретко своди на уређивање послова запошљавања и заштите незапослених лица и на обезбеђивање лакшег повезивања понуде и потражње на тржишту рада, док се послодавцима остављају широка овлашћења везана за избор кандидата за заснивање радног односа (Lord Wedderburn of Charlton, 1986: 172). Тако, у позитивном праву Републике Србије, послодавац није обавезан да јавно огласи слободан посао, већ је само дужан да носиоцима послова запошљавања пријави потребу за запошљавањем једног или више лица за обављање послова из његове делатности.<sup>1</sup> Повреда те обавезе представља прекршај, али не утиче на ваљаност радног односа који је заснован без пријављивања потребе за запошљавањем, што значи да пријављивање потребе за запошљавањем нових радника није конститутивни елемент поступка заснивања радног односа, већ пре свега доприноси праћењу стања на тржишту рада од стране Националне службе за запошљавање. Законом о запошљавању и осигурању за случај незапослености, као ни Законом о раду<sup>2</sup> нису уређене ни фазе поступка заснивања радног односа, нити су потврђена начела вредновања способности учесника огласа или конкурса, што угрожава делотворно остваривање слободе рада и права на рад, као и њиховог битног елемента који се тиче доступности слободних послова свима под једнаким условима. Поступак заснивања радног односа, отуд, прати ризик повреде права и на праву заснованих интереса учесника огласа или конкурса, односно ризик повреде обавеза и дужности које послодавац има у вези са заснивањем радног односа. Поводом тако насталог спора може се захтевати отклањање повреде права или интереса, односно отклањање повреде обавеза или дужности учињене одлуком о избору кандидата за заснивање радног

1 Чл. 4 и чл. 34, ст. 1, тач. 3 Закона о запошљавању и осигурању за случај незапослености, *Сл. гласник РС*, 36/09, 88/10, 38/15, 113/17 и 113/17.

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

односа (Шундерић, 1993: 21–22). Ово питање је посебно деликатно имајући у виду изостанак двостепености одлучивања о кандидату за заснивање радног односа, као и нејасна правила везана за судску заштиту права учесника огласа или конкурса.

## **2. Право на правно средство против одлуке о избору кандидата за заснивање радног односа**

Одлука о избору кандидата за заснивање радног односа може бити неповољна по учесника огласа или конкурса, најпре због *неправилне оцене испуњености услова за заснивање радног односа*. То, пре свега, вреди за случај да је послодавац оценио да лице које је поднело пријаву на оглас или конкурс не испуњава услове за заснивање радног односа и да му због тога не може бити поверено обављање слободног посла, док то лице сматра супротно. У том случају, учесник огласа или конкурса треба да буде у могућности да оспорава исправност послодавчеве одлуке у погледу оцене да не испуњава услове за заснивање радног односа (Фримерман, 1981: 61–62). Ако је донета одлука о избору другог кандидата, учесник огласа или конкурса за ког послодавац сматра да не испуњава услове за заснивање радног односа треба да има могућност да оспорава одлуку о избору уколико сматра да изабрани кандидат не испуњава услове за заснивање радног односа. Коначно, учесници у поступку за заснивање радног односа морају имати право на правно средство и ако су *повређена правила поступка за заснивање радног односа*, примера ради, тиме што је изабран кандидат који се није пријавио на оглас или конкурс у прописаном року, или што у прописаном року није донета одлука о избору, или што је одлуку о избору донео ненадлежни субјект, или што услови за заснивање радног односа који су објављени у огласу или конкурс у не одговарају условима утврђеним законом и/или правилником о организацији и систематизацији послова, или су на други начин повређена правила поступка, а што може да утиче на одлучивање по огласу или конкурс у.

*Из гаранције доступности послова свима под једнаким условима* произлази обавеза послодавца који је расписао оглас или конкурс да о њиховом исходу (тј. о одлуци о избору, или о неуспеху огласа или конкурса) обавести све учеснике огласа или конкурса, док би они морали имати право да поднесу *приговор или жалбу* надлежном органу код послодавца (Поповић, 1990: 102). Приговором или жалбом може се, на име, саопштити послодавцу да је одлуком о избору или одлуком о неуспеху огласа или конкурса повређено неко право учесника огласа или конкурса или њихов интерес заснован на праву, због чега се може захтевати да се повреда утврди и да се, у складу

с тим, измени послодавчева одлука. У интерном поступку (поступку интерне заштите),<sup>3</sup> одлука о избору кандидата за заснивање радног односа може бити потврђена (ако се утврди да је донета у свему у складу с меродавним прописима), поништена (ако се утврди да је донета супротно меродавним прописима, јер је нпр. изабран кандидат који не испуњава услове или кандидат код ког постоје сметње за заснивање радног односа или кандидат који је поднео неблагоприятну или неуредну пријаву и сл.), преиначена или укинута (ако постоје разлози за поновно одлучивање о пријавама на оглас или конкурс, у смислу сазнања за нове околности или потребе да се отклоне уочени пропусти у поступку заснивања радног односа).

Приговор или жалба, притом, могу бити *деволутивна правна средства*, а у случају да код послодавца није формиран другостепени орган, они делују као *ремедијативна правна средства*. Потоње решење се, с правом, критикује у литератури, јер постоји ризик да исти орган, у истом саставу, неће моћи да објективно поново одлучује о одређеном питању (Николић, 1988: 350). Исто вреди и за праксу Европског суда за људска права, у којој се редовно указује на институционалну компоненту делотворности правног средства. Реч је, прецизније, о потреби да се обезбеди институционална независност органа који одлучује о правном средству, а који мора бити довољно независан од власти која је наводно одговорна за повреду одређеног права, док се тзв. ремедијална делотворност везује за способност субјекта који поступа по правном леку да пружи одговарајућу заштиту, у смислу исправљања повреде права. Осим тога, постоји и суштинска делотворност, која се тиче способности гарантовања неког права тако да оно буде стварно, а поводом чега Корљан, с правом, истиче да није реч о различитим облицима делотворности правног лека, већ о различитим нивоима делотворности, који су међусобно комплементарни (Корљан, 2017, 352).

Учесници огласа или конкурса имају и право на тужбу против одлуке о избору која је по њих неповољна и за коју сматрају да је неправилно и незаконито донета. Ово право, као и право на приговор или жалбу, представљају важна и моћна процесна средства, али и основно људско

3 Израз *интерни поступак* означава скуп правила по којима послодавац доноси одлуке које могу бити преиспитиване на нивоу предузећа. Реч је, прецизније, о поступку у ком учествују доносилац и адресат одлуке, а, у случају да приговор или жалба имају деволутивно дејство, онда и другостепени орган код послодавца. У сваком случају, придев „интерни“ у синтагми интерни поступак треба да омогући разграничење овог поступка од судског или неког другог поступка у ком, поред доносиоца и адресата одлуке, учествује и непристрасно треће лице, које не функционише под окриљем предузећа (Lafuma, 2008: 10).

право радника, јер би у супротном, гаранције слободe рада и права на рад биле илузорне. У том смислу, гаранције права на приговор, односно жалбу и права на судску заштиту, те стварање услова за њихово делотворно остваривање, доприносе постизању двојаких циљева. Први циљ се тиче делотворне примене *начела једнаке доступности послова и начела законитости*, јер се коришћењем ових процесних средстава омогућава уклањање неправилности и незаконитости у поступку заснивања радног односа. С тим у вези, може се уочити и други циљ, а то је *заштита уставом зајемчених и на закону заснованих права учесника огласа или конкурса*. Исто вреди и за поступке заштите које ова лица могу покренути пред независним контролним институцијама, јер, поред правосудних, и *неправосудни правни лекови* омогућавају заштиту права радника.

Интересантно је уочити да у неким државама заштити права учесника огласа или конкурса доприносе и представници синдиката или савета запослених, и то кроз остваривање *права на партиципацију у одлучивању о запошљавању у предузећу*. Тако, примера ради, у Немачкој, послодавци са својством приватног лица који редовно запошљавају више од 20 запослених имају законску обавезу да обавесте савет запослених о намераваном запошљавању, напредовању и премештају радника, док су у тзв. јавном сектору ограничења слободe уговорања посредством правила о партиципацији још екстензивнија (Weiss, Schmidt, 2010: 86–87). У погледу запошљавања, ова обавеза у општем режиму радних односа, прецизније, подразумева достављање обавештења о кандидату за заснивање радног односа и послу за који се ангажује, пре него што с њим буде закључен уговор о раду, као и обавезу послодавца да затражи сагласност савета запослених с одлуком о запошљавању.<sup>4</sup> Уколико се савет запослених сагласи, уговор о раду може да буде закључен, при чему сагласност може бити ускраћена ако се послодавчевом одлуком крше меродавни прописи, као и ако постоје стварни разлози због којих се може очекивати да ће, услед заснивања радног односа с новим радником, доћи до отпуштања запослених у предузећу или да ће они на други начин бити доведени у неповољнији положај.<sup>5</sup> Исто вреди и за случај да се нови радник запошљава на неодређено време, иако није узета у обзир могућност да на том послу буде запослен радник који већ ради за послодавца на одређено време, као и за случај да запослени у предузећу нису били обавештени о слободном

4 Део 99, ст. 1 Закона о успостављању савета запослених од 25. септембра 2001. године (Betriebsverfassungsgesetz, *Bundesgesetzblatt*, I, 2518; I, 2651). Преузето 17. 5. 2020. [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_betrvg/englisch\\_betrvg.html#p0562](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_betrvg/englisch_betrvg.html#p0562)

5 Део 99, ст. 2, Betriebsverfassungsgesetz, *Bundesgesetzblatt*, I, 2518; I, 2651. Први случај, заправо, указује на обавезу савета запослених да контролише сагласност намераваног запошљавања с меродавним прописима.

послу или да постоје објективни разлози због којих се може очекивати да ће кандидат за заснивање радног односа својим понашањем, а пре свега расистичким и ксенофобним активностима, изазвати поремећај у предузећу. У случају да савет запослених ускрати сагласност, одлука о избору не може бити извршена, с тим што изузетно, послодавац има могућност да привремено ангажује радника и пре него што се савет запослених изјасни или, чак, упркос томе што је савет запослених ускратио сагласност за запошљавање.<sup>6</sup> У том случају, послодавац без одлагања обавештава савет запослених о овом радном ангажовању и у року од три дана подноси захтев радном суду да донесе одлуку која ће заменити сагласност савета запослених (коју је савет ускратио) и којом ће бити потврђено да је послодавчева радња била хитно потребна. Уколико суд одбије да донесе одговарајућу одлуку или утврди да нису постојали објективни разлози који оправдавају запошљавање радника без сагласности савета, послодавац мора иницирати престанак уговора у року од две недеље (Lingemann, von Steinau-Steinrück, Mengel, 2016: 16).

### **3. Заштита права учесника огласа или конкурса у општем режим радних односа у Републици Србији**

#### ***3.1. Изостанак права на приговор (жалбу) и непрецизан правни оквир судске заштите***

Да би постојали услови за делотворну заштиту права учесника огласа или конкурса, послодавац има обавезу да сваког учесника обавести о донетој одлуци о избору, да му омогући разматрање материјала о избору и да га поучи да има право да уложи средство за заштиту својих права, у случају да сматра да су она повређена у поступку заснивања радног односа. Наш законодавац у општем режиму радних односа не предвиђа ове обавезе послодавца, али сматрамо да оне произлазе из начела савесности и поштења. Када је пак реч о поступку за заштиту права учесника огласа или конкурса, најпре треба имати у виду да Закон о раду изричито не уређује ово питање. Из Закона о раду су, наиме, изостале одредбе о могућности судске заштите учесника огласа или конкурса, већ је по овом закону судска заштита резервисана само за запослене, тј. за заштиту њихових права из радног односа, кроз радни спор.<sup>7</sup> Од овог правила постоје и два изузетка – први се тиче заштите учесника огласа или конкурса од дискриминације,

---

6 Део 100, Betriebsverfassungsgesetz, *Bundesgesetzblatt*, I, 2518; I, 2651.

7 Чл. 195 Закона о раду, *Сл. гласник РС*, 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17, 113/17 и 95/18.

док се други изузетак односи на заштиту учесника огласа или конкурса којима је код послодавца који је расписао оглас или конкурс претходно престао радни однос због смањења обима посла или укидања послова услед економских, технолошких, структурних или других сличних промена у предузећу, због чега уживају првенство при запошљавању за обављање истих послова.

За разлику од права на заштиту од дискриминације и права на првенство приликом поновног запошљавања вишка радника, заштита других права учесника огласа или конкурса *није* уређена Законом о раду. Ова правна празнина мора се тумачити у светлу осталих одредаба Закона о раду. С тим у вези, најпре, ваља имати у виду да у општем режиму радних односа не постоји могућност подношења приговора или жалбе другостепеном органу код послодавца или истом органу који је донео одлуку, ако код послодавца не постоји другостепени орган. У поступку заснивања радног односа нема, наиме, двостепености, јер она није предвиђена ни у погледу остваривања и заштите права запослених из радног односа (Јовановић, 2015: 197). То представља значајан пропуст, на који се у нашој литератури истрајно указује још од ступања на снагу Закона о основама радних односа (1996) и Закона о радним односима Републике Србије (1996), којима је први пут била укинута двостепеност. То, је, истина, испрва било учињено само парцијално, јер је овим законима интерна заштита била задржана у поступку изрицања дисциплинске мере престанка радног односа, док у домаћем позитивном праву ниједна одлука послодавца не може бити побијана приговором или жалбом. Ово решење се, с правом, критикује, јер судска заштита права не може да надомести двостепеност у интерном поступку код послодавца. Суд, наиме, пружа заштиту само поводом већ донетих одлука о правима, обавезама и одговорностима радника, и то у поступку који је и сам двостепен, за разлику од приговора и жалби које омогућавају остваривање права на правно средство у поступку у ком се доноси одлука о праву или интересу радника (Ивошевић, 1997: 927–928; Шундерић, 1997: 13–32; Симоновић, 2010: 155–170; Ковачевић, 2016: 580–581). Осим тога, приговор и жалба, у начелу, имају суспензивно дејство, те се њиховим изјављивањем извршење првостепене одлуке одлаже до доношења другостепене одлуке.

За разлику од приговора, односно жалбе, учесници огласа или конкурса имају на располагању друго правно средство против одлуке о избору кандидата за заснивање радног односа. Реч је о *судској заштити права*, јер је Уставом Републике Србије зајемчена једнака заштита права пред судовима, као и право сваког на “жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на закону заснованом

интересу”.<sup>8</sup> Будући да јавни оглас или конкурс представљају средство путем ког се може остварити уставно начело да је сваком под једнаким условима доступно свако слободно радно место, да је примена тог начела најтешње повезана с делотворним остваривањем слободе рада и права на рад, и да уставне слободе и права морају уживати судску заштиту, поступак заснивања радног односа не може бити ван домашаја судске контроле (Ивошевић, 1997: 121–122). У том смислу је и Законом о уређењу судова предвиђена надлежност основног суда за решавање спорова поводом заснивања радног односа.<sup>9</sup> По неким ауторима, спор поводом јавног огласа или конкурса треба сматрати радним спором (Балтић, Деспотовић, 1971: 207; Кулић, 1998: 26, 29; Палачковић, 1998: 65), јер учесник јавног огласа или конкурса има „право да покрене тужбом *sui generis* спор о заснивању радног односа, без обзира што нема статус запосленог“ (Лубарда, 2013: 786–787). Ова врста спора се, притом, квалификује као тзв. *неправи радни спор*, јер тужилац нема статус запосленог, при чему се тужбом може захтевати поништавање конкурса и незаконите одлуке о избору кандидата. Постоје, међутим, аутори који као субјекта индивидуалног радног спора уочавају само запослене и раднике којима је престао радни однос, што води закључку да спор у ком учествује учесник огласа или конкурса сматрају грађанскоправним (а не радним) спором, иако се о том питању нису изричито изјаснили (Шундерић, 1991: 355–356; Kalamatiev, Jovevski, 2015: 9–10; Божовић, 2016, 43–45; Ковачевић Перић, 2018: 338–339; Лазаревић, 2019: 308–309).

Учесници огласа или конкурса могу остварити судску заштиту и на основу Закона о запошљавању и осигурању за случај незапослености. Иако овај закон не потврђује начело јавног оглашавања послова, Национална служба за запошљавање је дужна да у року од 24 сата од добијања информације о потреби послодавца за запошљавањем ту информацију учини доступном лицима која траже запослење објављивањем на огласној табли, интернет адреси и у наредном периодичном издању огласа Националне службе за запошљавање.<sup>10</sup> У том случају, сваки учесник огласа или конкурса мора имати право на судску заштиту уколико је послодавац донео одлуку да по огласу или конкурсима буде изабрано лице које не испуњава јавно објављене услове за заснивање радног односа (Ивошевић, 2015: 110). То, коначно, значи да би без судске заштите учесника огласа или конкурса

8 Чл. 36 Устава Републике Србије, *Сл. гласник РС*, 98/06.

9 Чл. 22, ст. 3 Закона о уређењу судова, *Сл. гласник РС*, бр. 116/08, 104/09, 101/10, 31/11, 78/11, 101/11, 101/13, 106/15, 40/15, 13/16, 108/16, 113/17, 65/18, 87/18 и 88/18.

10 Чл. 10 Закона о запошљавању и осигурању за случај незапослености, *Сл. гласник РС*, 36/09, 88/10, 38/15, 113/17 и 113/17.

била повређена Уставом зајемчена гаранција једнаке законске заштите, јер неки грађани већ уживају судску заштиту у истој ситуацији (кандидати у поступцима заснивања радног односа у посебним режимима радних односа).

У сваком случају, судска заштита права учесника огласа или конкурса не подразумева овлашћење суда да цени целисходност одлуке послодавца, јер он има суверено право да одлучује о избору и да као кандидата за заснивање радног односа изабере лице које сматра најспособнијим за обављање слободног посла. Правна легитимација за оспоравање послодавчеве одлуке о избору, притом, припада учесницима огласа или конкурса који сматрају да је по огласу или конкурс у изабран кандидат који не испуњава услове или да је повређен поступак за избор пријављених кандидата. Тужилац, притом, не мора испуњавати услове за заснивање радног односа, већ је довољно да је поднео благовремену пријаву, независно од тога да ли је и сам могао бити изабран по огласу или конкурс у. Такође, тужбу може поднети и учесник огласа или конкурса који је изабран као кандидат за заснивање радног односа. Он може оспоравати одлуке о избору других кандидата за заснивање радног односа, уколико је изабрано више кандидата, а он сматра да је одлука о њиховом избору незаконита (Шундерић, 1993: 23). Осим тога, изабрани кандидат може поднети тужбу и ако сматра да је одлука којом је изабран незаконита (примера ради, зато што је расписан оглас или конкурс за заснивање радног односа на неодређено време и с пуним радним временом, а он је изабран као кандидат за заснивање радног односа на одређено време и/или с непуним радним временом, или је изабран као кандидат за заснивање радног односа на послу за који није био расписан оглас или конкурс и тсл.). У домаћој судској пракси је афирмисан став да овај спор не треба квалификовати као спор поводом заснивања радног односа, већ као спор о заштити права из радног односа.<sup>11</sup> Професор Лубарда сматра да је ово варијетет радног спора, који се, међутим, не може сматрати спором о заштити права из радног односа, јер „теоријски посматрано, радни однос није заснован све док запослени не ступи на рад“ (Лубарда, 2013: 787–788). Ова резерва се чини прихватљивом, с тим што радни однос није заснован зато што изабрани кандидат није закључио уговор о раду, док ће тек ступањем на рад моћи да остварује права и преузима обавезе из радног односа.

Коначно, у улози тужиоца може се наћи и *запослени коме је одлуком о избору повређен непосредни правни интерес*, примера ради, зато је, под економским притиском, прихватио послодавчеву понуду за премештај на други посао

---

11 Решење Врховног суда Србије, Рев. 3278/93, од 22. октобра 1993. године (нав. према Ивошевић, 1994: 236).



за који је наводно постојала потреба процеса или организације рада, али је послодавац након тога расписао оглас или конкурс за попуњавање посла с ког је запослени премештен на други посао, и због тога у судском поступку оспорава законитост анекса уговора о раду. Исто вреди и ако је запосленом изречена мера удаљења с рада, а послодавац донесе одлуку о избору кандидата за заснивање радног односа управо на послу запосленог који је удаљен с рада, иако он има право да се у прописаном року врати на рад. Треће лице које нема непосредни радноправни интерес не може бити тужилац, јер *actio popularis* није допуштена у радним споровима.

### **3.2. Заштита учесника огласа или конкурса од дискриминације**

Послодавац има суверено право да одлучује о избору кандидата за заснивање радног односа. То право није, међутим, безобално, већ га послодавац може вршити само у складу с начелом једнакости, начелом законитости, начелом правне сигурности, начелом савесности и поштења и другим правним начелима унутрашњег и међународног права. Законом о раду је, отуд, забрањена непосредна и посредна дискриминација лица која траже запослење, уз изричито потврђивање њиховог права да у случајевима дискриминације, пред надлежним судом покрену „поступак за накнаду штете од послодавца, у складу са законом“ и уз пребацивање терета доказивања да није било понашања које представља дискриминацију – на туженог.<sup>12</sup> Цитирану законску одредбу прати, међутим, дилема да ли спор који настаје између послодавца и учесника огласа или конкурса који сматра да је дискриминисан треба квалификовати као дискриминациони спор или као спор поводом заснивања радног односа, будући да дискриминациони спор настаје поводом оспоравања, угрожавања или повреде права на заштиту од дискриминације, без обзира на то шта је конкретан предмет неслагања међу странама спора (Тасић, 2016: 167), што значи да се и спор због повреде права тражилаца запослења на заштиту од дискриминације

12 Чл. 18 и 23 Закона о раду, *Сл. гласник РС*, 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17, 113/17 и 95/18. Интересантно је уочити да је и у словеначком Закону о радним односима, заштита учесника огласа или конкурса непосредно уређена само у погледу неизабраног кандидата који сматра да је при избору кандидата за заснивање радног односа прекршена законска забрана дискриминације. Ово лице има право да у року од 30 дана од пријема послодавчевог обавештења о исходу огласа или конкурса захтева судску заштиту пред радним судом (чл. 200, ст. 5 *Zakon o delovnih razmerjih, Uradni list RS*, št. 21/13, 78/13, 47/15, 33/16, 52/16, 15/17, 22/19, 81/19. Преузето 18. 5. 2020. <http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO5944>). У судском поступку се, притом, не утврђује незаконитост избора и запошљавања радника, тако да кандидат који није изабран по огласу или конкурс у не може да издејствује поништај одлуке о избору кандидата за запослење, већ само може захтевати накнаду штете (Robnik, 2016: 1057, 1060–1061).

може квалификовати као дискриминациони спор. То додатно отежава поздану квалификацију спора који постоји између послодавца и учесника огласа или конкурса о одређеним правним или фактичким питањима која се могу отворити у вези с актом и последицама дискриминације у поступку заснивања радног односа. Ово тим пре што меродавним законодавством није уређен однос између Закона о забрани дискриминације<sup>13</sup> (и других антидискриминационих закона), с једне стране, и осталих закона који изричито забрањују дискриминацију (укључујући и Закон о раду и Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености), с друге стране, а што је скопчано с ризиком повреде начела правне сигурности и појавом неправичних решења у пракси. С тим у вези, ваља имати у виду да се у домаћој судској пракси, спор поводом повреде права запосленог на заштиту од дискриминације сматра неком врстом техничке подгрупе радних спорова, због чега се на њих примењују правила Закона о раду, по којима се спор против решења којим је повређено право запосленог, односно спор поводом повреде права за коју је запослени сазнао – може покренути у року од 60 дана од дана достављања решења, односно сазнања за повреду права (Рељановић, 2017: 7, 34, 43). У Закону о забрани дискриминације, одговарајући рок није предвиђен, док је подношење тужби за заштиту запослених од дискриминације по истеку рока утврђеног у Закону о раду имало за последицу њихово одбацивање. У том светлу, може бити проблематична и квалификација спора који постоји између послодавца и учесника огласа или конкурса који сматра да је дискриминисан, ако имамо у виду особености спорова поводом заснивања радног односа и дискриминационих спорова, као и различите циљеве и начела ка којима је усмерено, односно на којима почива решавање ових спорова.

С тим у вези, интересантно је уочити да је одредбама Директиве Савета 2000/78/ЕЗ о успостављању општег оквира за једнако поступање у запошљавању и занимању, која је снажно утицала на нормирање ове материје у нашем Закону о раду, потврђено право радника који сматра да му је у поступку заснивања радног односа повређено право на заштиту од дискриминације да покрене судски и/или управни поступак за заштиту права.<sup>14</sup> Државе чланице Европске уније, притом, могу задржати процесна правила којима се уводе преклузивни рокови за покретање одговарајућих поступака, под условом да та правила нису неповољнија од правила о роковима у којима се могу покренути слични поступци за заштиту

13 Закон о забрани дискриминације, *Сл. гласник РС*, 22/09.

14 Чл. 9, ст. 1 Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation (*Official Journal L 303*, 2. 12. 2000, 16–22).

права радника (*начело еквивалентности*), и да су рокови утврђени тако да у пракси не онемогућавају или претерано не отежавају остваривање права потврђених Директивом (*начело делотворности*).<sup>15</sup> Утврђивање разумних рокова, дакле, треба да омогући делотворну примену начела правне сигурности, док су државе слободне да утврде дуже или краће рокове, узимајући у обзир, између осталог, и значај који одлука о заштити права има за стране у спору, сложеност поступка у ком се одлучује о правима радника, број лица на која одређена одлука може утицати, и друге јавне и/или приватне интересе који морају бити уважени.<sup>16</sup> Тако је и Европски суд правде био у прилици да разматра примереност правила садржаног у колективном уговору закљученом за једно предузеће у Немачкој да учесници огласа имају право да захтевају накнаду штете због дискриминације у року од два месеца од пријема одлуке о одбијању њихове пријаве на оглас. Овај послодавац је у огласу за посао навео да за свој „млади тим“ тражи мотивисане раднике и раднице старости од 18 до 35 година живота, због чега је четрдесетједногодишња радница чија је пријава била одбијена покренула против послодавца поступак за накнаду (материјалне и нематеријалне) штете због старосне дискриминације, али по истеку прописаног рока, тј. након што је видела да је послодавац, у наредном периоду, у дневним новинама објављивао, један за другим, више огласа сличне садржине, увек захтевајући да кандидати за различите послове буду млађи од 35 година. С тим у вези, отворило се питање да ли су предметна правила колективног уговора усклађена с начелима еквивалентности и делотворности, посебно што рок за подношење правног средства не сме бити одвише дуг, јер је за послодавца изузетно важно да буде брзо обавештен о поднетом правном средству и да не мора претерано дуго да задржава документе који се тичу поступка заснивања радног односа.<sup>17</sup> С друге стране, треба имати у виду и циљно тумачење меродавног прописа, које подразумева да рок за подношење тужбе против послодавца почиње да тече од дана пријема решења о одбијању пријаве на оглас или од дана сазнања за наводно дискриминаторско понашање послодавца. Европски суд правде је констатовао да би, у случају да није био закључен колективни уговор, на заштиту права раднице била примењивана општа правила о роковима за покретање судског поступка за заштиту права из радног односа, при чему су неки од тих рокова врло кратки (нпр. рок за покретање поступка за заштиту од незаконитог отказа износи три недеље

---

15 Ст. 27–28 Case C-246/09 *Susanne Bulicke v. Deutsche Büro Service GmbH* [2010].

16 Ст. 36 Case C-246/09 *Susanne Bulicke v. Deutsche Büro Service GmbH* [2010].

17 Ст. 38 Case C-246/09 *Susanne Bulicke v. Deutsche Büro Service GmbH* [2010].

од достављања решења о отказу).<sup>18</sup> Суд је, отуд, закључио да процесно правило предвиђено колективним уговором није неповољније од сличних процесних правила у немачком радном законодавству, тим пре што се може протумачити и на начин да рок за подношење тужбе почиње да тече од тренутка у ком је учесник огласа сазнао за дискриминаторско понашање послодавца.<sup>19</sup>

### **3.3. Заштита права учесника огласа или конкурса којима је код послодавца претходно престао радни однос као вишку запослених**

Послодавчева слобода избора сарадника може бити ограничена правилом о приоритетном запошљавању лица која су отпуштена као вишак запослених, а која, у случају да код послодавца настане потреба за запошљавањем нових радника, имају предност у односу на друге кандидате, током одређеног разумног периода. *Ratio legis* овог решења треба тражити у оправданом разлогу за престанак радног односа, тј. у чињеници да се тај отказни разлог не тиче способности или понашања запосленог, већ потреба послодавца, у смислу смањења обима посла услед економских, организационих, структурних, технолошких и других сличних разлога (Lord Wedderburn of Charlton, 1986: 183–184). Осим тога, води се рачуна и о чињеници да је отпуштени радник уложио у предузеће свој рад, због чега, ако жели да поново ради за истог послодавца, мора имати предност у односу на друге кандидате (Tintiћ, 1969: 93). Ово ограничење послодавчеве слободе избора и запошљавања сарадника познаје и Препорука Међународне организације рада (МОР) број 166 о престанку радног односа на иницијативу послодавца,<sup>20</sup> с тим што је законодавцима и социјалним партнерима у државама чланицама МОР препуштено утврђивање критеријума за примену ове обавезе запошљавања, задржавања права у случају поновног запошљавања, посебно у складу с начелом сениоритета, као и зарада поновно ангажованих радника. Ту обавезу познаје и наш Закон о раду, те радници за чијим је радом престала потреба, три месеца по отпуштању, имају предност приликом заснивања радног односа код послодавца који поново има потребу за обављањем истих послова.<sup>21</sup> Стога учесници огласа или конкурса којима ова предност буде ускраћена имају право да тужбом захтевају заштиту у спору о заснивању радног односа (Ивошевић, 2015: 110). Закон о раду садржи, међутим, и правило да послодавац може да

18 Ст. 31 Case C-246/09 *Susanne Bulicke v. Deutsche Büro Service GmbH* [2010].

19 Ст. 48 Case C-246/09 *Susanne Bulicke v. Deutsche Büro Service GmbH* [2010].

20 Тач. 24, ст. 1 Препоруке МОР број 166 о престанку радног односа.

21 Чл. 182 Закона о раду, *Сл. гласник РС*, 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17, 113/17 и 95/18.

откаже уговор о раду запосленом – особи с инвалидитетом који одбије посао који му је послодавац обезбедио према радној способности,<sup>22</sup> тако да се у случају да послодавац нема могућности да запосленом обезбеди одговарајући посао, као основ престанка радног односа појављује престанак потребе за обављањем одређеног посла услед технолошких, економских или организационих промена.<sup>23</sup> Инвалиди рада су, притом, доведени у неповољнији положај у односу на остале запослене за чијим је радом престала потреба, јер су, у случају да су отпуштени зато што послодавац није могао да им обезбеди одговарајући посао – искључени из подручја примене правила о приоритетном запошљавању. Такво решење супротно је Уставом зајемченој гарантини права особа с инвалидитетом на посебну заштиту, јер она, поред обавезе запошљавања особа с инвалидитетом, укључује и очување запослења ових лица (Јовановић, 2015: 942).

#### 4. Закључак

Јавни оглас или конкурс за заснивање радног односа доприносе делотворној примени уставног начела о једнакој доступности свих слободних послова, као и делотворном остваривању слободе рада и права на рад, као права сваког човека да зарађује за живот на основу слободно изабраног занимања и запослења. Поступак заснивања радног односа, отуд, не може бити ван домаћаја контроле која ће омогућити непосредно уклањање неправилности и незаконитости у овом поступку. Учесници огласа или конкурса, стога, морају имати на располагању правосудна и ванправосудна правна средства која омогућавају да гарантовање одговарајућих радних права буде стварно, а, не само теоретско, да њихова примена обезбеђује одговарајућу заштиту, у смислу исправљања повреде права, и да о правном средству одлучује субјект који је довољно независан од органа послодавца који је наводно одговоран за повреду одређеног права. Закон о раду Републике Србије не познаје, међутим, двостепеност одлучивања о избору кандидата за заснивање радног односа, док судска заштита права учесника огласа или конкурса није непосредно уређена законским одредбама, уз изузетак заштите од дискриминације, као и заштите радника којима је код послодавца претходно престао радни однос као вишку запослених, због чега уживају првенство при запошљавању за обављање истих послова. Тиме је угрожена Уставом зајемчена гаранција једнаке законске заштите, јер неки грађани већ уживају двостепеност у

---

22 Чл. 102, ст. 1 Закона о раду, *Сл. гласник РС*, 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17, 113/17 и 95/18.

23 Чл. 102, ст. 2 Закона о раду, *Сл. гласник РС*, 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17, 113/17 и 95/18.

истој ситуацији. Реч је, прецизније, о учесницама огласа или конкурса у поступцима заснивања радног односа у посебним режимима радних односа. То, најпре, вреди за државне службенике, иако у Закону о државним службеницима питање двостепености није јединствено уређено у погледу свих лица из персоналног подручја примене овог закона. Право на жалбу је, наиме, признато само *кандидатима за извршилачка радна места*, док кандидати за послове државних службеника на положају само могу да покрену управни спор.<sup>24</sup> Право на жалбу ускраћено је и кандидатима за послове намештеника, који судску заштиту права остварују као учесници огласа или конкурса у општем режиму радних односа. Слично, по Закону о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе, право на жалбу имају кандидати који су учествовали у поступку интерног или јавног конкурса, како у случају избора кандидата, тако и у случају неуспеха конкурса.<sup>25</sup> Такође, жалба (која, додуше, не задржава извршење) се може поднети и на закључак којим се одбацује пријава кандидата који није испунио услове интерног конкурса, односно није доставио све потребне доказе или је његова пријава била неблаговремена или недопуштена.<sup>26</sup> С друге стране, жалба није допуштена против решења о постављењу на положај органа аутономне покрајине, односно градског или општинског већа,<sup>27</sup> а право на жалбу немају ни учесници у поступку јавног конкурса за радно место намештеника, већ заштиту права оставарују само пред судом опште надлежности (Андрејевић, 2018, 193). Коначно, двостепеност уводи и Закон о запосленима у јавним службама, тако да учесници конкурса имају *право на приговор* на решење конкурсне комисије, с тим што, за разлику од запослених у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе, кандидати могу побијати решење о неуспеху конкурса само у судском поступку.<sup>28</sup> Правила која се тичу кандидата у изборном поступку у јавној служби не примењују се, међутим, на заснивање радног односа

---

24 Чл. 59, ст. 4, чл. 60, ст. 3, чл. 73, ст. 1, чл. 75, ст. 1, и чл. 143, ст. 1-2 Закона о државним службеницима, *Сл. гласник РС*, бр. 79/05, 81/05, 83/05, 64/07, 67/07, 116/08, 104/2009, 99/14, 94/17 и 95/18.

25 Чл. 87, ст. 2, чл. 89, ст. 1. и чл. 108 Закона о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе, *Сл. гласник РС*, бр. 21/16, 113/17, 95/18 и 113/17.

26 Чл. 89, ст. 2-3, чл. 103, ст. 2-3, и чл. 111 Закона о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе, *Сл. гласник РС*, бр. 21/16, 113/17, 95/18 и 113/17.

27 Чл. 98 Закона о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе, *Сл. гласник РС*, бр. 21/16, 113/17, 95/18 и 113/17.

28 Чл. 55, чл. 59, ст. 2 и чл. 61, ст. 4 Закона о запосленима у јавним службама, *Сл. гласник РС*, бр. 113/17, 95/18 и 86/19.

истраживача у научноистраживачким институтима.<sup>29</sup> Како Закон о науци и истраживањима<sup>30</sup> не уређује поступак заснивања радног односа, нити потврђује начело двостепености, запослени у овим радним срединама не уживају одговарајућу заштиту, већ се она остварује само у вези с избором у научноистраживачка звања, од ког зависи и заснивање радног односа. Такво решење не чини се прихватљивим, и поред особености које одликују радни однос у научноистраживачким институтима, јер *начело јединствености система радних односа* налаже да се у свим областима у којима се запошљавање врши на основу јавног конкурса, обезбеди заштита права учесника конкурса. То, наравно, вреди не само за запослене у јавним службама (при чему је у неким од њих ово питање уређено специјалним законима и општим актима установа), већ и за запослене у општем режиму радних односа. Ово тим пре што без признавања права на приговор или жалбу, слобода рада и право на рад учесника огласа или конкурса остају без одговарајуће заштите. То не може бити прихватљиво ни из угла гаранција овог људског права и основне слободе, нити из угла начела једнакости, једнаке доступности послова и законитости (Симоновић, 2007: 1011–1012; Јовановић, 2015: 198; Ивошевић, 2015: 110-111). У том смислу се *de lege ferenda* може учинити предлог да се у матични закон за област радних односа врати двостепеност, у смислу признавања права учесника огласа или конкурса на приговор против одлуке о избору или одлуке о неуспеху огласа или конкурса, при чему би предност требало дати уређивању приговора као деволутивног правног средства.

### Литература/References

Андрејевић, С. (2018). Намештеници по Закону о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе. У Ивошевић, З. (ур.). *Закон о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе и о новинама у Закону о раду*. Београд: Глосаријум. 184–200.

Badinter, R. /Comité présidé par/ (2017). *Les grands principes du droit du travail*. Paris: Dalloz.

Балтић, А. Деспотовић, М. (1971). *Основи Радног права Југославије и основни проблеми социологије рада*. Београд: Савремена администрација.

---

29 Чл. 63 Закона о запосленима у јавним службама, *Сл. гласник РС*, бр. 113/17, 95/18 и 86/19.

30 Закон о науци и истраживањима, *Сл. гласник РС*, 49/19.

Betriebsverfassungsgesetz. *Bundesgesetzblatt*, I, 2518; I, 2651. Преузето 17. 5. 2020. [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_betrvvg/englisch\\_betrvvg.html#p0562](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_betrvvg/englisch_betrvvg.html#p0562)

Божовић, Б. (2016). *Радни и социјални судови – друштвена улога и оправданост увођења у правосудни систем Републике Србије*. Докторска дисертација (необјављена). Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Zakon o delovnih razmerjih. *Uradni list RS*. Št. 21.2013, 78.2013, 47.2015, 33.2016, 52.2016, 15.2017, 22.2019, 81.2019. Преузето 18. 5. 2020. <http://www.pisrs.si/Pis.web/pregledPredpisa?id=ZAKO5944>

Закон о државним службеницима. *Службени гласник РС*. Бр. 79.2005, 81.2005, 83.2005, 64.2007, 67.2007, 116.2008, 104.2009, 99.2014, 94.2017 и 95/2018.

Закон о запосленима у аутономним покрајинама и јединицама локалне самоуправе. *Службени гласник РС*. Бр. 21.2016, 113.2017, 95.2018 и 113/2017.

Закон о запосленима у јавним службама. *Службени гласник РС*. Бр. 113.2017, 95.2018 и 86.2019.

Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености. *Службени гласник РС*. Бр. 36.2009, 88.2010, 38.2015, 113.2017 и 113.2017.

Закон о науци и истраживањима. *Службени гласник РС*. Бр. 49.2019.

Закон о раду. *Службени гласник РС*. Бр. 24.2005, 61.2005, 54.2009, 32.2013, 75.2014, 13.2017, 113.2017 и 95.2018.

Закон о уређењу судова. *Службени гласник РС*. Бр. 116.2008, 104.2009, 101.2010, 31.2011, 78.2011, 101.2011, 101.2013, 106.2015, 40.2015, 13.2016, 108.2016, 113.2017, 65.2018, 87.2018 и 88.2018.

Ивошевић, З. (2019). Преображај радноправних статуса. У Ивошевић, З. (ур.). *Проблеми у садржини радноправних прописа и њиховој примени*. Београд: Глосаријум. 55–60.

Ивошевић, З. (2017). Атипични облици судске заштите индивидуалних радних права. У Ивошевић, З. (ур.). *Радно право*. Београд: Глосаријум. 7–19.

Ивошевић, З. (2015). *Радно право*. Београд; Службени гласник/ Правни факултет Универзитета Унион.

Ивошевић, З. (1997). Однос Закона о основама радних односа и Закона о радним односима Србије. *Право и привреда*. 5–8 (XXXIV). 923–939.



Ивошевић, З. (1997). Заштита права запосленог. У *Новине у законима о радним односима. Радови са научног скупа на Брезовици, мај 1997.* [b.m.; b. i.]. 113–127.

Ивошевић, З. (1994). Нова судска пракса у радним споровима. *Право и привреда.* 1–4(XXXII). 235–247.

Јовановић, П. (2015). Заштита инвалида у радној средини. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду.* 3 (49). 931–945.

Јовановић, П. (2015). *Радно право.* Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду – Центар за издавачку делатност.

Kalamatiev, T. Jovevski, L. (2015). Labour dispute. *Law Review Iustinianus Primus.* 1 (6). 1–27.

Ковачевић, Љ. (2016). *Ваљани разлози за отказ уговора о раду.* Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Ковачевић Перић, С. (2018). Правни лекови у радном спору. У Вујовић О. (ур.). *Универзално и особено у право. Том I.* Косовска Митровица: Правни факултет Универзитета у Приштини с привременим седиштем у Косовској Митровици. 337–359.

Корљан, Е. (2017). Члан 13. Право на делотворни правни лек. У Беширевић, В. et al.. *Коментар Конвенције за заштиту људских права и основних слобода.* Београд: Службени гласник. 338–359.

Кулић, Ж. (1998). Појам и основна обележја радног спора. *Радно и социјално право.* 3–6. 24–34.

Лазаревић, А. (2019). *Радни спорови у вези са колективним отпуштањем запослених и методи за њихово решавање.* Докторска дисертација (необјављена). Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Lafuma, E. (2008). *Des procédures internes. Contribution à l'étude de la décision de l'employeur en droit de travail.* Paris: L.G.D.J.

Lingemann, S. von Steinau-Steinrück, R. Mengel, A. (2016). *Employment and labour law in Germany.* München: C. H. Beck.

Lord Wedderburn of Charlton. (1986). Hiring procedures. *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations.* 4 (II). 158–189.

Лубарда, Б. (2013). *Радно право. Расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу.* Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Николић, А. (1988). *Радно право.* Београд: Научна књига.

Палачковић, Д. (1998). О неким процесноправним питањима заштите права радника. *Радно и социјално право*. 3–6. 64–76.

Поповић, Т. (1990). *Радно право*. Београд: Службени лист СФРЈ.

Препорука Међународне организације рада (МОР) број 166 о престанку радног односа.

Рељановић, М (2017). *Студија о примени Закона о забрани дискриминације у Србији*. Београд: Комитет правника за људска права – YUCOM.

Решење Врховног суда Србије, Рев. 3278/93, од 22. октобра 1993. године.

Robnik, I. (2016). Uveljavjanje pravic pri delodajalcu in sodno varstvo. In Belopavlovič, N. Kresal, B. Kresal Šoltes, K. Senčur Peček, D. (red.). *Zakon o delovnih razmerjih s komentarjem*. Ljubljana: GV Založba. 1052–1061.

Симоновић, Д. (2010). Право радника на жалбу и судску заштиту. *Право и друштво*. 4. 155–170.

Симоновић, Д. (2007). Интерна заштита права радника. *Право и привреда*. 5–8 (XLIV). 1008–117.

Тасић, А. (2016). *Поступак у парницама за заштиту од дискриминације*. Докторска дисертација (необјављена). Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу.

Tintić, N. (1969). *Radno i socijalno право. Knjiga prva: radni odnosi (II)*. Zagreb: Narodne novine.

Устав Републике Србије. *Службени гласник РС*, Бр. 98.2006.

Фримерман, А. (1981). *Систематизација послова и радних задатака*. Београд: Привредна штампа.

Case C-246/09 *Susanne Bulicke v. Deutsche Büro Service GmbH* [2010] ECLI:EU:C:2010:418.

Cieslar, A. Nayer, A. Smeesters B. (2007). *Le droit à l'épanouissement de l'être humain au travail: Métamorphoses du droit social*. Bruxelles: Bruylant.

Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation. *Official Journal*. L 303. 2. 12. 2000. 16–22.

Шундерић, Б. (2009). *Радно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду / ЈП Службени гласник.

Шундерић, Б. (1997). Право на приговор. *Радно и социјално право*. 1–3. 13–32.

Шундерић, Б. (1993). Спор о заснивању радног односа. *Право и привреда*. 1-2 (XXXI). 18-29.

Шундерић, Б. (1991). О радном спору. *Анали Правног факултета у Београду*. 1-3. 352-360.

Weiss, M. Schmidt, M. (2010). Germany. In Blanpain, R. (ed.). *International encyclopaedia for Labour Law and Industrial Relations*. The Hague: Kluwer Law International.

**Ljubinka Kovačević, L.L.D.**  
Associate Professor,  
Faculty of Law, University of Belgrade

**PROTECTION OF JOBSEEKERS PARTICIPATING IN JOB  
ANNOUNCEMENTS AND ADVERTISEMENTS, AND THE RIGHT TO AN  
EFFECTIVE REMEDY IN THE GENERAL EMPLOYMENT REGIME**

**Summary**

*Public job announcements and advertisements are instruments which provide for exercising the constitutional principle that all available jobs must be accessible to everyone under equal conditions. The application of this principle is most closely connected with the effective exercise of freedom of work and the right to work. For this reason, recruitment procedure cannot be beyond the scope of control which enables immediate elimination of irregularities in this procedure. In that context, this article discusses the issue of the right of participants in public announcements or job advertisements to an effective legal remedy, not only via the right to judicial and extrajudicial remedies, but also via the right to object or appeal, as the means to achieve internal protection of rights.*

*In the Republic of Serbia, this issue is particularly delicate because the Labour Act does not recognize the two-instance internal procedure, while judicial protection of the rights of jobseekers has not been directly regulated, with the exception of protection against discrimination, and protection of workers whose employment was previously terminated due to redundancy, resulting in their employment priority when hiring for the same jobs. This legal solution is accompanied by a number of open questions, especially as the participants in public announcements and job advertisements procedures in special employment regimes enjoy the two instance internal protection in the same situation, which calls into question the effective application of the principle of equality before the law. Therefore, the article formulates proposals de lege ferenda to create conditions for effective exercise of the right to work, freedom of work, and protection against discrimination in a procedure in which a worker seeks to acquire a status that will provide him with the means of subsistence as well as an opportunity to develop his personality through work.*

**Keywords:** *right to work, freedom of work, entering into employment relationship, job advertisements, right to an effective remedy, two-instance protection of labour rights, judicial protection of labour rights.*

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

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД  
10.5937/zrpfno-28035

UDK: 349.22:331.108.6  
Раd примљен: 18.08.2020.  
Раd прихваћен: 26.11.2020.

## **ОДГОВОРНОСТ У РАДНОМ ОДНОСУ – ОСОБЕНОСТИ ДИСЦИПЛИНСКЕ ОДГОВОРНОСТИ У ОПШТЕМ И ПОСЕБНОМ РЕЖИМУ РАДНИХ ОДНОСА**

**Апстракт:** Од момента заснивања, радни однос подразумева стицање, односно преузимање одређених права, обавеза за обе стране у радном односу, у складу са законом, колективним уговором, општим актом послодавца, уговором о раду. Аутор у раду излаже дисциплинску одговорност у општем и посебном режиму радних односа, кроз дистинкцију материјалних и процесних дисциплинских норми за утврђивање исте. Наиме, ранијим радноправним законодавством Републике Србије дисциплинска одговорност у општем режиму радних односа је детаљно регулисана. Новим законодавством пракса уређивања дисциплинске одговорности у потпуности је напуштена – своди се на скраћени поступак, сумиран у тзв. отказном поступку. Насупрот томе, Закон о државним службеницима садржи бројне одредбе посвећене дисциплинској одговорности државних службеника и правила „класичног дисциплинског поступка“, процедурална правила кроз која се одвија „дисциплинско суђење“ за дисциплинско дело. Осим тога, њиме су уређена и процесна питања која се односе на правила покретања и вођења дисциплинског поступка, упис дисциплинске казне у кадровску евиденцију, њено брисање и др. Интенција аутора овог рада је да укаже да таква нормативна дистинкција нема упоришта у идеји владавине права и начелу јединствености система радних односа. Својинском основом радног односа не могу се правдати разлике у условима и поступку утврђивања дисциплинске одговорности, као ни у опсегу (обиму) заштите права.

**Кључне речи:** дисциплинска одговорност, дисциплински поступак, дисциплинске санкције, владавина права.

---

\* filipperic2006@gmail.com

## 1. О дисциплинској одговорности – уводна разматрања

Дисциплинска одговорност, њено појмовно одређење и дефинисање није нарочито спорно у радноправној теорији. Она се најчешће дефинише као одговорност за утврђене повреде радне обавезе и друге повреде радне дисциплине, за које се од овлашћених органа у законом прописаном поступку изричу прописане дисциплинске казне, или као посебна одговорност запосленог за повреду прописане радне дисциплине (радних обавеза), за коју се према запосленом могу да предузму одређене мере од стране послодавца и сл.<sup>1</sup> Она представља специфичан вид правне одговорности, јер се примењује само на физичка лица која су у радном односу, као последица несавесности и непридржавања утврђених правила понашања. Како истичу проф. Балтић и Деспотовић (1968: 253), за разлику од односа у којима иступају као грађани у свом приватном животу, ван предузећа и установа, наше позитивно право предвиђа посебну дисциплинску одговорност, одговорност за штету и кривичну одговорност које *произилазе по основу радног односа, из својства запосленог и његовог положаја*. Запослени, дакле, одговара за повреде прописаних радних обавеза, али исто тако и за друге повреде радне дисциплине, при чему се дисциплинска разликује битно од других одговорности које се могу применити према запосленом и према сваком другом грађанину. Правним прописима утврђени су и одговарајући поступци за утврђивање тих одговорности – кривични, прекршајни, дисциплински поступак и слично (Балтић, Деспотовић, 1968: 253, 254).

Неспорно је да сваки правни однос, а у највећој мери радноправни – услед антагонизма уговорних страна који проистиче из односа субординације/хијарархије, подразумева права и обавезе, али и одговорност запослених услед кршења истих. Зато је „дисциплинска одговорност, као и сваки облик одговорности, увек индивидуална и конкретна, а интервенција правног поретка јавља се у три стадијума: (1) у одређивању одговорности, дела и казни (санкција, мера) за случај повреде радне дисциплине; (2) у одређивању органа и правила поступка; (3) у правилима и мерама извршења изречених санкција“ (Тинтић, 1972: 588). У ова три правна стандарда уткан је принцип легалитета. Сходно овом принципу, повреда мора бити прописана пре него што је учињена (Ивошевић, Ивошевић, 2000: 9). Ако повреде радне обавезе нису прописане, нема ни услова за утврђивање дисциплинске одговорности запослених. Према томе, повреда радне обавезе постоји ако је запослени извршио радњу којом

---

1 У том смислу више: (Кулић, Перић, 2016: 273–275); (Влатковић, Брковић, Урдаревић, 2013: 179–180); (Безбрадица, 2007: 151–196); (Шундерић, 2005: 193); (Брајић, 2001: 333); (Ивошевић, 1992: 487); и др.

се прописана радна обавеза повређује или угрожава. Стога се повреде радне обавезе сматрају објективним условом дисциплинске одговорности. Радња извршења повреде радне обавезе (може се извршити чињењем и/или нечињењем) одређује се у зависности од начина, места, времена, тежине, опасности и значаја учињене повреде права и обавеза из радног односа. За њено постојање значајна је и кривица запосленог. Из наведеног произилази да дисциплинска одговорност подразумева постојање повреде радне обавезе и кривице запосленог (Кулић, Перић, 2016: 273). Без кривице нема ни дисциплинске одговорности, ни дисциплинске санкције. Да би се утврдила кривица, субјективни елемент у дисциплинској одговорности, потребно је да постоји одређени законом прописан поступак, тј. дисциплински поступак за утврђивање исте, који се води пред за то овлашћеним дисциплинским органом/органима. Запосленом који је одговоран за учињену повреду радне обавезе изричу се законом прописане дисциплинске санкције. Санкционисање је могуће само под условом да се претходно утврди дисциплинска одговорност запосленог. Таква одговорност утврђује се у дисциплинском поступку, у складу са законом. Дакле, осим изнетог, дисциплинска одговорност подразумева и примену одређених правила о дисциплинским мерама, дисциплинским органима и дисциплинском поступку. Дисциплински органи су органи који покрећу и воде дисциплински поступак, као и органи који одлучују о дисциплинској одговорности запосленог. И најзад, дисциплински поступак подразумева предузимање радњи и активности везаних за покретање, вођење и окончање првостепеног и евентуалног другостепеног поступка. Ова правила временом су поједностављивана, тако да је сада могуће да исти орган покреће и води дисциплински поступак. Ранијим радним законодавством Републике Србије дисциплинска одговорност запослених била је детаљно уређивана. Прецизније речено, последњи закон о раду који је садржао комплетне материјалне и процедуралне норме о дисциплинској одговорности и утврђивању исте био је Закон о радним односима из 1996. године.<sup>2</sup> Тај напуштени концепт, може се рећи „класично дисциплинско суђење за дисциплинско дело“, први пут је доведен у питање доношењем Закона о раду из 2001. године, јер у њему није постојала ниједна одредба о таквој одговорности запослених. Таква концепција примењена је и приликом доношења Закона о раду 2005. године. И последњим изменама и допунама тог закона од 2014. године ствари су незнатно промењене

---

2 Закон о радним односима, *Службени гласник РС*, Бр. 55, 1996. У Закону су под рубромом „Одговорност запослених“ (члан 87–99) садржане норме о одговорности за повреду радне обавезе (87); дисциплинске мере (члан 88); дисциплински органи (члан 90); дисциплински поступак (члан 92); застарелост покретања и вођења дисциплинског поступка (члан 98); евиденција о изреченим мерама и рок за брисање истих (члан 99).

(Кулић, Перић, 2016: 272). У основи, сва наша новија радноправна регулатива све мање садржи одредбе о тој врсти одговорности. Тако да важећи закон уопште не садржи одредбе о дисциплинској одговорности у смислу дисциплинског поступања, мада по неким схватањима ове одредбе су садржане у једном сумарном поступку, код разлога за отказ уговора о раду од стране послодавца. За разлику од Закона о раду, Закон о државним службеницима садржи бројне одредбе посвећене дисциплинској и материјалној одговорности државних службеника, чему се основано може приговорити. Како је с почетка истакнуто, појам дисциплинске одговорности није споран у радноправној теорији, спорне су одредбе којима се (не)регулише дисциплинска одговорност у општем режиму радних односа и регулише (детаљно) у посебном режиму радних односа, чиме нормотворац одступа од фундаменталног радноправног начела јединствености система радних односа и неких од постулата владавине права.

## **2. Концепт дисциплинске одговорности и дисциплинског поступка – критички осврт на општи режим радних односа**

Полазећи од појмовних одређења дисциплинске одговорности – дисциплинска одговорност је специфична врста правне одговорности запосленог за повреду радне обавезе, односно радне дисциплине; и/или утврђивање одговорности за повреду радне дисциплине и изрицање санкције законом прописаном поступку од за то утврђених дисциплинских органа, може се констатовати да дисциплинске одговорности запосленог нема без испуњења одређених услова. Под тим условима подразумевамо: (1) прописивање повреда радне дужности; (2) утврђивање дисциплинских органа, дисциплинског поступка и дисциплинских мера; (3) постојање повреде радне обавезе, односно радне дисциплине; (4) покретање дисциплинског поступка од стране надлежног органа, у складу са законом или другим прописом; (5) вођење дисциплинског поступка пред надлежним дисциплинским органом, односно органима; (6) постојање кривице запосленог за учињену повреду радне обавезе. У начелу, ови услови треба да буду јединствени за све запослене, без обзира на врсту радног односа, трајање, својински домен, област рада и сл. То налаже универзалност, недељивост и неповредивост људских права, која између осталог имплицирају и право на законом гарантовани поступак. Из наведеног се може рећи да дисциплинска одговорност представља систем одговорности који према карактеру и садржини норми сублимира две врсте одредби: (1) материјалноправне одредбе, тзв. материјално дисциплинско право, које обухвата (а) материју дисциплинског дела; (б)



услове дисциплинске одговорности; (в) дисциплинске мере, извршење мера, гашење дисциплинске мере; и (2) процесноправне одредбе, тзв. дисциплинско процесно право, које садржи материју о начелима и принципима дисциплинског поступка, о дисциплинским органима и уопште о организацији дисциплинске власти, о правним лековима и још о неким другим, процесним питањима.<sup>3</sup> Регулатива којом се уређује дисциплинска одговорност, „дисциплински поступак има за циљ да пружи неопходне гаранције, заштиту запосленом од незаконитог поступања послодавца, односно злоупотребе дисциплинских овлашћења дисциплинског органа, посебно дискреционих овлашћења у вези са удаљавањем са рада као привременом и акцесорном дисциплинском мером, као и да дисциплински орган у одговарајућем поступку прибави одговарајуће доказе“ (Лубарда, 2012: 240). Дисциплински поступак је једна фаза између повреде радне обавезе и изрицања дисциплинске санкције, у којој дисциплински орган у одговарајућем поступку прибавља доказе о дисциплинском делу – „процесна форма преко које се остварује садржина материјалноправних норми о одговорности запослених за повреду радне обавезе“.<sup>4</sup> Као и сваки поступак утврђивања одговорности (кривични, прекршајни, управни и др.) и дисциплински поступак је законски поступак. То значи да су процесне норме и правила унапред утврђена законом, да су јединствена а не *ad hoc* правила, да се примењују у сваком поступку и према сваком запосленом а не селективно од случаја до случаја. Тиме је поступак утврђивања одговорности гаранција законитости, објективности, негација арбитрерности и самовоље, једнакости, непристрасности. Спровођење дисциплинског поступка треба да омогући да се утврди (не)постојање кривице запосленог за дисциплинско дело које му се ставља на терет, да повреда радне обавеза и нарушавање радне дисциплине не остане без санкције, да се према учиниоцу дисциплинског дела изрекне одговарајућа законом или општим актом прописана санкција. Ка остваривању тих стандарда детерминисана је целокупна међународна активност заокружена у актима Међународне организације рада (МОП). У том смислу, најзначајнија је конвенција МОП-а бр. 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца из 1982. године,<sup>5</sup> која прописује да радни однос радника неће престати због разлога вазаних за понашање радника или његов рад пре него што му се омогући да се брани од изнетих навода, осим ако се с разлогом не може очекивати од послодавца да му пружи

---

3 Слично и у раду: (Балтић, Деспотовић, 1981: 240–241).

4 Слично и: (Ивошевић, 1991: 40).

5 Конвенција бр. 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца из 1982. године, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, Бр. 4, 1984, Бр. 7, 1991.

ту могућност (члан 7). Отуда, спровођење дисциплинског поступка доприноси објективизацији дисциплинске одговорности, законитости одлуке и индивидуализацији санкције (Обрадовић, Перић, 2016).<sup>6</sup> Тиме се доприноси да утврђивање дисциплинске кривице поприми све атрибуте једног хуманог поступка, у коме се сходно постулатима владавине права поштује достојанство личности, штите фундаменталне слобода и права човека. Процедурална правила су израз владавине права, она су утемељена у фундаменталним правима човека, стога њих не диктира право својине, већ неповредивост и неутуђивост универзалних људских права на раду. Разлике у опсегу права, обиму обавеза и овлашћења – могу да буду правно утемељене на својинским разликама, али не и разлике у поступку за утврђивање одговорности.

У домаћем праву у једном дужем периоду који се поклапа са социјалистичким развојем и самоуправљањем радника, законом се детаљно уређивао дисциплински поступак, који је умногоме подсећао на кривични поступак. То је био класичан судски поступак, акузаторни поступак,<sup>7</sup> јер се базирао на начелу контрадикторности, односно расправности – предвиђала се фаза покретања, вођења поступка, усмена расправа, позив странака, присуство овлашћених бранилаца, одбрана окривљеног запосленог, удаљење с рада, двостепеност дисциплинских органа у одлучивању, право на жалбу, итд. Усвајањем Закона о раду 2001. године, а потом и Закона о раду 2005. године, напушта се пракса „суђења за дисциплинско дело“, а поступак постаје крајње либерализован. Уводи се својеврстан дисциплински поступак, као „скраћена-сумарна“ дисциплинска процедура која се спроводи у поступку отказа уговора о раду од стране послодавца због оправданих разлога који се односе на понашање запосленог (повреда радне обавезе, непоштовање радне дисциплине).

Ни измене и допуне Закон о раду из 2014. године<sup>8</sup> нису много промениле регулативу у погледу дисциплинске одговорности. Закон не прописује изричиту дисциплинску одговорност, већ говори о дисциплинској одговорности посредно кроз регулисање одговорности за повреду радне обавезе, односно непоштовање радне дисциплине и примену мера за њихово нарушавање. Закон о раду не само што не говори о дисциплинској одговорности, већ не предвиђа ни поступак за њено утврђивање, тј.

6 Више о особеностима дисциплинске одговорности запослених и дисциплинском поступку, видети у уџбенику аутора: (Обрадовић, Ковачевић Перић, 2016).

7 Акузаторни поступак је врста поступка у коме је нагласак на изношењу доказа две равноправне стране –тужиоца и окривљеног. Одвија се пред независним органом.

8 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.

постојање повреде и кривице радника. Фактички, постоји један скраћени дисциплински поступак, нормативно сумиран под рубрумом: "Поступак пре престанка радног односа или изрицања друге мере".<sup>9</sup> Он се своди на процедуралну обавезу послодавца да пре отказа уговора о раду запосленог писаним путем упозори на постојање разлога за отказ уговора о раду, и да му остави рок од осам дана да се изјасни на наводе из упозорења о постојању разлога за отказ, као и на обавезу послодавца да размотри мишљење синдиката, уколико га запослени достави.<sup>10</sup> Стога, отказни поступак можемо да квалификујемо као „специфичан дисциплински поступак“, јер да би послодавац могао да упозори запосленог на постојање разлога за отказ уговора о раду, он мора да утврди оправданост чињеница у погледу разлога за отказ, односно да утврди да ли заиста постоји дисциплински кажњиво дело – да је учињена повреда радне обавезе, нарушавање радне дисциплине, кривица запосленог, да не постоје ослобађајуће околности и сл. Сходно Конвенцији МОП-а бр. 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца, чињенице о отказном разлогу морају бити ваљање (члан 4), оправдане, а да би се дошло до таквог квалитета чињеница послодавац је морао применити неки поступак за утврђивање њихове истинитости“ (Јовановић, 1998: 64). У том случају отказни поступак своди се на: (1) радњу утврђивања наведених чињеница; и (2) радњу упозорења. Евидентно је да је законодавац нормама о достављању писаног упозорења, и обавезном разматрању мишљења синдиката (ако га запослени достави, а које не обавезује послодавца), задовољио (минорно) „доњи праг“ стандарда из члана 4 Конвенције бр. 158/1982, и у два правна корака симплификовао цео један заокружени систем дисциплинског поступка, класичног поступка какав је до 2000-их познавало наше радноправно законодавство. Такав поступак ни данас није стран многим компаративним регулативама, напротив, „радикално“ је задржан и код нас у посебном режиму радних односа – за утврђивање дисциплинске одговорности државних службеника. Одредбама о отказном поступку извршена је „правна сублимација“ дисциплинског процесног права. Тиме се доводи у питање постојање дисциплинске одговорности. Дисциплинска одговорност постоји, премда посредно, јер дисциплинска одговорност као врста правне одговорности традиционално се везује за повреде радне дисциплине, односно повреде обавеза на раду и у вези са радом. У складу са претходно реченим, ма како да је нормативно конципирана, дисциплинска одговорност је увек одговорност за повреде радних обавеза и санкционисање непоштовања радне дисциплине. Регулисање

---

9 Види: Члан 180 ЗР.

10 Члан 181 ЗР.

дисциплинске одговорности, норме о условима, основу одговорности, дисциплинском поступку, дисциплинским органима и друго, имају циљ, генерално посматрано, исти као и законске одредбе о престанку радног односа, да положај запослених поставе што стабилније и чвршће, да им обезбеде постојаност у радним односима, како би се елиминисала свака арбитрерност у одлучивању о њиховим не само правима, већ и обавезама и одговорностима, а са друге стране заштита радног односа и потреба стабилности запослења не сме урушити легитимне интересе послодавца који извиру из односа субординације. Субординација је везана “уз статус субординираног радника” (Тинтић, 1969: 360), и у њеном средишту налази се послодавчево овлашћење да издаје налоге и упутства запосленом, другим речима, „да доноси одлуке, да уређује односе (прописује понашање) и да изриче дисциплинске санкције” (Шундерић, 1990: 26). То послодавцу даје овлашћења господара посла; право да бдије и надзире активност радника у погледу начина извршења посла; право да примењује дисциплинска овлашћења; право да издаје правила у погледу организовања посла итд. (Тинтић, 1969: 359–360).<sup>11</sup> Изменама и допунама Закона о раду 2014. године наше радноправно законодавство кренуло је у другом смеру – ка тенденцијама које дестабилизују положај запослених у радном односу и дају већу „слободу” послодавцу у отказивању уговора о раду од стране послодавца, што се у највећој мери одразило на одлучивање о дисциплинској одговорности. Нормотворна решења којима се укидају правила поступка за утврђивање одговорности немају упоришта ни у међународној регулативи ни у упоредном праву у земљама које имају развијене индустријске односе. Посматрано из угла упоредног права, генерално постоје два типа процедуре: процедурална коректност и поштење према раднику на којем је примењена дисциплинска мера и процедуре које укључују представнике радника. Закони, судске одлуке и колективни уговори који предвиђају процедуре првог типа могу се наћи у већини земаља. У те процедуре обично спадају: 1) провера чињеница; 2) право радника на саслушање на којем би изнео аргументе у своју корист, у пратњи другог радника или синдикалног званичника; 3) право жалбе руководству на вишем нивоу. За реализацију ових стандарда постоје одговарајући инструменти МОП-а (Blanpain, Engels, 1998: 300). Тако у немачком праву правни режим дисциплинске одговорности запослених уређује се аутономним актима – пре свега правилником о раду послодавца, у складу са начелима судског порекла (ставови Савезног радног суда). Пружа се значајна заштита запослених од арбитрерности

11 Из наведеног се уочавају три основне врсте овлашћења, тј. функције које проистичу из власти послодавца: управљачка власт, нормативна власт и дисциплинска власт. У том смислу и: (Kyovsky, 1978: 180); (Ковачевић, 2013: 31).

поступања послодавца – предвиђањем сагласности савета запослених на правилник о раду, као и на дисциплинску санкцију коју послодавац намерава да изрекне против запосленог. Штавише, ако савет запослених ускрати своју сагласност на дисциплинску санкцију, послодавац губи своју дисциплинску власт, која тада припада независном арбитражном вођи (Weiss, Schmidt, 2008: 92–93). То указује да су законодавством о раду (хетерономним и аутономним изворима) предвиђени *случајеви, основи и поступак* отказа, као и *заштита* запосленог у вези са отказом. У упоредном праву се у начелу законом у општем режиму радних односа уређује мањи број елемената материје дисциплинске одговорности, било да се ради о закону о раду или радним односима (Велика Британија, Србија, Црна Гора, Македонија, Хрватска, Словенија), законик о раду (Француска, Руска Федерација) или пак посебном закону о дисциплинској одговорности (Естонија) (Лубарда, 2012: 616). Материја дисциплинске одговорности се у упоредном праву редовно уређује правилником о раду, али се јавља такође и колективни уговор о раду, којим се углавном уређује питање самог дисциплинског поступка (Лубарда, 2012: 617). У закону се не уређује каталог могућих повреда радних и обавеза понашања, јер повреде обавезе могу бити крајње различите, тако да у дисциплинском радном праву (превасходно у општем режиму радних односа) није могуће децидирано применити начело легалитета.

### **3. Особености дисциплинске одговорности у посебном режиму радних односа – Закон о државним службеницима**

Законодавац напушта концепт дисциплинског поступка за утврђивање дисциплинске одговорности (само) у општем режиму радних односа. Насупрот, за разлику од Закона о раду, Закон о државним службеницима (ЗДС)<sup>12</sup> (закон *lex specialis*) регулише експлицитно дисциплинску одговорност државних службеника,<sup>13</sup> и са материјалног и процесног аспекта, у мери у којој се може говорити о класичном дисциплинском суђењу за утврђивање дисциплинске одговорности – регулише институт дисциплинске одговорности, регулише дисциплински поступак као

---

12 Закон о државним службеницима – ЗДС, *Службени гласник РС*, Бр. 79 (2005), 81(2005) - исправка, 83(2005) - исправка, 64(2007), 67(2007) - исправка, 116(2008), 104(2009), 99(2014), 94(2017), 95(2018).

13 У члану 107 Закона о државним службеницима, у Глави девет, под рубрумом „Одговорност државних службеника“, посебно насловљала део I. Дисциплинска одговорност (1. Појам. Врсте повреда дужности из радног односа) и експлицитно прописује: „Државни службеник је дисциплински одговоран за повреде дужности из радног односа.

класичну процесну форму која се одвија пред дисциплинским органом, кроз фазе: покретање поступка, вођење поступка, усмену расправу, записник, двостепеност одлучивања, право на жалбу, удаљење са рада, изрицање санкције, потом и евиденцију изречених санкција, брисање истих и сл. Овакав нормативни антагонизам између општег и посебног режима радних односа правда се својинском основном радног односа, за шта нема утемељења (мишљења смо) у концепту владавине права, ни у начелу јединствености система радних односа. Наиме, владавина права подразумева, између осталог, и одговарајући правни поступак (*due process of law*), односно постојање правила о непристрасном и правичном поступку који омогућава решење насталог спора, уз истовремена јемства правне сигурности и индивидуалне слободе (Ковачевић Перић, 2016: 641–650). У смислу одредаба ЗДС, државни службеник је дисциплински одговоран за повреду дужности из радног односа. До повреде може доћи чињењем или нечињењем. Његова одговорност за кривично дело или прекршај не искључује његову дисциплинску одговорност.<sup>14</sup> Све зависи од тога да ли се у његовим противправним радњама и активностима, осим кривичне и прекршајне одговорности, стичу услови и за дисциплинску одговорност, у складу са законом. Повреде дужности из радног односа, у смислу члана 107, ст. 3 ЗДС, могу бити лакше<sup>15</sup> и теже природе.<sup>16</sup> Дисциплински поступак води се ради утврђивања одговорности државног службеника за кога се верује да је учинио повреду радне дужности, као и ради његовог кажњавања у случају да се докаже да је одговоран за повреду дужности која му се ставља на терет. Води се пред надлежним дисциплинским органима.

Дисциплински поступак се може водити ако је претходно на законит начин покренут. Покреће га руководицац органа у коме ради државни службеник за кога се основано верује да је починио повреду радне дужности. Покреће га на своју иницијативу или на предлог лица које је претпостављено државном службенику. Иницијативу за покретање дисциплинског поступка може покренути сваки државни службеник који сазна за учињену повреду дужности из радног односа. Иницијатива се подноси руководиоцу органа. Дисциплински поступак покреће се писаним закључком, који се доставља државном службенику и на који жалба није допуштена.<sup>17</sup> Иако Законом о државним службеницима није прописано да је може покренути и намештеник, чини се да таква могућност не би била у супротности са правилима и принципима на којима се систем дисциплинске одговорности

---

14 Члан 107 ЗДС.

15 У члану 108 ЗДС, таксативно су наведене лакше повреде радне обавезе.

16 У члану 109 ЗДС, таксативно су наведене лакше повреде радне обавезе.

17 Види: члан 112 ЗДС.

државних службеника заснива. Напротив, таква могућност би могла бити корисна за успостављање жељене дисциплине у државним органима и службама (Кулић, Перић, 2016: 279).

Дисциплински поступак се води ради утврђивања чињеница значајних за одмеравање дисциплинске одговорности државног службеника. Законом о државним службеницима прописано је да дисциплински поступак води и о дисциплинској одговорности одлучује руководиоца државног органа (Члан 113 ЗДС).<sup>18</sup> Према томе, дисциплински поступак покреће и води исти дисциплински орган. Колико су таква решења добра, друго је питање. У сваком случају, стоји чињеница да је боље ако један орган покреће, а други води поступак и одлучује о одговорности одређеног субјекта (Кулић, Перић, 2016: 279). Да би се ублажило овакво правно решење којим се у једном органу спаја право на покретање и вођење дисциплинског поступка, Законом о државним службеницима руководиоцу државног органа омогућено је да оснује дисциплинску комисију од три члана, са задатком да уместо њега покреће и води дисциплински поступак и одлучује о дисциплинској одговорности државних службеника.<sup>19</sup> Међутим, надлежност за покретање и вођење поступка, као и надлежност за одлучивање о дисциплинској одговорности државног службеника, и у таквом случају, прописана је у корист једног органа. Очигледно је да би било боље да је комисија овлашћена да покреће, а руководиоца државног органа да води поступак и одлучује о одговорности државног службеника или обрнуто (Кулић, Перић, 2016: 279–280). Према одредбама члана 113, ст. 1 ЗДС, дисциплински поступак подразумева одржавање усмене расправе, с циљем да се државном службенику омогући да изнесе своју одбрану, а органу пред којим се води поступак – да утврди све релевантне чињенице. Државни службеник самостално одлучује да ли ће се на расправи бранити сам или преко заступника. Штавише, омогућено му је да за јавну расправу обезбеди одбрану у писаној форми. Усмена расправа може да се одржи и без присуства државног службеника, ако за то постоје важни разлози и ако је државни службеник на расправу уредно позван. Законом о државним службеницима није прописано које разлоге треба сматрати „важним“, што значи да би таква питања требало ценити од случаја до случаја. По свему судећи, таквим разлозима могу се сматрати: неодазивање државног службеника на усмену расправу, могућност наступања застарелости

---

18 Члан 113 ЗДС.

19 Члан 113, ст. 2 ЗДС. У смислу члана 113, ст. 3 ЗДС, руководиоца државног органа који се определи за оснивање наведене комисије, треба да води рачуна о томе да чланови комисије морају имати завршен факултет и најмање пет година радног искуства у струци. С тим што најмање један члан дисциплинске комисије мора да буде дипломирани правник.

вођења дисциплинског поступка, опасност од прикривања повреде радне дужности, опасност од нових повреда радне дужности од стране државног службеника и слично (Кулић, Перић, 2016: 280). На питања која у вези са вођењем дисциплинског поступка нису уређена Законом о државним службеницима, примењују се одредбе закона којим се уређује општи управни поступак.<sup>20</sup> Закон овим упућује на супсидијарну примену одредаба у погледу усмене расправе, доказног поступка, записника, достављања и др.). Тиме даље продубљује систематичност и поступност вођења дисциплинског поступка.

Ако су се за то стекли законом прописани услови, државном службенику који је крив за учињену повреду дужности из радног односа изриче се одговарајућа дисциплинска мера, односно казна. При избору и одмеравању дисциплинске казне води се рачуна о степену одговорности државног службеника, тежини последица повреде дужности и субјективним и објективним околностима под којима је повреда дужности извршена.<sup>21</sup> У смислу наведене одредбе, при опредељивању врсте дисциплинске казне води се рачуна о томе да буде сразмерна тежини и значају учињене повреде радне дужности, као и степену дисциплинске одговорности државног службеника – индивидуализација казне. Осим тога, при њеном одмеравању узимају се у обзир и друге релевантне чињенице и околности, као што су: раније понашање и евентуално раније кажњавање државног службеника, околности под којима је повреда радне дужности учињена, држање државног службеника након учињене повреде дужности из радног односа, спремност државног службеника да се суочи са својом одговорношћу и слично. Међутим, дисциплинске казне које су избрисане из кадровске евиденције не могу се узимати у обзир при опредељивању врсте и висине нове дисциплинске казне.<sup>22</sup> Самим тим, не могу се сматрати отежавајућом околношћу за државног службеника. За лакше повреде дужности из радног односа државном службенику може се изрећи искључиво новчана казна, највише до 20% плате за пуно радно време, исплаћене за месец у коме је казна изречена. Минимални износ новчане казне није прописан. Значи да може бити мањи и од 1 одсто плате. Све зависи од органа који је изриче и процене износа којим се може постићи сврха кажњавања. За теже повреде дужности из радног односа може се изрећи: (1) новчана казна од 20% до 30% плате за пуно радно време, исплаћене за месец у коме је новчана казна изречена, у трајању до шест месеци; (2) одређивање непосредно нижег платног разреда; (3) забрана напредовања од четири године; (4) премештај

---

20 Члан 113, ст. 4 ЗДС.

21 Члан 115, ст. 1 ЗДС.

22 Види смисао члана 115, ст. 2 ЗДС.



на радно место у непосредно ниже звање уз задржавање платног разреда чији је редни број истоветан редном броју платног разреда у коме се налази радно место с кога је премештен; (5) престанак радног односа. Која ће се од наведених казни изрећи, зависи од напред наведених чињеница, односно околности. У сваком случају, изречена казна мора бити сразмерна тежини и значају учињене повреде дужности из радног односа. По свему судећи, новчана казна, ма каква била, може се сматрати најблажом дисциплинском мером. Њено извршење врши се административним путем, у складу са законом. Насупрот њој, стоји престанак радног односа, као најтежа дисциплинска казна (Кулић, Перић, 2016: 278). Државном службенику коме је таква казна изречена престаје радни однос даном коначности решења којим је изречена.<sup>23</sup>

Разлози правне сигурности налажу да покретање и вођење дисциплинског поступка подразумева предузимање неопходних радњи и активности у одређеним роковима. Прекорачење утврђених рокова, по правилу, доводи до наступања застарелости покретања или вођења одређеног поступка. Покретање дисциплинског поступка за лакше повреде дужности из радног односа застарева протеком једне године од извршене повреде, а за теже повреде – протеком две године од извршене повреде. На другој страни, вођење дисциплинског поступка за лакше повреде дужности из радног односа застарева протеком једне године од покретања дисциплинског поступка, а за теже повреде – протеком две године од покретања таквог поступка.<sup>24</sup> Међутим, застарелост не тече ако се дисциплински поступак не може покренути, нити водити због одсуства државног службеника или из других оправданих разлога.

Дисциплинска казна изречена коначним решењем надлежног дисциплинског органа уписује се у кадровску евиденцију.<sup>25</sup> Кадровска евиденција служи за потребе управљања кадровима, као и за задовољавање других потреба у области радних односа. Централну кадровску евиденцију о државним службеницима и намештеницима у органима државне управе и службама Владе Србије води Служба за управљање кадровима. Води се као информатичка база података, у складу са законом. У централну кадровску евиденцију уписују се подаци о државним службеницима, њиховим квалификацијама и способностима, радном стажу и радном искуству, годинама живота, евентуалном дисциплинском кажњавању итд. Дисциплинска казна брише се из кадровске евиденције ако државном

---

23 Члан 111 ЗДС.

24 Члан 118 ЗДС.

25 Члан 119, ст. 1 ЗДС.

службенику не буде изречена нова дисциплинска казна у наредне две године од изречене дисциплинске казне за лакшу повреду дужности из радног односа, односно у наредне четири године од изречене дисциплинске казне за тежу повреду дужности из радног односа.<sup>26</sup> Утврђени рокови се не могу продужавати, нити скраћивати, због чега се по њима мора поступати.

#### 4. Закључне напомене

Наспрам законске регулативе у општем режиму радних односа којом су дисциплинска одговорност и дисциплински поступак симплификовани, супституисани тзв. отказним поступком – поступком отказа уговора о раду због постојања оправданих разлога који се односе на понашање запосленог (повреда радне обавезе и радне дисциплине), сходно цитираним одредбама Закона о државним службеницима, евидентно је да се поступак утврђивања одговорности у државном органу одвија спровођењем процесних правила дисциплинског поступка. Он се одвија од фазе покретања дисциплинског поступка писаним захтевом, преко расправе и вођења поступка, до изрицања дисциплинске мере, односно завршава се правовременим извршењем изречене дисциплинске мере од стране законом надлежних органа. У дисциплинском поступку, према ЗДС, примењују се правила која се односе на покретање и вођење поступка, усмену расправу и одмеравање дисциплинске казне. Дакле, то је класичан поступак уз учешће свих овлашћених субјеката поступка од расправе до изрицања санкције. Важна особеност овог поступка је начело расправности, које долази до изражаја у одржавању расправе, као израз остваривања права на одбрану. Управо је из тог разлога расправа најважнији део поступка. На њој се разјашњавају све релевантне околности за утврђивање одговорности, што подразумева саслушање сведока, извођење доказа, увиђај, вештачења, исправе и друге радње, а пред органом надлежним за вођење поступка и одлучивање о постојању кривице. Насупрот томе, право на одбрану запослених у општем режиму радних односа, у смислу члан 180 Закона о раду, своди се на изјашњене наводе из упозорења да су се стекли услови за отказ уговора о раду. Одредбе о дисциплинској одговорности државних службеника указују на правно заокружен систем норми дисциплинског права, и у материјалном и процесном домену. Сам поступак утврђивања дисциплинске одговорности у државним органима је систематичнији од „отказног поступка“ који је предвиђен у општем режиму радних односа. У питању је, неспорно, поступак „дисциплинског суђења за утврђивање дисциплинског дела“, какав је постојао и у општем режиму радних односа

---

26 Члан 119, ст. 2 ЗДС.

до 2001. године. Тиме је извршен својеврстан *in favor laborem* одговорности запослених у државним органима у односу на запослене код послодавца у предузећима а у домену остваривања појединих фундаменталних права (право на одбрану, право на приговор/жалбу и сл.). Такође, тиме се одступа и од основног радноправног начела јединствености система радних односа. У складу са начелом јединствености система радних односа, тј. јединства система основних права, обавеза и одговорности субјеката радног односа, наше позитивно радноправно законодавство непосредно се односи на све врсте и облике радног односа. Код појединих појавних облика радног односа, нпр. у државним органима, страних држављана и сл., одређене специфичности су регулисане посебним прописима. То не значи да самим тим представљају и посебне системе радних односа. Напротив, специфичности и посебне карактеристике су само изузеци од принципа јединствености система радних односа, па се стога у односу на појавне облике радних односа примарно примењују конкретни посебни прописи у својству *lex specialis*-а, а супсидијарно јединствене одредбе Закона о раду, по принципу "*lex specialis derogat legi generali*". Законодавац је ове специфичности дефинисао (мишљења смо нелегитимно) и у области дисциплинског процесног права, односно поступка утврђивања дисциплинске одговорности. Такво нормативно решење нема упоришта у теорији права. Својинском основом радног односа не могу се правдати разлике ни у условима и поступку утврђивања дисциплинске одговорности, ни у опсегу (обиму) заштите права. На то упућује идеја и цивилизацијски постулати владавине права, у смислу који подразумева, поред осталог, и правила о непристрасном, правичном правном поступку (*due process of law*).

### Литература/References

Балтић, А., Деспотовић, М. (1981). *Основи радног права Југославије*, Београд: Савремена администрација.

Балтић, А. Деспотовић, М. (1968). *Основи радног права Југославије и основни проблеми социологије рада*. Београд: Савремена администрација.

Безбрадица, Р., (2007). *Дисциплинска одговорност државних службеника*, Београд: Радно и социјално право. Бр. 1. 151-196.

Blanpain, R. Engels, C. (1998). *Comparative Labour Law and Industrial Relation in Industrialized Market Economies*, The Hague, London, Boston: Kluwer Law International.

Брајић, В. (2001). *Радно право*. Београд: Савремена администрација.

Влатковић, М., Брковић, Р., Урдаревић, Б., (2013). *Службеничко право*, Београд: Доситеј студио.

Ивошевић, З., Ивошевић, М. (2000). *Дисциплинска и материјална одговорност у радном односу*. Београд: Глосаријум.

Ивошевић, З. (1992). *Коментар Закона о радним односима у државним органима*. Београд: Савремена администрација.

Ивошевић, З. (1991). *Дисциплинска и материјална одговорност*. Шабац. ПЕЦ.

Јовановић, П. (2003). *Одговорност запосленог кроз поступак отказа уговора о раду*. Крагујевац: Радно право у условима транзиције.

Ковачевић, Љ. (2013). *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Кулић, Ж., Перић, С., (2016). *Радно право*, Београд: Завод за уџбенике Београд.

Kuovsuo, R. (1978). *Delovno pravo. Prva knjiga: Splošni del*. Ljubljana: Pravna fakulteta v Ljubljani, DDU Univerzum.

Лубарда, А., Б. (2012). *Радно право (расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу)*. Београд: Правни факултет у Београду.

Перић Ковачевић, С. (2016). Отказ од стране послодавца. *Право и привреда*. Београд: Удружење правника у привреди. Бр. 4–6. 641–650.

Тинтић, Н. (1972). *Радно и социјално право, књига прва: радни односи (II)*, Загред: Народне новине.

Тинтић, Н. (1969). *Радно и социјално право, Књига прва: радни односи (I)*. Загреб: Народне новине.

Weiss, M. Schmidt, M. (2008). *Labour Law and Industrial Relations in Germany*. Kluwer Law International.

Шундерић, Б. (2005). *Коментар Закона о радним односима у државним органима*. Београд: Глосаријум.

Шундерић, Б. (1990). *Радни однос: теорија, норма, пракса*. Београд: Култура.

### **Правни прописи**

Закон о државним службеницима. *Службени гласник РС*. Бр. 79. 2005. Бр. 81. 2005 – исправка. Бр. 83/2005 – исправка. Бр. 64. 2007. Бр. 67. 2007 – исправка. Бр. 116. 2008. Бр. 104. 2009. Бр. 99. 2014. Бр. 94. 2017. Бр. 95. 2018.

Закон о радним односима. *Службени гласник РС*. Бр. 55/96.

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.

**Slobodanka Kovačević Perić, LL.D.,**  
Associate Professor,  
Faculty of Law, University of Priština,  
Temporary Head Office in Kosovska Mitrovica

**RESPONSIBILITY IN THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP:  
DISTINCTIVE FEATURES OF DISCIPLINARY LIABILITY IN THE  
GENERAL AND SPECIAL EMPLOYMENT RELATIONS REGIME**

**Summary**

*Establishing an employment relationship involves acquiring or assuming certain rights, duties and responsibilities for both parties in the employment relationship, in accordance with the law, the collective agreement, the employer's general administrative acts, and the employment contract. An employment relationship involves not only the parties' rights and duties but also their responsibility. Responsibility can be of legal and non-legal nature. Legal responsibility (liability) is of greater importance for the employees. On the whole, legal responsibility may be disciplinary, material, administrative (for misdemeanors), economic (for economic offenses) and criminal in nature. The subject matter of labour law includes only disciplinary and material liability of the employee, while other types of legal responsibility are the subject matter of other legal disciplines.*

*Although the former labour legislation of the Republic of Serbia regulated the disciplinary liability of the employees in detail, such practice has been completely abandoned in the new Labour Act, which only regulates the summary dismissal procedure. Unlike the Labour Act, the Civil Servants Act contains numerous provisions on the disciplinary and material liability of civil servants. This Act also regulates procedural issues regarding the rules for initiating and conducting a disciplinary proceeding, entering disciplinary sanctions in or removing them from the personnel files, etc. In this paper, the author analyzes disciplinary liability by examining the specifics of substantive and procedural norms for establishing this form of liability in the general and special employment relations regime. From the aspect of the rule of law, the author provides a critical analysis of such legislative solutions and considers their legal justification.*

**Keywords:** legal responsibility, disciplinary liability, disciplinary procedure, disciplinary sanctions, rule of law.



**Др Јелена Миленковић\***,

Доцент Факултета за европске правно-политичке студије,

Универзитет Привредна академија у Новом Саду

Саветник у Државном правобранилаштву, Одељење за заступање

Републике Србије пред Европским судом за људска права

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

10.5937/zrpfno-28305

UDK: 341.24

342.738:004.378.5

Раd примљен: 09.08.2020.

Раd прихваћен: 26.11.2020.

## **ПРАВО НА ПРИВАТНОСТ ИЗ ЧЛАНА 8 ЕВРОПСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ О ЉУДСКИМ ПРАВИМА И ЛЕГАЛНОСТ МЕРА ЕПИДЕМИОЛОШКОГ ПРАЋЕЊА РАДИ СУЗБИЈАЊА ПАНДЕМИЈЕ ВИРУСА КОВИД 19**

**Апстракт:** Аутор у раду разматра питање заштите права на приватни живот према члану 8 Европске конвенције о људским правима у доба пандемије вируса Ковид 19.

На почетку пандемије европске државе су се суочавале са великим бројем заражених и колапсом здравствених система у појединим земљама. Питање које се поставља јесте да ли је до таквог стања које се отело контроли довело неспровођење мера епидемиолошког праћења грађана у мери и на начин на који су се те мере спроводиле у земљама Далеког истока, односно да ли је демократски систем остао незаштићен управо због поштовања демократских стандарда заштите људских права, конкретно права на приватност.

Да би се испунили демократски стандарди, неопходно је и да спровођење мера епидемиолошког праћења, којима се врши мешање у приватност грађана, буде легално.

До одговора на питање дефиниције појма права на приватни живот, као и да ли мере епидемиолошког праћења улазе у овај корпус, дошли смо детаљном анализом праксе Европског суда за људска права, пред којим се штите права гарантована Европском конвенцијом о људским правима, *inter alia*, право на приватни живот.

Анализом праксе Европског суда за људска права утврдили смо услове који морају бити испуњени да би се мере епидемиолошког праћења могле сматрати легалним.

**Кључне речи:** право на приватност, легалност мера епидемиолошког праћења, Ковид 19, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, Европски суд за људска права.

\* jelenasmil@yahoo.com

## 1. Увод

Заштита појединаца од арбитарног поступања јавних власти у међународном и националном праву постиже се кроз обезбеђивање остваривања различитих димензија његове личности. Једна од важних димензија личности појединца јесте његова приватност. Проблематика заштите јавне безбедности и здравља људи показује се као изузетно значајна када је у питању предузимање најефикаснијих мера у борби против новог вируса Ковид 19, чије су размере у овом тренутку пандемијске. У питању су мере епидемиолошког праћења, којима се држава меша у приватност грађана.

С обзиром на вишемесечну борбу против овог вируса с којом је свет до сада суочен, могу се уочити ефикасне или мање ефикасне мере. Земље попут Кине и њеног специјалног административног региона Хонг Конга, Јужне Кореје, прве су се избориле са епидемијом која их је задесила. Најефикасније мере које су предузимали односиле су се и на нужно епидемиолошко праћење. Оно подразумева: праћење локација и кретања путем ГПС сигнала на мобилним телефонима; праћење кретања лица на јавним местима; унапређене моделе примене биометрија/термалне камере и слично; надзор кроз праћење примене платних картица; дигитални увид у здравствени картон грађана у медицинским установама и апотекама. С друге стране, европске земље су се на почетку пандемије суочавале са великим бројем заражених грађана овим вирусом, великим бројем смртних случајева, као и са последичним колапсом здравственог система у појединим земљама. Поставља се питање да ли је у Европи до таквог стања које се отело контроли довело неспровођење мера епидемиолошког праћења грађана у мери и на начин како је то чињено у земљама Далеког истока, односно да ли је демократски систем остао здравствено незаштићен управо због поштовања демократских стандарда заштите људских права, конкретно права на приватни живот.

У литератури постоји став да је кључна разлика између демократских и ауторитарних друштава у начину на који се посматрају грађани. У ауторитарним државама свако се посматра као претња за друштво, па се примена мера прикупљања података или надзора сматрају логичним. За разлику од тога, у демократским системима претње за друштво посматрају се као аномалије. Најзначајнија карактеристика демократских друштава јесте у томе што се од грађана не очекује, само по себи, да верују властима, већ су институције формиране на тај начин да постоје значајна ограничења у њиховим овлашћењима, док грађани имају транспарентан увид у њихов рад и имају могућност контроле над радом институција (Bernal, 2016: 259 и 260).



Савет Европе је 7. априла 2020. године у информативном документу, као приручнику за своје чланице у борби против Ковид 19, констатовао да је велики изазов пред државама да заштите своје становништво од претње Ковид 19. У документу је наглашено да је у борби против ширења новог вируса неизбежно да предузете мере, поред осталих људских права, посебно наруше право на приватност, иако оно представља кључну вредност демократског друштва и владавине права. У вези с тим се констатује да вирус односи многе животе, али се не сме дозволити да однесе и европске корените демократске вредности, слободно друштво, владавину права и људска права.<sup>1</sup> У Заједничкој изјави држава чланица Савета Европе о праву на заштиту података у контексту пандемије Ковид 19 истиче се да су државе биле принуђене да посегну за изузетним мерама, али да, без обзира на алармантну ситуацију са јавним здрављем, људска права, начелно гарантована Међународним пактом о људским правима, а конкретније Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: Европска конвенција) и не могу бити суспендована, већ само ограничена законом, и то искључиво у мери у којој то ситуација захтева. Констатује се “да се не може тврдити да право на заштиту података није компатибилно са епидемиолошким мониторингом”, као и да се гаранцијом заштите личних података може спречити злоупотреба групних информација о локацијама за сигнализирање скупова људи који крше услове карантина. Мере које се уводе морају бити пропорционалне претњи ширења вируса и морају бити временски ограничене, а владавина права, кроз поштовање закона, мора превладати.<sup>2</sup> Дакле, иако различите државе Савета Европе на различит начин регулишу ово питање у својим националним правним системима, обавезне су да поштују стандарде које су прихватиле потписивањем међународних правних аката, укључујући и Европску конвенцију.

---

1 Council of Europe. 07 April 2020. *Information Documents SG/inf(2020)11, Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis, A toolkit for member states*. Преузето 28. 04. 2020. <https://www.coe.int/en/web/congress/covid-19-toolkits>.

2 Council of Europe. *Joint Statement on the rights to data protection in the context of the COVID-19 pandemic*. 30 March 2020. Преузето 06. 03. 2020. <https://www.coe.int/en/web/kyiv/-/joint-statement-on-the-right-to-data-protection-in-the-context-of-the-covid-19-pandemic>.

## 2. Право на приватни живот и информациона приватност

### 2.1. Појам права на приватни живот

Након што је фашизам у Европи током 1930-их и 1940-их година на застрашујући начин повређивао сваки аспект личности, међу којима је и приватна сфера појединаца, посебно кроз расизам и шовинизам, јавила се потреба за међународном заштитом људских права и права на приватни живот. Према члану 8 Европске конвенције, свако ужива право на поштовање приватног живота. Државе потписнице Конвенције имају позитивну обавезу да осигурају поштовање овог права, при чему уживају широку дискрецију у избору мера које ће усвојити ради остваривања тог циља (Крстић, 2006: 7–17). С обзиром на то да је право на приватни живот у члану 8 Европске конвенције регулисано начелно, од кључне важности је његово тумачење од стране Европског суда за људска права (у даљем тексту: Европски суд), као органа пред којим се штите људска права гарантована овим регионалним уговором.

У пракси Европског суда појам “приватни живот” постављен је веома широко. Укључује практично све што се односи на личност, лични развој и интересовања појединца. Иако се наведени појам не може дефинисати исцрпно, осим тога што неспорно укључује унутрашњу сферу сваког човека, у којој се он слободно развија као личност, подједнако значајан део приватне личности представљају и спољашњи контакти. Стога, “поштовање приватног живота, такође, обухвата у одређеном степену и право на успостављање и развијање односа са другим људским бићима”.<sup>3</sup> Људи се крећу и међусобно комуницирају и на јавним местима, иако постоји могућност да ће их други људи видети у јавности или да ће бити снимљени, рецимо, путем сигурносне камере преко кабловске мреже. С обзиром на то, и јавне информације могу се сматрати приватним (Игњатовић, 2015: 12).

Према члану 8 Европске конвенције, право на поштовање приватног живота није апсолутно право. Постоје ситуације у којима државе могу направити изузетак у његовом поштовању, и то када штите, поред осталих циљева, јавну безбедност и здравље људи.<sup>4</sup> Заправо, уколико је потребно заштитити ове циљеве, држава се грађанима може мешати у вршење овог права спровођењем мера које су оправдане и неопходне у демократском друштву. С обзиром на то да се Европска конвенција сматра “живим

---

3 *Niemietz v. Germany* (1992), став 29.

4 Члан 8, став 2 Европске конвенција за заштиту људских права и основних слобода. *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*. Бр. 9/03, 5/05 и 7/05 – испр. *Службени гласник РС – Међународни уговори*. Број 12/10.

инструментом” (што представља принцип којим се Европски суд води приликом тумачења стандарда људских права у складу са друштвеним променама), пред Европским судом се могу наћи и мере које држава предузима ради прилагођавања новим друштвеним изазовима, попут борбе за јавну безбедност и здравље грађана услед пандемије вируса Ковид 19. По том питању државе морају предузети мере да заштите како јавну безбедност и здравље, тако и људска права својих грађана. Међутим, дешава се да је нужно да једно искључује друго, односно да се мерама којима се штити јавна безбедност морају ограничити поједина људска права. У тој ситуацији нужно је успоставити баланс ради очувања демократског поретка.

Право на приватни живот представља, дакле, и квалификовано право, с обзиром на то да се мора балансирати у односу на јавни интерес и може бити ограничено у ситуацијама хитне државне потребе. Државе имају позитивну обавезу да законом регулишу или предузимају одређене мере, како би грађанима обезбедиле уживање овог права. С друге стране, постоји и негативна обавеза државе да се суздржи од мешања у право на приватност. Међутим, у одређеним ситуацијама државе уживају поље слободне процене да балансирају између јавног интереса и интереса појединаца, те им је омогућено да оправдано ограниче уживање овог права.

## ***2.2. Информациона приватност као сегмент права на приватни живот***

У правној теорији је извршена категоризација ситуација које представљају мешање у приватни живот грађана. Подела се врши на основу груписања различитих случајева, који се могу повезати по заједничком основу, и то по основу: физичког и моралног интегритета личности; приватности успостављања односа; информационе приватности; локацијске приватности и економске приватности. Случајеви заштите података о личности, масовног надзора и тајности комуникације спадају у категорију информационе приватности. Последњих година је информациона приватност постала веома значајна, с обзиром на технолошки развој мера које се у те сврхе могу применити (Sloot, 2017: 340 и 342). У правној теорији постоји преовлађујућа дефиниција појма информационе приватности, а то је право да се контролишу лични подаци појединца, с важним нагласком на то да се појединац о томе обавести и пружи свој пристанак (Henry, 2015: 110).

Да би се на најбољи начин регулисало и заштитило право на информациону приватност, неопходно је донети бројна правила о начину на који се прикупљају приватни подаци, како се користе, деле и обрађују, а све то

кроз омогућавање слободе појединца да о томе одлучи (Henry, 2015: 115). Развој информационих технологија и њихово коришћење како у јавном, тако и у приватном сектору, учинило је да се приватни подаци складиште, анализирају и деле на веома сложене начине, посебно када се има у виду то да су, у том смислу, границе између јавног и приватног сектора све мање јасне. Како се дељење прикупљених приватних података шири, расте и опасност да се те информације злоупотребе или изгубе. Посебно када се ти подаци извуку из контекста и укомбинују са другим личним подацима, може се оформити слика о појединцу на коју он није пристао. Иако се последњих година интензивније настојало да се на глобалном и европском нивоу правно ојачају гаранције информационе приватности, ипак законодавство не успева да прати корак с развојем и употребом нових технологија и да на најефикаснији начин заштити приватност, посебно што је надзор постао свакодневна ствар. Тиме је остављена могућност за озбиљне грешке и употребу несмотрених нелегалних техника надзора, као и за неовлашћени надзор (Equality and Human Rights Commission, 2011: 5–11).

Како пандемија Ковид 19 представља неочекиван изазов, посебно на пољу приватности и неопходно мешања у ово право путем спровођења мера епидемиолошког праћења за њено сузбијање, тако је неопходно и додатно унапредити заштиту права на информациону приватност. Када су у питању европске државе, тачније државе чланице Савета Европе, најзначајнију улогу има пракса Европског суда за људска права, са којом државе треба да ускладе своје законодавство и праксу. С обзиром на то да се питање заштите права на приватност у ситуацији овакве пандемије није до сада могло наћи пред Европским судом, потребно је посредно утврдити да ли су се пред овим судом налазиле ситуације које се могу подвести под поменути теоријску категоризацију информационе приватности. Анализом праксе Суда, може се приметити да је одговор на ово питање позитиван. Притом је листа ситуација, односно мера, које се могу сматрати мешањем државе у приватност, отворена.

Наиме, ситуације које је Европски суд сматрао мешањем у право на приватни живот су вршење физичке присмотре лица; присмотра прислушкивањем, односно пресретањем комуникације и снимањем података о телефонском саобраћају; прикупљање личних података; стављање под тајни надзор кретања, електронске комуникације, и-мејлова, мобилних телефона и интернета и преноса података преко компјутера; као и вођење евиденција о подацима добијеним на наведене начине (Дитертр, 2006: 241–246).

Заштита личних података је од кључне важности за поштовање приватног живота, посебно ако се ради о медицинској документацији. Једно од најважнијих начела свих демократских правних система је управо тајност здравствених података, првенствено због поштовања приватности пацијената, потом и због очувања поверења грађана у медицинску професију и установе. Европски суд је утврдио да ће се мешање у право на приватност десити ако држава спроводи мере пружања или одавања таквих података без пристанка пацијента.<sup>5</sup>

Када је у питању телефонска комуникација, нема значаја да ли је тема разговора над којим се спроводи мера прислушкивања приватна или се односи на посао (осим уколико је комуникација вршена преко неког јавног канала комуникације), односно не представља околност која ће разговору одузети карактер приватног (Рид, 2007: 451). Снимање података о телефонском саобраћају, које подразумева регистровање телефонских позива, време и трајање позива, а које не укључује прислушкивање, занимљиво је издвојити јер се може чинити контроверзним, с обзиром на то да до тих података сваки сервис телефонских услуга законито долази. Пошто су те информације ипак део приватне комуникације, уколико их сервис уступи државном органу без пристанка корисника телефонске услуге, сматраће се да јесте дошло до мешања у право на приватност тог лица. Ипак, уколико постоји легитиман интерес, док се поштују стандарди владавине права и демократског друштва, такав поступак мешања у приватност се може оправдати (Дитертр, 2006: 245–246).

Мера надзора путем ГПС-а, односно система сателитске навигације, јесте мера коју је Европски суд сматрао оправданом иако се повређивала приватност грађана, јер је констатовао да је праћење кретања грађана на јавним местима мање мешање у приватност (Игњатовић, 2015: 12).

### **3. Услови за легалност мешања европских држава у право на приватност услед примене мера епидемиолошког праћења**

Имајући у виду наведену праксу Европског суда, мере које државне власти предузимају ради заштите од пандемије вируса Ковид 19 јасно представљају мешање у право на приватност. Зато што је циљ мера епидемиолошког праћења заштита јавне безбедности и здравља људи, не може се рећи да пресретање комуникације међу људима, праћење њиховог кретања, прикупљање и коришћење података о њиховом здравственом

---

<sup>5</sup> *Z. v. Finland* (1997), став 95.

стању губе карактер приватног. Напротив, утврдили смо да је овакве мере и сам Европски суд окарактерисао као мешање у право на приватни живот.<sup>6</sup>

Да би се, према Европској конвенцији, мере којима се врши мешање у право на приватност, конкретно информациону приватност, могле оправдати, неопходно је да буду испуњени одређени критеријуми кумулативно, и то: да су предузете мере у складу са домаћим законом, односно да су мере легалне, потом да се њима остварују неки од легитимних циљева наведених у члану 8 Европске конвенције, у конкретном случају заштита јавне безбедности и здравља грађана, као и да су те мере неопходне у демократском друштву ради постизања овог циља.<sup>7</sup>

Владавина права и принцип поделе власти представљају вредности које се штите првим критеријумом путем кога се утврђује постојање мешања државе у право на приватни живот појединаца. Овим критеријумом се испитује да ли су мере које држава спроводи, а којима се повређује право на приватни живот, у складу са законом. Наведени стандард подразумева три подстандарда, и то: да за мешање постоји правни основ у домаћем систему, да тај закон испуњава одређене квалитете, тачније да је законска одредба приступачна и да је мешање предвидиво, као и да су установљени одговарајући механизми који штите од злоупотребе (Starmer, 2001: 4; Роагна, 2013: 52).

Да би се установило да ли је мера чијом се применом држава меша у приватност у складу са законом, неопходно је утврдити шта се све подразумева под законом. У европске државе не спадају само оне које имају континентални правни систем, већ има и оних са англосаксонским правом, те се, ради једнаког поступања, под стандардом “закон” подразумевају како писани, тако и неписани прописи.<sup>8</sup> С друге стране, практично свака врста домаћег прописа, било устава, закона, подзаконског акта, улази у концепт законитости (Гомиен, 2005: 82).

Није довољно само по себи да предузета мера буде прописана законом. Закон мора имати одређене карактеристике, односно квалитете. Ова гаранција је посебно важна када се има у виду то да постоји законодавство европских земаља којим је регулисано питање надзора над грађанима, али да су законске одредбе често нејасне, или садрже правне празнине које остављају могућност за злоупотребу и арбитрарност, док, са друге стране, национални органи немају довољно капацитета да ефикасно обављају контролу над законитошћу мера које улазе у информациону

6 *Klass and Others v. Germany* (1978), став 41.

7 *Roman Zakharov v. Russia* (2015), став 227.

8 *Sunday Times v. The United Kingdom* (1979), став 47.

приватност. У таквој ситуацији обично ступају на сцену недемократска средства, којима се попуњавају правне празнине у закону (The Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, 2017: 2 и 4). Стога, да би се наведени законски недостаци решили, одредбе закона морају бити јасне и прецизне, закон мора бити доступан и познат јавности, а околности и услови под којима држава може примењивати конкретне мере морају бити предвидиви за грађане, попут броја и статуса оних на које се мере односе.<sup>9</sup> Суштина постојања одређених квалитета законских одредаба лежи у томе да сваки појединац, читајући законске одредбе, може јасно спознати у којим околностима и под којим условима, у ком обиму и на који начин се нека мера може применити и у односу на њега. Ово је посебно важно када је у питању мера тајног надзора, јер је ризик од арбитражности у том случају велики, што се једино увођењем поменутих додатних гаранција може онемогућити.<sup>10</sup> Дакле, степен прецизности који се захтева од закона, зависи од предмета мера. Начелно је потребно да закон који уређује дискреционо право државног органа да предузме мере мешања у приватност грађана мора прописати опсег тог дискреционог права, али “детаљни поступци и услови којих се морају придржавати не морају бити уграђени у одредбе материјалног права”.<sup>11</sup> Ако је пак предмет мере такав да због своје природе, попут тајности, мера не може бити отворена за контролу од стране појединаца или шире јавности, “закон мора да укаже на опсег таквог дискреционог овлашћења надлежног државног органа и на начин спровођења тог овлашћења, са довољно јасноће, да би се појединцу пружила одговарајућа заштита од произвољног уплитања”.<sup>12</sup> Поводом мера тајног надзора или пресретања комуникације неопходно је да постоје јасне и детаљне одредбе, с обзиром на брзи напредак технологија које се том приликом користе. С друге стране, не може се очекивати од уставне одредбе да има исти ниво прецизности као што се то може очекивати од правних аката нижих на хијерархијској лествици, с обзиром на општу природу уставних одредаба (Starmer, 2001: 5).

Појединци чак не морају ни да пруже конкретне доказе да је над њима спроведена нека тајна мера. Самим тим што постоји закон који дозвољава примену такве мере, односно пракса која дозвољава увођење тајног надзора, као и разумна вероватноћа да безбедносне службе прикупљају и задржавају приватне информације, сматраће се да постоји претња од

9 *Khan v. the UK* (2000), став 26.

10 *Leander v. Sweden* (1987), став 51; *Rotaru v. Romania* (2000), став 55; *Roman Zakharov v. Russia* (2015), став 229.

11 *Doerga v. The Netherlands* (2004), став 50.

12 *Ibidem*.

мешања у право на приватност, самим тим и мешање.<sup>13</sup> Појединци морају знати за мере које се спроводе, а кључно је питање да ли и када морају бити обавештени о томе. С тим у вези, наглашавамо да постоје три фазе поступка спровођења мера, и то: фаза када се одређује мера, фаза спровођења и фаза након окончања мере. Логично је да у првој и другој фази појединци не могу бити обавештени да се над њима спроводи нека мера тајног надзора, јер би на тај начин појединци могли прилагодити своје понашање. Стога, у тим фазама поступка појединци свакако неће бити у могућности да траже заштиту својих права пред судом, већ се законитост и демократичност мере мора обезбедити на други начин, путем контролних механизма. Закључак је да се у првој и другој фази појединац, као предмет надзора, не мора обавестити о примени конкретне мере, што имплицира да се може обавестити уколико се то сматра примереним. Тек се у трећој фази поступка, односно након укидања мере, појединац који је био предмет надзора може обавестити да је над њим спроведена конкретна мера, јер је то основа за омогућавање делотворне правне заштите од злоупотребе примене мере. Тада појединац може пред надлежним органом покренути питање законитог спровођења конкретне мере. Важно је нагласити да ни накнадно обавештавање није обавезно, посебно код тајних мера. Оно ће се ценити према околности случаја, тачније зависи од тога у ком степену постоји заштита од злоупотребе.<sup>14</sup> Како заштита права не би зависила од дискреције државног органа хоће ли или неће обавестити појединца о спровођењу мере, тако се алтернативно свако може обратити суду уколико посумња да му је, рецимо, пресретнута комуникација.<sup>15</sup>

Државе уживају слободу да законом уреде питање увођења мера надзора над грађанима и прикупљања приватних података, јер домаће јавне власти најбоље могу да процене која је најбоља политика коју би требало да спроведу ради заштите јавног интереса, здравља људи или остварења другог циља. Међутим, то не значи да држава ужива неограничену слободу да примени коју год меру хоће, јер би то подрило, чак и уништило демократију под окриљем њене заштите. Зато је неопходно да постоје одговарајуће и делотворне гаранције против злоупотребе.<sup>16</sup> Дакле, пука контрола од злоупотреба није довољна, неопходно је да она буде и делотворна, а то значи да је адекватна, да не постоји пропуст приликом обављања контроле, као и да не постоје очигледне правне празнине које регулишу контролу. На пример, контрола над спровођењем мера које

13 *Klass and Others v. Germany* (1978), став 34; *Roman Zakharov v. Russia* (2015), став 167.

14 *Centrum För Rättvisa v. Sweden* (2018), ст. 105 и 106.

15 *Kennedy v. The UK* (2010), став 167.

16 *Klass and Others v. Germany* (1978), ст. 49 и 50.



се тичу телекомуникација може постојати, али неће бити делотворна уколико постоји пропуст у националном законодавству да регулише питање приватног система телекомуникације (Рид, 2007: 455).

Механизам контроле над спровођењем конкретне мере пази да се мера спроводи у складу са законом и спречава да дође до злоупотребе. Зато је кључно да контролно тело буде независно од органа који спроводи меру мешања у приватни живот (о гаранцији независности поступајућег органа више у Миленковић, 2019: 73–82), а контрола непосредна и редовна (Игњатовић, 2015: 9 и 11). Препоручљивије је да тело које врши контролу над спровођењем мере буде основано од стране законодавне, а не извршне власти (The Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, 2017: 4). Оптимално је да постоји судска контрола над спровођењем конкретне мере. Уколико изостаје судска контрола, може бити прихватљива и контрола од стране несудског тела, попут скупштинског одбора и комисије, ако је надзорно тело независно од органа који извршава конкретну меру и ако је контрола коју врши делотворна и стална (Роагна, 2013: 52). Закључује се да врсте механизма контроле могу бити интерне, затим долазити од стране извршне и судске власти или их може спроводити посебно независно тело. Сматра се да се одобрењем мера од стране судова најјаче штите људска права, као и гаранције независности, непристрасности и правилности поступка (о гаранцији независности и непристрасности поступка више у Миленковић, 2019: 71–101), а што би могло имати најмање штетне последице за демократско друштво у целини (The Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces, 2017: 5).<sup>17</sup>

Начелно говорећи, практично се може рећи да је тешко пронаћи национални систем у коме не постоји злоупотреба. Зато, уколико не постоје докази, сматраће се да државни органи прописно обављају свој посао уколико се “мере смање на најмању потребну меру и када је обезбеђена њихова усклађеност с релевантним законским одредбама” (Рид, 2007: 455).

Предмет надзора, прикупљања и складиштења могу бити како подаци који се тичу приватних активности појединаца, тако и јавне информације. Прикупљање и коришћење иако јавних података може повређивати приватност, уколико се такви подаци прикупљају систематски и стално о неком лицу и о томе се формирају досијеи. Притом, није од значаја да ли се до тих података дошло законитим путем или на тајни начин, као ни то што информације које су прикупљене нису осетљиве, нити биле тражене (Дитертр, 2006: 232). Разлог за то је што се самим формирањем ових досијеа ствара могућност да се ти подаци користе на начин којим се може

---

17 *Roman Zakharov v. Russia* (2015), став 233.

повредити право на приватни живот (Роагна, 2013: 20; Игњатовић, 2015: 12).<sup>18</sup> Од суштинске важности је да у случају систематског прикупљања и складиштења података постоје средства обезбеђења права на приватност, како би лице могло ефикасно заштитити своја права. Посебно је важно испунити ову гаранцију у случају да се ови подаци користе за полицијске сврхе.

Дакле, опасност од злоупотребе посебно прети у случају аутоматског прикупљања личних података, као и код мера масовног надзора, с обзиром на то да је чест случај да национални прописи дају одрешене руке безбедносним службама у спровођењу наведене мере или не дају могућност органима јавне власти да контролишу спровођење такве мере, односно појединцима да се обрате судовима ради заштите приватности (Игњатовић, 2015: 13; Sloot, 2017: 346). Критеријуми који би у случају тајног надзора требало да буду испуњени су: одређивање категорија људи над којима се врши надзор; временско трајање надзора; процедура која се мора поштовати приликом испитивања, коришћења и складиштења добијених података; мере предострожности које се морају предузети приликом достављања ових података некој другој страни; као и околности у којима се подаци морају обрисати или уништити.<sup>19</sup>

Прикупљање и складиштење информација не представља обавезно задирање у приватност.<sup>20</sup> Да би се могло оправдати складиштење личних података, потребно је да се та мера користи ради идентификовања особа које су предмет примене мере и да се потврди да те особе учествују у конкретним активностима. Задржавање ових информација оправдано је све док постоји друштвена претња јавном интересу због чије заштите се мера уводи.<sup>21</sup>

Прикупљање података који су приватног карактера односи се и на медицинску документацију, посебно када садржи високо личне и осетљиве податке о појединцима. Подаци у медицинским картонима су поверљиви. Међутим, уколико их клиника која прикупља те податке објави другом државном органу, а самим тим и ширем кругу јавних службеника, и то у сврхе другачије од оне због којих их је клиника иницијално прикупљала, сматраће се да су се државни органи умешали у приватност лица. Наиме, самим тим што је лице пристало на лечење на клиници, није прихватило

---

18 *Rotaru v. Romania* (2000), став 46.

19 *Szabo and Vissy v. Hungary* (2016), став 56.

20 *Leander v. Sweden* (1987), ст. 48 и 68.

21 *McVeigh, O'Neill and Evans v. The United Kingdom* (1981), ст. 224 и 230.

да се ти подаци открију ван клинике, макар то био и други државни орган, јер је у питању сврха за коју лице није пристало.<sup>22</sup>

Посебно би требало имати у виду то да епидемиолошко праћење, прикупљање података и масовни надзор не укључују само државне органе, већ и комерцијалне организације, попут комерцијалних оператера *Microsoft, Google, Yahoo, Facebook, Youtube, Viber, Skype* и слично, посебно што су управо те комерцијалне организације развиле методе за прикупљање података и надзор, а да владе користе њихове прикупљене податке. Начин и мера у којој се спроводи ова сарадња, као и сва сазнања која су доступна комерцијалним оператерима нису у потпуности позната (Bernal, 2016: 246–261). И овај фактор је кључно узети у разматрање приликом усвајања мера епидемиолошког праћења и утврђивања оправданости и легалности њихове примене.

#### 4. Закључак

Када је у питању ефикасна борба у сузбијању пандемије вируса Ковид 19, може се приметити да су неке државе биле успешније од других. У неким европским државама је, услед пребрзог и масовног ширења вируса, на самом почетку пандемије дошло и до колапса здравственог система, за разлику од неких земаља Далеког истока, попут Кине, њеног специјалног административног региона Хонг Конга и Јужне Кореје. Оно што јесте познато је и да су се у тим земљама Далеког истока на самом почетку пандемије примењивале мере епидемиолошког праћења, попут праћења локација и кретања путем ГПС сигнала на мобилним телефонима; праћења кретања лица на јавним местима; примене термалних камера; надзора кроз праћење примене платних картица; дигиталног увида у здравствени картон грађана у медицинским установама и апотекама. Питање на које смо настојали да одговоримо јесте да ли је у Европи до таквог стања које се отело контроли на почетку пандемије довело неспровођење мера епидемиолошког праћења грађана у мери и на начин на који су се те мере спроводиле у земљама Далеког истока, односно да ли је демократски систем остао незаштићен управо због поштовања демократских стандарда заштите људских права, конкретно права на приватност. Један од тих кључних демократских стандарда, када је у питању оправданост мешања државе у приватност својих грађана, јесте и легалност мера које се спроводе.

Утврдили смо да је стандард поштовања права на приватни живот, као заједнички у европским државама, односно државама чланицама

---

22 *M. S. v. Sweden* (1997), став 35.

Савета Европе, првенствено гарантован чланом 8 Европске конвенције о људским правима. Утврдили смо да је држава овлашћена да се умеша у ово право уколико је неопходно заштитити одређене интересе, попут јавне безбедности и здравља људи, те се новонастала потреба за сузбијањем ширења вируса Ковид 19 може сврстати у оправдане разлоге за мешање у приватност грађана.

Кроз анализу праксе Европског суда такође смо увидели да се наведене мере епидемиолошког праћења, којим се успешно врши сузбијање ширења овог вируса, могу сврстати у ситуације којима се држава раније мешала у остваривање права на приватност. С обзиром на то, применљиви су услови које је Европски суд утврдио да би се наведене мере увеле и спровеле на легалан начин.

Оно што се може приметити јесте да су ти услови за легалност мера мешања у приватност прилично захтевни и у директној су вези са поштовањем владавине права и демократских стандарда, као и са принципом поделе власти. Наиме, стандард легалности обухвата неколико подстандарда. Први је да за мешање постоји правни основ у домаћем систему, било да је то писана или неписана правна норма, у зависности од врсте правног система. Други подстандард је да тај закон испуњава одређене квалитете, тачније да је законска одредба јасна и прецизна, да закон мора бити доступан и познат јавности, а околности и услови под којима држава може примењивати конкретне мере морају бити предвидиви за грађане, попут броја и статуса оних на које се мере односе, дакле потребно је да је мешање у приватност и предвидиво. Испуњавање трећег подстандарда легалности мера мешања у приватност подразумева да су установљени одговарајући механизми који штите од злоупотребе примене конкретне мере. Притом, пука заштита од злоупотреба мера није довољна. Неопходно је да она буде и делотворна, а то значи да је адекватна, да не постоји пропуст приликом обављања контроле, као и да не постоје очигледне правне празнине које регулишу контролу.

Стога, с једне стране је потребно све наведене критеријуме испунити и то кумулативно, да би мере епидемиолошког праћења у европским државама испуњавале захтев легалности. С друге стране, у европским земљама постоји законодавство којим је регулисано питање надзора над грађанима, али су законске одредбе често нејасне или садрже правне празнине које остављају могућност за злоупотребу и арбитрарност, док национални органи немају довољно капацитета да ефикасно обављају контролу над законитошћу мера које улазе у информациону приватност. На основу тога, могло би се закључити да је у основи проблема са неефикасним сузбијањем

вируса Ковид 19 на почетку пандемије у Европи заправо стајала недовољна испуњеност захтева легалности мера епидемиолошког праћења, јер је у питању потпуно нова ситуација која се раније није могла предвидети, самим тим ни одговарајуће регулисати, пошто је за њено одговарајуће регулисање и спровођење било неопходно унапред или бар симултано с развојем пандемије испунити бројне услове.

### Литература/References

Bernal, Paul. (2016). Data gathering, surveillance and human rights: recasting and debate. *Journal of Cyber Policy*. Vol. 1, No. 2.

Equality and Human Rights Commission. (2011). *Protecting information privacy*. Manchester.

Henry, L. (2015). Information Privacy and Data Security. *Cardozo Law Review de novo*.

Sloot, Bart van der. (2017). Where is the Harm in a Privacy Violations? Calculating the Damages Afforded in Privacy Cases by the European Court of Human Rights. *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law*. Vol. 8, No. 4.

Starmer, K. (2001). *Blackstone's Human Rights Digest*. Blackstone Press Limited.

Гомиен, Д. (2005). *Кратки водич кроз Европску конвенцију о људским правима*. Council of Europe Publishing.

Дитертр, Ж. (2006). *Изводи из најзначајнијих одлука Европског суда за људска права*. Службени гласник, Савет Европе.

Игњатовић, Д. (2015). *Мере пресретања комуникације и задржавања података из перспективе Стразбура и прописа и праксе у Републици Србији*. Београд: Norwegian Embassy.

Крстић, И. (2006). *Право на поштовање приватног и породичног живота, члан 8 Европске конвенције о људским правима*. Београд: Београдска иницијатива за основна права.

Миленковић, Ј. С. (2019). *Право на правично суђење у грађанским споровима у пракси Европског суда за људска права*. Београд: Службени гласник, Факултет за европске правно-политичке студије.

Рид, Карен. (2007). *Европска конвенција о људским правима, водич за практичаре, књига 2*. Београд: Београдски центар за људска права.

Роагна, И. (2013). *Заштита права на поштовање приватног и породичног живота, у складу са Европском конвенцијом о људским правима*. Генерални директорат за људска права и владавину права, Савет Европе.

Правни акти и судска пракса:

*Centrum För Rättvisa v. Sweden*, представка број 35252/08, пресуда ЕСЉП од 19. 06. 2018.

Council of Europe. 07 April 2020. *Information Documents SG/inf(2020)11, Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis, A toolkit for member states*. Преузето 28. 04. 2020. <https://www.coe.int/en/web/congress/covid-19-toolkits>.

Council of Europe. 30 March 2020. *Joint Statement on the rights to data protection in the context of the COVID-19 pandemic*. Преузето 06. 04. 2020. <https://www.coe.int/en/web/kyiv/-/joint-statement-on-the-right-to-data-protection-in-the-context-of-the-covid-19-pandemic>.

*Doerga v. The Netherlands*. Представка број 50210/99. Пресуда ЕСЉП од 27. 04. 2004.

*Kennedy v. The UK*. Представка број 26839/05. Пресуда ЕСЉП од 18. 05. 2010.

*Khan v. the UK*. Представка број 35394/97. Пресуда ЕСЉП од 12. 05. 2000.

*Klass and Others v. Germany*. Представка број 5029/71. Пресуда ЕСЉП од 06. 09. 1978.

*Leander v. Sweden*. Представка број 9248/81. Пресуда ЕСЉП од 26. 03. 1987.

*M. S. v. Sweden*. Представка број 20837/92. Пресуда ЕСЉП од 27. 08. 1997.

*McVeigh, O'Neill and Evans v. The United Kingdom*. Представка број 8022/77. Пресуда ЕСЉП од 18. 03. 1981.

*Niemietz v. Germany*. Представка број 13710/88. Пресуда ЕСЉП од 16. 12. 1992.

*Roman Zakharov v. Russia*. Представка број 47143/06. Пресуда ЕСЉП од 04. 12. 2015.

*Rotaru v. Romania*. Представка број 28341/95. Пресуда ЕСЉП од 04. 05. 2000.

*Sunday Times v. The United Kingdom*. Представка број 6538/74. Пресуда ЕСЉП од 26. 04. 1979.

*Szabo and Vissy v. Hungary*. Представка број 37138/14. Пресуда ЕСЉП од 12. 01. 2016.

The Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces – DCAF. 2017. *Parliamentary Brief: Safeguards in Electronic Surveillance*. Преузето 22. 05. 2020. <https://www.dcaf.ch/dcaf-parliamentary-brief-safeguards-electronic-surveillance>.

*Z. v. Finland*. Представка број 22009/93. Пресуда ЕСЉП од 25. 02. 1997.

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода.  
*Службени лист СЦГ – Међународни уговори*. Бр. 9/03, 5/05 и 7/05 – испр.  
*Службени гласник РС – Међународни уговори*. Број 12/10.

**Doc. Jelena Milenković, LL.D.,**

*Assistant Professor,*

*Faculty of European Legal and Political Studies in Novi Sad, EDUCONS University  
Adviser, State Attorney's Office, Belgrade, Department for Representation of the  
Republic of Serbia before the European Court of Human Rights*

### **THE RIGHT TO PRIVACY UNDER ARTICLE 8 OF THE EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS AND LEGALITY OF EPIDEMIOLOGICAL MONITORING MEASURES TO COMBAT THE COVID-19 VIRUS PANDEMIC**

#### **Summary**

*In this paper, the author analyzes the protection of the right to privacy under Article 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR) at the time of the Covid-19 virus pandemic. At the beginning of the pandemic, European countries had a large number of infected people and some countries encountered a collapse of their health systems. As the situation was beyond control, it raises the question whether such a situation was caused by the non-implementation of epidemiological monitoring measures, which is comparable to the extent and manner of implementing these measures in the Far East; namely, the question is whether the democratic system remained unprotected due to the EU countries' observance of democratic human rights standards, specifically the right to privacy.*

*Given that epidemiological monitoring measures are currently the most important instrument for combating the Covid-19 virus pandemic, European countries have to fulfill the condition of legality in implementing these measures, which interfere with the citizens' right to privacy. In that context, the author explores the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR), which ensures judicial protection of the rights guaranteed by the Convention (including the right to private life), focuses on the definition of the concept of the right to privacy, and examines whether epidemiological monitoring measures fall into the corpus of privacy rights. Relying on a detailed analysis of the ECtHR case law, the author points to the specific requirements that must be met in order for the epidemiological monitoring measures to be considered legal.*

**Keywords:** *right to privacy, legality of epidemiological monitoring measures, Covid-19, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights.*



**Gordana Damjanović\*, LL.D.,**  
Assistant Professor,  
Faculty of Law, University of Priština,  
Temporary Head Office in Kosovska Mitrovica

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД  
10.5937/zrpfno-28635

UDK: 347.778:602.9  
602.9:172

Раd примљен: 30.09.2020.  
Раd прихваћен: 08.12.2020.

## **PROS AND CONS OF PATENTING STEM CELLS**

**Abstract:** *The evolution and transformation of research in the field of biotechnology are clearly reflected in patent rules. In view of further development of biotechnology and the pressure from multinational biotechnical companies, gene patenting was first granted in some legal systems in order to initiate the regulation of patent protection of stem cells. Further research should provide a better understanding of the differentiation and development of stem cells, including their potential effects in curing previously incurable diseases. It should also engender new ways of exploring fundamental issues in biology, such as the mechanism of cell growth. Therefore, researchers and primarily biotech companies advocate in favor of ensuring the monopoly on the results of their research. Such a monopoly is secured by patent law. Although remarkable progress has been made in the research of stem cells, many aspects of their use, especially of embryonic cells, have not been fully clarified and made comprehensible. Successful applications of products that use a stem cell derivative (on the one hand) and moral dilemmas primarily relating to embryonic stem cells (on the other hand) have resulted in a debate that has affected many legal areas, such as patent law. Such morally challenging products have caused great concern in the USA and the EU. However, these two entities have tried to solve the problem in different ways. Different views on law, ethics and embryos have also affected different views regarding patent protection of stem cells.*

**Keywords:** *biotechnology, inventions, patents, genes, stem cells.*

---

\*gordana.damjanovic@pr.ac.rs

## **1. Introduction**

In the area of patent law, not many questions are as complex as the question of biotechnological invention protection in general, and the question of stem cell protection in particular. No biotechnological invention has spurred so much discussion and different legal views as the issue of stem cell legal protection. In terms of biotechnological inventions, most difficulties have been encountered by patent offices and courts due to the need to react promptly to frequent changes, to empower expertise within institutions, to evaluate the state of technology, and to determine the correct standard for broadness of granted patents.

Stem or pluripotent cells were first isolated from a human embryo in the blastocyst stadium by the researchers at the University of Wisconsin in the USA (in 1998). The human embryo was cloned for the first time in November 1998, at the ACT (Advanced Cell Technology) Institution. An embryo was disrupted in its growth in the blastocyst stage in order to obtain stem cells from it and to develop cell threads such as nerve cells, bone marrow cells, muscle, or blood cells could be developed. In the scientific view, the most important notion is that stem cells could grow and differentiate in any type of cell in the human body. These characteristics provide massive potential in studying and treating serious illnesses like Alzheimer's or Parkinson's Disease, as well as diabetes. The potentials of stem cells are practically unlimited because they can induce organ regeneration or regeneration of the damaged immune system. It should be emphasized though that stem cell research is still in its infancy and that scientists seek a better understanding of the role of stem cells in normal human development and disease development.

Further research should provide a better understanding of differentiation and stem cell development along with their potential effects in curing incurable diseases. It should also engender new research methods for exploring fundamental questions in biology, such as the cell growth mechanism. Therapeutic potentials of both embryonic and "mature" stem cells are huge, but so are resources invested in their research. For this reason, all researchers, primarily big biotechnological companies, advocate for acquiring a monopoly over their research results. Such a monopoly is secured by patent law.

## **2. The notion of stem cells**

### ***2.1. Stem cell development and types of stem cells***

Scientists in the field of medicine claim that stem cells are the foundation of the development of the entire human organism. Millions of cells of more than two hundred types are involved in the creation of the human organism, and every

one of them has its specific function; stem cells are specialized and, as such, they hold the potential to develop in one or multiple types of cells.

If we look at the creation of the human organism from the perspective of biology, we learn that the organism evolves through a certain number of successive phases. At the moment of fertilization, there is only one cell – a zygote (fertilized egg), and that cell divides very rapidly in the first couple of days. In that phase, the zygote consists of totipotent stem cells. The cell's ability to proliferate and to create daughter cells, which can then be of any cell type, is called cell potency. The totipotent cells hold the greatest development potential: they can transform into any cell type in the human organism, and they can develop into a separate embryo as well. Therefore, every totipotent cell represents an independent entity that can evolve into an entire organism (Mitalipov, Wolf, 2009:199). However, within five to seven days, the organism turns into a blastocyst, a ball of few hundred stem cells that are no longer totipotent, but pluripotent. Those cells can develop into any out of two hundred cell types within the organism, but they are no longer able to develop into an embryo (Радоњанин, 2007: 4).

Pluripotency means having more than one potential outcome. Pluripotent cells can reach the fetus or a certain cell stage, but an individual or the conglomerate of pluripotent cells cannot develop into a fetus because they lack the potential to grow into an embryo. As the development of the embryo continues, its cells become differentiated and take over a certain role in the human organism. From that moment on, the embryo is called a fetus while stem cells become multipotent (Laurie, 2004: 3). Multipotent cells are those that can transform into a smaller number of different cell types. Multipotent stem cells are a few non-differentiated cells in the tissue of developed organisms that can differentiate into closely related cells. For example, they can develop into different types of blood cells, but never into a muscle or some other cells. Finally, stem cells can be unipotent when only one type of cells can grow out of them, and they differ from non-stem cells by the ability to self-regenerate. Unipotent or oligopotent stem cells can only differentiate into one type of cell, such as cardio-vascular or skin cells, deserving of tissue regeneration (Zhu, 2011: 13). This ability to regenerate the damaged tissue makes those cells unique in medicine. They serve as a kind of internal repair system in numerous tissue types.

Stem cell research will enable scientists to learn more about basic cell characteristics and what makes them different from specialized cell types. Considering that they have unique regenerative abilities, stem cells offer new possibilities for treating diseases like diabetes and different heart diseases. One of the main characteristics of stem cells is self-regeneration, which implies a cell's ability to go through multiple division cycles while remaining undifferentiated into

specialized cell types.<sup>1</sup> Under certain physiological or experimental conditions, stem cells may be prompted to become tissue or specialized cells with specific functions. In certain organs, like the intestine or bone marrow, stem cells divide regularly by substituting old cells or damaged tissue, while in organs such as the pancreas and heart the division is possible under certain conditions. Thanks to these characteristics, they substitute dying cells and regenerate damaged tissue. The possibility of tissue substitution based on stem cell treatment is successfully promoted world-wide. The diseases treated in this manner are leukemia, lymphoma, and some other. At this point, some treatments are clinically tested; generally, clinical test results show that stem cell treatment is effective but still not accepted as a standard. Doctors believe that many diseases, like diabetes or nervous system illnesses, will be treated with stem cells only in a few years' time. Besides being characterized by the ability to reproduce without a time limit, stem cells are also reversible. Reversibility is the ability of certain stem cells to return to their previous state, which practically means that embryonic stem cells can regress to the embryonal phase and become embryos.

There are four types of stem cells: 1) embryonic stem cells from the blastocyst stadium of embryo development; 2) mature stem cells which all organs are made of; 3) stem cells in the umbilical cord; and, 4) induced pluripotent cells - mature cells, genetically reprogrammed into stem cells (like embryonic stem cells).<sup>2</sup>

## **2.2. Stem cells as an invention of a product and a method**

Careful research of different invention patent applications shows that patent protection has been approved for inventions and applications in the entire sector of human stem cell research. Patents are so issued for inventions in the areas of pluripotent embryonic stem cells, multipotent mature stem cells, as well as multipotent mature stem cells of the fetus. Before establishing a moratorium on stem cell patents in Europe (Case 112/11 *Oliver Brustle v Greenpeace e V*

---

1 For more on types of stem cells, see: <https://www.seracell.rs/maticne-celije/tipovi-maticnih-celija>, 25.08.2020.

2 Embryonic stem cells and induced pluripotent cells are very similar; in controlled environments, both of them can grow into any kind of cell. They can self-regenerate, they can divide and produce their copies indefinitely. Unlike embryonic stem cells, induced pluripotent cells do not cause the destruction of an embryo. Yet, the results of recent research show that certain genes in induced pluripotent stem cells behave a bit differently than the genes of embryonic stem cells; that means that it is too risky to substitute embryonic stem cells with induced pluripotent stem cells in basic research at this point. See: DW (2015): *Regenerativna medicina – nada za mnoge*, by G. Hajze, 22.10.2015, <https://www.dw.com/sr/regenerativna-medicina-nada-za-mnoge/a-18799514>, accessed 24.06.2020.

*language Europa EU* (2011)<sup>3</sup>, based on the analysis of reported and approved patents related to all types of stem cells both in Europe and in the USA, it can be concluded that patenting biological material taken from the human body became usual practice on both continents. Numerous patents related to mature stem cells have been approved. Of course, the situation is very different in terms of embryonic stem cells.

Stem cell patents can be approved both as a product and a method. The first patent related to human embryonic stem cells (approved by the United States Patent and TradeMark Office/ USPTO) referred to the composition of matter in these cells; subsequently, patents for methods used in isolation and purification of stem cells were approved as well. When a method is the subject matter of patent protection, patent protection extends to products directly obtained from this method. In case of inventions involving stem cells, the general provisions of relevant regulations apply, including those referring to patent protection of medicaments (Bouvet, 2002: 40).

### **3. Conditions for stem cell patent protection**

In principle, to be patentable, every biotechnological invention must meet the same criteria as do inventions from any other technology area. Laws and legal documents, such as: the European Patent Convention (EPC), the Agreement on Trade-related aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), and the national Patents Act (PA), prescribe conditions of patentability of an invention but do not define the term "patent".

Unlike the Patents Act of 1995, which defines a patent as a new solution for a technical problem, the current Patents Act (2019) of the Republic of Serbia defines a patent as a right which is recognized for invention in any new technological area, provided that the patent is original, inventive (ingenious) and industrially applicable (Article 7 PA)<sup>4</sup>.

The European Patent Convention (EPC) includes a similar solution, according to which European patents are approved for inventions that are new, represent the result of creative work and that can be applied in the industry (Article 52 (1) EPC).<sup>5</sup>

In the USA, in order to get patent protection, an invention has to fulfill conditions prescribed by law, such as: novelty, non-obviousness, and utility. Although

---

3 Case 112/11, *Oliver Brüstle v Greenpeace e V language Europa EU*, Court of Justice of the EU (2011).

4 Article 7. Zakona o patentima (Patents Act), *Sl. glasnik RS*, 2019/66.

5 Article 52 (1), European Patent Convention, *Official Journal EPO*, 1973/10.

biotechnological inventions are considered morally controversial, there are no legally moral limitations in the patent law in the USA, unlike European patent rules (Thorstenson, 2007: 50).

Stem cells meet the condition of novelty if they are modified or isolated from the natural environment. Then, a question arises whether the isolation method is by itself sufficient in meeting the condition of novelty. If the isolation method is not sufficient, non-modified stem cells would not meet the novelty criterion but would be qualified as products of nature that cannot be patented. The prevailing understanding is that the main question of defining stem cell's patentability is whether they are technically new or they derive from the existing state of technology (Zhu, 2011: 67).

Novelty is examined by comparing submitted patent to concrete, defined, technical solutions that are explicitly chosen from the overall state of technology, which means that the novelty is "overthrown" by the existence of one document or one product from the overall state of technology that has the same characteristics as the submitted invention (Марковић, 2016: 43).

In determining the current state of technology, we can conclude from all of the above that the patent offices mostly limit the volume and content of previous technology state to the subset of technology states that are defined in relation to the field of the invention (Xiang, Lingli, Shiwen, Ning, 2003: 541). A patent can be acknowledged as an invention only in cases where the details of it were not previously published. Since institutional and personal work of researchers was until recently valued solely based on scientific work, publishing was considered more important than the attempt to provide patent protection. However, after submitting a patent, researchers can publish an invention without violating its patent protection. The research of the European Commission for Internal Market and Research shows that in most cases there is no postponement of publishing that could relate to the previous admission of the patent application; so, the practice of combining patents with publishing papers is increasingly applied <sup>6</sup>.

In cases where technical information relates to alive biological material, as a condition of such material entering the technical state, patent law prescribes deposition of the material in a competent depository institution where experts, under defined conditions, can take a sample of biological material and multiply it (Марковић, 1997: 102).

In most relevant European Union regulations, technical intervention is also a criterion for deciding whether the element isolated from the human body will

---

6 Zavod za intelektualnu svojinu (2017): „Bavite se istraživanjima, razmišljajte o patentima“, [www.zis.gov.rs/upload/Publikacije/Lifleti/Bavite%20se%20istraživawem.pdf](http://www.zis.gov.rs/upload/Publikacije/Lifleti/Bavite%20se%20istraživawem.pdf), accessed 8. 3. 2017

be considered a discovery or an invention (within the meaning of Art. 52 (1) EPC). "Isolation" and "purification" are arguments that differentiate isolated and purified materials from the natural ones. However, there are remarks on whether the concepts of "isolation" and "purification" are legal terms, i.e. that they are an artificial construction designed to draw the line between what is and what is not possible to patent. The concept of isolation was adopted by the European Patent Office (EPO) and the USPTO in European Union, by adopting the Biotechnological Directive (Article 5) while in the USA it was incorporated into legal practice.

The Biotechnological Directive<sup>7</sup> stipulates: "1) *The human body, at different stages of its formation and development, and the simple discovery of one of its elements, including the sequence or partial sequence of a gene, cannot constitute patentable invention.* 2) *An element isolated from the human body or otherwise produced by means of a technical process, including the sequence or partial sequence of a gene, may constitute a patentable invention, even if the structure of that element is identical to that of a natural element.*" (Article 5 (1, 2) Directive).

The stated solution creates a legal area for approving patents for "elements" such as genes or stem cells, but by differentiating *in vivo* items and isolated components of the human body obtained by the technical intervention (Bahadur, Morrison, 2010: 68). Artificial intervention, like isolation from *in vivo* environment or purification from the original biological environment, is sufficient to satisfy the condition of novelty (Zhu, 2011: 68).

By isolating embryonic cell lines from an embryo in separate vessels, the condition of novelty is actually fulfilled because cultivating cells in an artificial environment can change molecular or even chromosome structure so that they could differ from the embryo out of which they were isolated (Jamil, 2016: 80).

In examining the patentability of an invention, the requirement of novelty is examined first, and then the level of innovation. In case of establishing novelty (any difference between the invention and the current state of technology), the examination of innovation level is conducted. Two very important factors are important in interpreting the innovation level: 1) an expert from the appropriate technology sector, and 2) obviousness in terms of the state of technology.

The term "expert" implies a college-educated person with a certain level of experience, a person who regularly practices some area of technology and is familiar with general knowledge in appropriate areas and of a certain date. It is assumed that such a person has access to everything related to the state of technology, especially documents from patent documentation listed in the internal report,

---

<sup>7</sup> Article 5. (1)(2), Directive on the legal protection of biotechnological inventions /EC/98/44.

that he/she has the ability to perform routine work and experiments, and that he/she has access to standard instruments to do so (Чабаркапа, Петровић, Дуњић, 2013: 156). The term “obviousness” implies the invention which does not exceed the boundaries of standard technological progress but, in a simple and logical manner, arises from the previous state of technology (Чабаркапа, *et al.*, 2013: 157).

In the USA, the condition of “non-obviousness” was first prescribed in the U.S. Patent Act of 1952. Article 103 of the current USA patent law (U.S. Code, Title 35-Patents)<sup>8</sup> prescribes that the patent for the submitted invention cannot be approved, regardless of whether the invention is not identical to published patents, if the differences between the submitted invention and the current state of technology are such that the invention examined would be obvious to the expert with ordinary experience in the field at the time when the item is invented and by using methods to which the submitted invention relates. (Article 103, U.S. Code, Title 35-Patents). During the examination of the innovation level of an invention, the basic question is whether the result is “reasonably” predictable, based on the current state of technology, that is, whether a person with ordinary experience in the area of technology can expect success. If the state of technology leads to the manufacturing of the present invention and there is a realistic expectation that the invention will occur, then the condition of innovation, i.e. non-obviousness, has not been met. When examining whether the condition of innovation related to embryonic stem cells is met, it is necessary to determine whether the method of deriving cell lines is obvious for an expert in that area. Therefore, the examination of technology must be conducted by a specialized expert who will understand all technical particularities and details of chemistry, biology, and genetics (Марковић, 2016: 51). Non-obviousness actually distinguishes an expert from an inventor. For the invention to be non-obvious to the expert, it is necessary for the inventor to manifest creativity in shaping and subjugating nature (Фишер, 2006: 62).

In European patent law, the current definition of the requirement concerning industry applicability is stated in Article 57 of the EPC, which emphasizes that an invention is industrially applicable “if it can be made or used in any kind of industry, including agriculture.” The Serbian Patents Act (2019) defines the requirement of industrial applicability in the same manner.<sup>9</sup>

The term “industry” is interpreted in a broader sense, that is, as a term encompassing physical activity of a “technical” nature, i.e. the activity that belongs to

---

8 U.S. Code, Title 35-Patents, Art. 103 (Conditions for patentability: non-obvious subject matter),

9 Article 13, Zakon o patentima (Patent Act), *Sl. glasnik RS*, 66/19.



the group of practical or useful creations, unlike aesthetic creations. The term “industry” does not imply only the mandatory use of machines or a manufacture of a certain item, but it can also encompass a certain method (e.g. the process of converting energy from one form to another) (Чабаркана, *et al.* 2013: 158). Industry applicability implies the possibility of the invention application in the provision of services (Марковић, Поповић, 2015: 110).

The requirement of industry applicability in the European-continental legal system is a counterpart of the utility requirement acknowledged in the Anglo-Saxon legal system. In the USA law, besides the requirements of novelty and non-obviousness, the invention has to meet the requirement of utility. In addition, the invention has to meet the utility requirements stipulated in the United States Patent and Trademark Office (USPTO) Guidelines (2001).<sup>10</sup> According to the USPTO Guidelines, in order to meet the utility requirement, the patent has to possess at least one specific, important, and credible practical usage (Спасић, 2006: 84).

The moral status of an embryo is the focal point of the conversation on stem cell research and stem cell patents. By providing a certain level of protection to an invention or patent, we face a classic moral dilemma: is it right to cause some evil in order to achieve a higher good? In the context of embryo stem cells, is it allowed to manufacture or use the existing embryos to create embryonic cell threads? The central problem is the moral status of the embryo as a source of embryonic stem cells. At the international level, the accepted opinion is that the research on embryos is ethically right if a human stands to gain out of them, without any significant risk of damage. Within this perspective, destroying embryos and extracting embryonic stem cells would be ethically unacceptable. But, if an embryo is considered only as a pile of cells that would become a complete human being only after a certain time period, then the research on embryos is allowed without any moral limitations. In-between these two complete opposite views on the embryo status, there is an array of “mixed views”. There are views that early embryos should not be treated as human beings; therefore, they do not enjoy the same protection level (as humans), even though the status of an embryo changes in line with its development. For this reason, early embryos can be used for research purposes (Jochemsen, Garcia, Meir, Harris, 2005: 59).

The first moral dilemma in terms of stem cell research is the issue of the status of different types of stem cells, as well as the sources of their origin. The question is: at which moment in human development do human beings acquire the right to dignity and protection? Considering that embryonic stem cells are derived

---

<sup>10</sup> US PTO Guidelines: Utility Examination Guidelines, Federal Register, Vol. 66, No. 4, 5, January, 2001, p. 1092.

from an embryo in the blastocyst phase, the status of the blastocyst is the focal point of the conversation about embryonic stem cells.

From the scientific standpoint, the supporters of embryonic stem cell research have different reasons for distinguishing embryonic stem cells from living beings. Firstly, it is not exactly obvious when the new genes take control over the embryo; so, the zygote cannot be identified with a newborn. Embryonic stem cells have a modified status of DNA methylation that is a complete opposite of mature stem cells. For example, in female embryonic stem cells, both X chromosomes are active. During embryonic development, one X chromosome is inactive. Even later, when a new genetic complement is created, the zygote does not have enough information to create a human being; so, the formation of an embryo relies on factors that are not genetic information. Because of that, a zygote should not have the same moral status as a human being. In support of the claim that human life does not start with fertilization, the proponents of this stance point out that the nervous and brain systems, the heart and blood vessels are not formed in any other stage before the blastocyst (Zhu, 2011: 30).

The biological process begins with the fertilization of the cell, which then starts to divide. During the first few divisions, cells identical to each other are being created. It is the blastocyst stage, during which 100 identical cells can be created; these cells are totipotent, meaning that they have the capacity to form a new embryo, placenta, or umbilical cord. The period of totipotency is limited to 3-4 days after conception, after which they begin to differ; so, some of them make up the umbilical cord and placenta, and others make up the body of the fetus in the internal cell mass of the blastocyst. Then, cells become pluripotent, but still have an unlimited capacity for regeneration in laboratory environments (Дакић, 2016: 234).

Considering that they are not derived from an embryo in the totipotency phase, stem cell and embryonic cell threads are morally acceptable because there is no possibility of them converting into an embryo and later into a human being. In discussing the potential utility in stem cell research, the European Group on Ethics in Science and New Technologies (EGE) also pointed out that the research of pluripotent embryonic stem cells should be allowed while taking every necessary precaution. Thus, the EGE (2002) suggested prescribing strict rules so that research could be conducted mainly on “overabundant” embryos from artificial insemination clinics<sup>11</sup>.

---

11 The European Group on Ethics in Science and New Technologies (EGE), Opinion No. 16 on the ethical aspects of patenting inventions involving human stem cells, 7 May 2002, EGE, European Commission, 2002.

#### 4. Conclusion

Unlike the Anglo-American legal system which approved stem cell legal protection from the beginning, the European-continental legal system excluded stem cells from patent protection. The essential difference between the two legal systems is reflected in the fact that most European patent laws include a “moral clause” which enables competent authorities to refuse a patent on a moral basis. On the other hand, in the Anglo-American legal system, moral evaluation is not formalized but researchers mainly focus on the questions of novelty, non-obviousness, and utility (industrial applicability).

The opponents of stem cell patents point out that, in order to derive cell threads from embryonic stem cells, the embryo has to be destroyed, which constitutes a violation of human dignity. The legal theory does not define human dignity, nor the moral status of an embryo. In terms of stem cell patent protection, there is no moral consensus in Europe. The moral status of embryos and stem cells is a very complex question, primarily because an embryo (in spite of not having all characteristics of a person) eventually becomes a human being. It raises an issue of whether it is justified to destroy an embryo and derive stem cells from it. It should be pointed out that research is mainly conducted on “overabundant” embryos, created by the *in vitro* fertilization method in the artificial insemination clinics. It raises another issue: is it more moral to dispose of such an embryo, or to use it for research purposes? The observance of moral standards can be achieved within the limits of patent law and ethical evaluation conducted by the competent authority, both of which speak in favor of stem cell patents.

#### References

- Bahadur, G.; Morrison, M. (2010). Patenting human pluripotent cells: balancing commercial, academic and ethical interests. *Human Reproduction* 25(I). Oxford University Press. 14–21.
- Bouvet, Ph. (2002). Patentability of inventions involving human stem cells in Europe. *Journal of Commercial Biotechnology* 9 (1). 40-48.
- Дакић, Д. (2016). Изазови европског регионалног законодавства на пољу заштите живота: Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу.
- Фишер, С. (2006). Правна природа патента као субјективног права. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду.
- Jamil, A. (2016). Patent framework for the human stem cells in Europe and USA: innovation, ethics, and access to therapy. Doctoral Degree in Law, Science and Technology (LAST-JD), CIRSFID, University of Bologna, Italy.

Jochemsen, H.; Garcia, E.; Meir, A.; Harris, R. (2005). *Human Stem Cells, Source of Hope and Controversy*. Bioethics Press. Chicago and London.

Laurie, G. (2004). Patenting stem cells of human origin. *European Intellectual Property Review*. 26 (2). 59-66.

Mitalipov, Sh.; Wolf, D.; Li, V. (2009) . Totipotency, pluripotency and nuclear reprogramming. National Institutes of Health, *Advances in Biochemical Engineering Biotechnology*. 114 (185-199).

Марковић, С. (1997). *Патентно право*. Београд.

Марковић, С. (2016). Да ли је оквир патентног права постао неодговарајући за проналаске лекова. *Актуелна питања права интелектуалне својине и права конкуренције: поглед са Балкана*. Београд. 29-53.

Марковић, С. Поповић, Д. (2015). *Право интелектуалне својине*. Београд.

Radonjanin A. (2007). Patentability of biotechnology. *Европски правник*.

Спасић, В. (2006). Патентирање производа биотехнологије. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. XLVII.77-95.

Thorstenson, A. (2007). Patentability of Human Embryonic Stem Cells, Finding the Balance between the Moral Hazard in Europe and the Wide Scope in the US, Faculty of Law, University of Lund.

Xiang, L. Lingli, D. Shiwen, O. Ning, Zh. (2013). A comparative analysis of the inventive step standard in the EPO, SIPO and USPTO". *Journal of Intellectual Property Law & Practice*. 8 (7). 539-545.

Zhu, H. (2011). A Comparative Study on Human Embryonic Stem Cell Patent Law In the United States. The European Patent Organization and China, School of Law: University of Kansas

Чабаркапа, О., Петровић, Д., Дуњић, М. (2013). Услови патентбилности проналазака. *Војно технички гласник*. LXI.1. 146- 161.

#### Legal documents

Directive 98/44/EC of the European Parliament and of the Council of 6 July 1998 on the legal protection of biotechnological inventions (EC/98/44); <https://wipo.int/wipolex.int/en/text/126957>

European Patent Convention, *Official Journal EPO*, 1973/10, revised by the Act revising the EPC of 29 November 2000, European Patent Convention, EPO, April 2018č [https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/epc/2016/e/EPC\\_conv\\_20180401\\_en\\_20181012.pdf](https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/epc/2016/e/EPC_conv_20180401_en_20181012.pdf)

The European Group on Ethics in Science and New Technologies, Opinion on the ethical aspects of patenting inventions involving human stem cells, Opinion No. 16, 7 May 2002, EGE, European Commission, published 28.06. 2002, available at <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/687b0402-32b8-4b1a-905e-b7885d2a3eac>

Zakon o patentima (Patent Act), *Službeni glasnik Republike Srbije*, 66/19.

U.S. Code, Title 35-Patents, Art. 103 (Conditions for patentability: non-obvious subject matter), United States Code, 2011 Edition, Government Publishing Office, Washington D.C.; <https://www.govinfo.gov/content/pkg/USCODE-2011-title35/html/USCODE-2011-title35.htm>

US PTO Guidelines: Utility Examination Guidelines, Federal Register, Vol.66/ No.4, 5.Jan.2001, p.1092; <https://www.uspto.gov/sites/default/files/web/offices/com/sol/notices/utilexmguide.pdf>

#### Online resources

Deutsche Welle (DW), 22.10.2015, Regenerativna medicina–nada za mnoge (Regenerative medicine), by Gudrun Hajze, <https://www.dw.com/sr/regenerativna-medicina-nada-za-mnoge/a-18799514>, accessed 24.06.2020.

Seracell.rs (2020) .Tipovi matičnih ćelija (Types of stem cells), <https://www.seracell.rs/maticne-celije/tipovi-maticnih-celija/>, accessed 25.08.2020.

Zavod za intelektualnu svojinu (2017):Bavite se istraživanjima, razmišljajte o patentima, [www.zis.gov.rs/upload/Publikacije/Lifleti/Bavite%20se%20istraživawem.pdf](http://www.zis.gov.rs/upload/Publikacije/Lifleti/Bavite%20se%20istraživawem.pdf), 8. 3. 2017

**Др Гордана Дамјановић,**  
Доцент Правни факултета,  
Универзитет у Приштини са привременим  
седиштем у Косовској Митровици

## **ЗА И ПРОТИВ ПАТЕНТИРАЊА МАТИЧНИХ ЋЕЛИЈА**

### **Резиме**

*Еволуција и трансформација истраживања у области биотехнологије одражава се и на патентна правила. Најпре је одобрено патентирање гена, да би даљи развој биотехнологије, али и притисак мултинационалних биотехнолошких компанија иницирао прописивање патентне заштите матичних ћелија у појединим правним системима. Истраживања би требало да обезбеде боље разумевање диференцијације и развоја матичних ћелија, са могућим последицама за излечење до сада неизлечивих болести, али и да омогуће нове начине за истраживања фундаменталних питања у биологији, као што је механизам за раст ћелија. Истраживачи, али највише биотехнолошке компаније, залажу се због тога за обезбеђивање монопола над резултатима својих истраживања. Такав монопол обезбеђује патент. Поред тога што је постигнут изузетан напредак у истраживању матичних ћелија, многи аспекти коришћења, посебно ембрионалних ћелија нису били у потпуности разумљиви и јасни. Успешна примена производа који користе неки дериват матичних ћелија са једне стране и моралне дилеме, које се односе првенствено на ембрионалне матичне ћелије са друге стране, резултирале су у расправи која је утицала на многа правна подручја, попут патентног права. Такви морално изазовни производи су проузроковали велику забринутост у САД и ЕУ. Међутим, ова два ентитета су на различите начине покушала да реше проблем. Различити погледи на право, етику и ембрионе, утицали су и на различита становишта у погледу патентне заштите матичних ћелија.*

**Кључне речи:** биотехнологија, проналасци, патенти, гени, матичне ћелије.

**Др Срђан Радловић,\***  
Доцент Правног факултета,  
Универзитет у Приштини са  
привременим седиштем у Косовској Митровици

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД  
10.5937/zrpfno-28570

UDK: 179.3  
351.765  
343.58

Рад примљен: 27.09.2020.  
Рад прихваћен: 16.12.2020.

## **(ПРАВНИ) СТАТУС КУЋНИХ ЉУБИМАЦА И ПОСЕБНА АФЕКЦИЈА ПРЕМА ЊИМА**

**Апстракт:** У домаћој теорији права, као и судској пракси, преовлађује став да су животиње ствари – живе покретне ствари у контексту стварног права, односно опасне ствари у контексту облигационог права. Оба схватања, међутим, озбиљно су доведена у питање доношењем Закона о добробити животиња, те изменама које су уследиле у казненом праву. Штавише, створен је сасвим солидан основ да се у важећем праву о животињама дискутује као, истина врло особеним, субјектима права.

Правни статус животиња, па и кућних љубимаца као посебне категорије која је у фокусу рада, јесте споран. Но, већ и сам наговештај могућности превазилажења традиционалног концепта „животиња = ствар“ обавезује да у том контексту преиспитамо и друге поставке грађанског права *de lege lata*, а нарочито *de lege ferenda*.

Конкретно, с ослонцем на предности аналитичког метода, те генерализацију и апстракцију као саставне делове нормативног метода, аутор претендује да преиспита могућности накнаде тзв. афекционе вредности за случај смрти или телесне повреде кућног љубимца, нарочито у контексту опредељене систематике важећег Закона о облигационим односима, те Преднацрта Грађанског законика Републике Србије.

**Кључне речи:** штета, афекциона вредност, кућни љубимци, животиње, права животиња.

---

\*srdjan.radulovic@pr.ac.rs

## 1. Увод

Парадигматски оквир, претежно омеђен екоцентричним и биоцентричним ставововима, а унутар којег се одвијају практично све социјалне релације, природно представља основу правно-етичког модела по којем функционишу истраживања у оквиру правне науке, судска пракса, као и законодавне активности. Такав приступ тешко је оспорити данас. Ипак, склони смо да се запитамо да ли је антропоцентризам у својим умеренијим варијантама ипак могуће инкорпорирати у постојећи сет идеја. Да ли је то можда нужно учинити, не ради сужавања постојећег парадигматског оквира, већ управо ради повећања ефикасности мера које су на њему засноване? Да ли је могуће непосредно штитећи човекове интересе, упркос егоизму које се слуту из таквог приступа (Visković, 1992: 288), унапредити управо човеков однос према природи чији је он неодвојиви део?

На ова и друга сложена питања склони смо да понудимо позитиван одговор<sup>1</sup>. Сматрамо да је на овом нивоу развоја права, па и људских идеја уопште, не само могуће, већ и упутно препознати и уважити неке најсубјективније човекове побуде. Све то, с једне стране, ради уважавања тенденције ширења постојећег оквира људских права, али и (мада звучи контрадикторно) ради корекције превише антропоцентричног односа човека према природи.

С тим у вези, у раду презентујемо резултате истраживања усмереног на преиспитивање решења која нуди важеће одштетно право Републике Србије у погледу могућности усвајања тужбених захтева који су усмерени на накнаду штете која се надовезује на посебну наклоност оштећеног према одређеној ствари онда када је иста оштећена или уништена. Постојећа решења анализирамо нарочито из угла новијих правнотеоријских промишљања, као и из угла релевантне судске праксе, све у контексту штете која произлази из повреде или смрти животиње као особите категорије „ствари“. Аутор, међутим, напомиње да је рад усмерен на накнаду афекционе вредности за случај повреде или смрти, не свих, чак не ни само „власничких“ животиња, већ искључиво категорије кућних љубимаца. Каква је правнополитичка ситуација у том контексту када су остале категорије животиња у питању биће предмет проучавања у наредним радовима.

---

1 Унеколико сличан приступ практикују аутори који су анализирали потребу за унапређењем права детета кроз унапређење права животиња. (Vučković-Šahović, Burazerović, 2019: 185-203).



## 2. О накнади „афекционе вредности“

У теорији права сматра се да се „коначно“ концепцијско и легислативно раздвајање грађанскоправне од кривичноправне одговорности догодило доношењем првих великих грађанских кодификација<sup>2</sup>. Процес диференцијације, међутим, започет је далеко раније – доношењем *Lex Aquilia de damno iniuria dato*<sup>3</sup>. Управо овим актом, мада су њиме фрагментарно регулисани хетерогени случајеви који су се чешће појављивали у пракси, отворено је питање сврхе санкције и створена могућност за инсистирање на разлици у односу на кривично право у изнетом контексту<sup>4</sup>.

До доношења *Lex Aquilia*, правни поретци на штету су реаговали кроз скуп мера који је био изразито пунитивног карактера. Те мере, осим можда индиректно, нису ни биле усмерене на репарацију штете (Радуловић, 2016: 73), већ на сатисфакцију у циљу спречавање одмазде, нарочито крвне освете (Цигој, 1978: 400). Такав закључак јасно произлази из система компензације у којем се штета надокнађивала у вишеструком износу.

Доношењем поменутог акта, истина само за један деликт, предвиђена је обавеза на страни штетника да исплати *износ који одговара једнострукој вредности ствари фиксираној за одређени временски тренутак* [нагласио аутор]. Римски правници, а затим и теорија права, препознали су капацитет оваквог приступа, па се оно што је био изузетак предвиђен за деликт *damnum iniuria datum* претворило у основни принцип читавог грађанског права. Тако се данас за много аргумента може бранити став да је поправљање штетних последица нечијег деловања основни циљ установљења грађанскоправне одговорности.

То, на први поглед, произлази као сасвим јасно, чак и неспорно. Међутим, једна ствар је рећи, мада и то је упитно, да је поправљање штетних последица основни циљ. Нешто сасвим друго било би рећи да је то једини циљ грађанскоправне одговорности. То није нешто са чиме се можемо сложити, нарочито уколико питање циља накнаде штете конкретизујемо и

---

2 Раздвајање се, сматра се, догодило на нивоу метода, затим и сврхе инкриминације, у погледу услова и основа одговорности, најзад и према врстама санкција (Salma, 2008: 79-97).

3 О овом акту, околностима под којима је донет, тачном времену његовог доношења, као и његовој садржини данас, нажалост, сазнајемо само посредно и то претежно на основу фрагмената који су сачувани у Јустинијановим Дигестима и Гајевим Институцијама (Богуновић, 2012: 425-426).

4 Мада би се до одређене мере могло бранити и становиште да је, макар једним делом, *Lex Aquilia* допринео приближавању грађанске кривичној одговорности кроз увођење појма противправности на терен грађанског права.

у тражење одговора се упустимо из перспективе важећег права Републике Србије.

Када поставимо питање шта је сврха одговорности у грађанском праву, поготово уколико посматрамо одредбе важећег Закона о облигационим односима, стојимо на становишту да је, не репарација, већ превенција основни циљ. Чини нам се да то сасвим јасно произлази из одабране формулације једног од основних начела поменутог закона, а којим је изричито наложено да је свако дужан да се *уздржи поступака којим је другоме могуће проузроковати штету* [нагласио аутор]<sup>5</sup>.

И заиста, адресирајући поименично неодређен број лица, законодавац сугерише да је неприхватљиво, не само наношење штете, већ и предузимање радњи којима се уопште може створити и најмањи степен опасности настанка штете, те да се истих треба уздржавати. Наравно, мада није погрешна уколико поштујемо правила језичког тумачења, последња интерпретација мора у пракси бити унеколико ублажена кроз логичко и телеолошко тумачење, а разлог је једноставан – из сваке људске радње потенцијално може настати штета. Но, сматрамо да очигледна потреба за „ублажавањем оштрице“ овог правила не мења ништа у погледу примарног опредељења законодавца на остваривање ефеката генералне превенције, а тек супсидијерно (дакле, за случај да примарни циљ не буде остварен) и репарације.

Овакво становиште може се успешно бранити на више различитих нивоа. Међутим, далеко од тога да је овим питање супсидијерних циљева позитивног одштетног права у потпуности разрешено. Тако, сасвим је оправдано поставити питање да ли је, онда када је постојање штете недвосмислено утврђено, репарација једини циљ накнаде. Конкретније, питање се своди на то да ли је кроз накнаду штете могуће пројектовати и пунитивне ефекте, а кроз пунитивне и ефекте специјалне превенције.

Наиме, Законом о облигационим односима прописано је да се штета јавља у више различитих облика. Најпре, штетом се сматра стварна, то јест обична штета која се манифестује као умањење имовине једног лица<sup>6</sup>. Под појам штете се, затим, подводи се и изостанак основано очекиваног повећања имовине, то јест измакла добит<sup>7</sup>. Најзад, штетом се према слову закона сматра и наношење физичког или психичког бола, односно страха другом лицу, а овај облик штете означава се нематеријалном<sup>8</sup>.

---

5 Чл. 16. Закона о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89. *Сл. лист СРЈ*, 31/93. *Сл. лист СЦГ*, 1/03 - Уставна повеља

6 Чл. 155. Закона о облигационим односима.

7 Чл. 155. у вези са чл. 189, ст. 1 и 3. Закона о облигационим односима.

8 Чл. 155. у вези са чл. 200. Закона о облигационим односима.

Када је у питању материјална штета (као збирни појам за стварну штету и измаклу добит) законодавац претендује најпре на то да се изврши репарација исте кроз натуралну реституцију. За случај да она није могућа или суд сматра да није нужно инсистирати на њој<sup>9</sup>, од судије се очекује да досуди накнаду у износу који је потребан да се материјална ситуација оштећеног лица уподоби са ситуацијом у којој би се налазило у моменту досуђења да није било штетне радње или пропуштања (Караникић-Мирић, 2011: 69-70)<sup>10</sup>.

Када је у питању нематеријална штета законодавац, такође, предност даје својеврсном облику реституције<sup>11</sup>. За случај да реституција није могућа, законодавац кроз одабрану формулацију одбацује „негативне теорије“ о новчаној накнади нематеријалне штете (Николић, 1994: 167-170) и дозвољава могућност досуђивања правичне новчане накнаде онда када постоје физички болови, страх или душевни болови који су дуготрајни и/или нарочито израженог интензитета<sup>12</sup>.

Натурална реституција као облик репарације фаворизује се у односу на компензацију кроз новчану накнаду код материјалне, односно сатисфакцију код нематеријалне штете. Међутим, који год облик накнаде био доступан у зависности од околности случаја и врсте штете, законодавац не дозвољава да се институт накнаде штете претвори у средство за експлоатацију, комерцијализацију, злоупотребу права, остваривање лукративних циљева, а нарочито за богаћење без правног основа (Медић, Дедић, Зивлак-Радуловић, 2017: 81 и даље; Манић, 2012: 439)<sup>13</sup>. Другим речима, законодавац инсистира на томе да оштећени не сме након накнаде бити нити сиромашнији нити богатији него што би био да је штета изостала.

Уколико поставимо питање да ли суд може да усвоји тужбени захтев лица које тражи накнаду штете која произлази из његове посебне наклоности према уништеној или оштећеној ствари, први утисак је да је одговор из перспективе позитивног права изричито негативан. Такав одговор произлази из језичког тумачења јер законодавац ни у једном делу Закона о облигационим односима, барем не изричито, не помиње могућност успешног истицања и таквих захтева. Исти одговор произлази и из систематског тумачења, то јест анализе вишеструко осигураног принципа

---

9 Чл. 185, ст. 3. Закона о облигационим односима.

10 Чл. 189, ст. 2. и чл. 190. Закона о облигационим односима.

11 Чл. 199. Закона о облигационим односима.

12 Чл. 200, ст. 1. Закона о облигационим односима.

13 То се нарочито види у: Чл. 190, 191, 192, 197, 198, ст. 2, 200, ст. 2. Закона о облигационим односима.

еквивалентности накнаде насталој штети о којем смо управо говорили. Најзад, до истог закључка може се доћи и кроз историјску интерпретацију<sup>14</sup>.

Међутим, у изнетом контексту особито је интересантна одредба којом је суду допуштено да висину накнаде одреди према вредности коју је ствар имала за оштећеног онда када је иста оштећена или уништена кривичним делом с умишљајем<sup>15</sup>. Ова норма може се тумачити на више различитих начина: као норма којом се (ре)дефинишу услови одговорности за штету (Караникић-Мирић, 2011: 68), као норма којом се приликом накнаде материјалне штете дозвољава утврђивање висине штете према субјективном мерилу (*pretium singulare*) (Караникић-Мирић, 2011: 69 и даље) или као материјалноправни основ за истицање захтева за накнаду афекционе вредности.

Теорија права претежним делом прихвата треће тумачење. Иако се може учинити да систематика за коју је оптирао законодавац упућује на друго тумачење, мишљењу правне теорије приклонила се и судска пракса<sup>16</sup>. Присталица овог становишта је и аутор, а разлога за то је више.

Прво, одредба чл. 189 ст. 4 представља део рубрума који се односи на накнаду материјалне штете: афекциона вредност по својој природи то није. То може да значи или да судови чине логичку грешку када ову норму посматрају као *premissa maior* приликом усвајања захтева за накнаду афекционе вредности или да је законодавац погрешно систематизовао ово правило међу одредбе о накнади материјалне штете. Ми сматрамо да је други одговор исправан, јер принцип интегралне накнаде материјалне штете омогућава формирање судске одлуке у погледу висине накнаде на

14 У односу на Скицу за законик о облигацијама и уговорима у овом делу учињено је неколико измена. Ове измене засебно, а нарочито уколико их посматрамо у међусобној повезаности, сугеришу да се законодавац приликом израде Закона о облигационим односима свесно одлучио да изостави могућност накнаде тзв. афекционе вредности, те да није реч о правној празнини (Константиновић, 1996: 86).

15 Чл. 189, ст. 4. Закона о облигационим односима.

16 Пресуда Апелационог суда у Београду Гж-2285/2018; Пресуда окружног суда у Ваљеву Гж-1119/2005; Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Гж-3174/2010. Преузето 17. 04. 2020. <https://www.lexonline.paragraf.rs/WebParagraf/>

Упор. Одговори на питања трговинских судова који су утврђени на седницама Одељења за привредне спорове, одржаним дана 5.10, 25.10, 7.11. и 14.11.2006. године и на Седници Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове, одржаној дана 20.9.2006. године - Судска пракса трговинских судова - Билтен бр. 3/2006 - стр. 18; Закључак усвојен на Саветовању Савезног суда, Врховног војног суда, Врховног суда Србије, Врховног суда Црна Горе и Вишег привредног суда у Београду, *Судска пракса привредних судова, Билтен бр 2/97*, 14. Преузето 18. 04. 2020. <https://www.lexonline.paragraf.rs/WebParagraf/>

основу објективних, претежно тржишних критеријума, дакле без узимања у обзир степена кривице штетника. Степен кривице је пре релевантан код одмеравања висине накнаде нематеријалне штете. Ово из разлога што не би исправно било третирати исто штетника који је починио штету намерно и оног који је исту проузроковао обичном непажњом, будући да се основано може претпоставити да ће оштећени трпети душевне болове далеко мањег интензитета уколико зна штетник није желео наступање одређене штетне последице, тим пре јер се и извесно саосећање штетника који је штету проузроковао, рецимо нехатно, може претпоставити (Медић, 2017: 652; Медић, Дедић, Зивлак-Радуловић, 2017: 83-84).

Даље, сматрамо да је поменуто тумачење у духу нашег грађанског права. Идеју о томе налазимо у одредбама које регулишу стварноправну материју, а којима се уважава као правно релевантна категорија која, мада није названа тим именом, дефинитивно подсећа по поставци на афекциону вредност. Наиме, одредбама којима је регулисана материја стицања права својине од невласника предвиђено је да савесно лице може постати власник ствари, иако исту није прибавило од лица које има право својине на тој ствари<sup>17</sup>. Апсолутно право својине стицаоца бива релативизовано правом ранијег власника да тражи повраћај ствари по прометној вредности (без дирања у право стицаоца да захтева накнаду штете од преносиоца) онда када се непобитно утврди да конкретна ствар за ранијег власника *има посебан значај* [нагласио аутор]<sup>18</sup>. Дакле, уважавање посебне наклоности према ствари, односно посебног значаја исте, није потпуно инокосна појава у грађанском праву.

Најзад, потреба превазилажења концепције која почива на потпуној раздвојености пунитивне сфере кривичноправне и репарационе сфере грађанскоправне заштите данас је израженија него раније (Николић, 1994: 212-213). Она произлази примарно из опште и сасвим лако уочљиве тенденције хуманизације казног права у којем би реституција могла, сматрамо и требала, имати све већи значај, али при чему не би требало занемарити и такву могућност да ће и из грађанског права бити издвојене санкције пунитивног карактера, све у контексту сложеног процеса који аутор назива конвергенцијом грађанскоправних и казних санкција (Николић, 1994: 212-213). У ред санкција које би из грађанског права могле бити издвојене по својој пунитивној функцији била би управо накнада афекционе вредности. Она, стојимо на становишту, омогућава успостављање савршеног баланса између потребе да се, у случају

---

17 Чл. 31, ст. 1. Закона о основама својинскоправних односа *Сл. лист СФРЈ*, 6/80 и 36/90, *Сл. лист СРЈ*, 29/96 и *Сл. гласник РС*, 115/2005.

18 Чл. 31, ст. 2. Закона о основама својинскоправних односа.

причињења кривичног дела, нарочито умишљајног, морају уважити и „инстинктивне потребе“ жртве кривичног дела (а не само друштва које је у фокусу кривичноправне заштите у систему новчане казне), а са друге стране и потребе друштва да се кроз пунитивне грађанскоправне санкције не формира тзв. приватна казна (барем не као правило) (Николић, 1994: 212-213).

### **3. Посебна наклоност према кућним љубимцима као критеријум за процену висине накнаде штете**

Мада борба за права животиња није продукт 21. века (Stojanović, 2016: 76), синтагма „права животиња“, не сасвим етички прецизно (Waldau, 2010: 1-2) и дефинитивно не на одушевљење држава и њихових законодавних органа (Stojanović, 2016: 77), све чешће се користи у теорији права. Њен одјек иницирао је читав низ промена, па и оних правних, у односу према животињама.

#### **3.1. Појам и правни статус животиња у праву Републике Србије**

Појам животиње у правном смислу, сходно одредбама важећег Закона о добробити животиња<sup>19</sup>, ужи је у односу на биолошки појам животиње, иако је овај акт далеко свеобухватнији у односу на друге акте важеће акте у Републици Србији који за предмет имају заштиту животињског света (Stojanović, 2019: 442). Не сасвим спретно следећи учење Jeremy Benthama (Bentham, 1823: 144) правни појам животиње, изостављајући безмало 95% укупне популације животиња<sup>20</sup>, сведен је на оне кичмењаке (*vertebrata*) који су у стању да осете бол, патњу, страх и стрес<sup>21</sup>. Унутар законске категорије „животиња“, уводи се посебна група – животиње чији опстанак зависи непосредно од човека<sup>22</sup>. У ову групу, поред оних животиња које се држе и репродукују у производне сврхе, огледних животиња и дивљих животиња које се држе у заточеништву, спадају и кућни љубимци<sup>23</sup>. Најзад,

---

19 Закон о добробити животиња, *Сл. гласник РС*, 41/2009.

20 Пре безмало три деценије упућена је озбиљна критика таквој тенденцији (Visković, 1992: 287).

21 Упоредити у односу на решење у § 1. немачког Закона о добробити животиња који се односи на све животиње (Tierschutzgesetz, (BGBl. I S. 1328). Преузето 22.05.2020. <https://www.gesetze-im-internet.de/tierschg/TierSchG.pdf> ) или чл. 2 швајцарског Закона о добробити животиња који условно обухвата и бескичмењаке (Tierschutzgesetz, Преузето 22.05.2020. <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20022103/201705010000/455.pdf>).

22 Чл. 5, ст. 1, т. 14. Закона о добробити животиња.

23 Чл. 2, ст. 1, т. 5. Закона о добробити животиња.

прилично штуром формулацијом, уз незнатно одступање у односу на решење у Европској конвенцији о заштити кућних љубимаца донетој у оквиру Савета Европе<sup>24</sup>, одређено је и то да се кућним љубимцима сматрају све животиње које се држе ради дружења<sup>25</sup>.

Дефинисањем појма животиње, доношењем законског акта којим се промовише њихова добробит, чак ни уз постојање општег консензуса о потреби заштите животиња као вредности *per se*, међутим, није разрешен главни сукоб међу теоретичарима права који су се овом проблематиком бавили. Реч је о размимоилажењу у приступу за који се, с једне стране, залажу позитивисти који промовишу идеју о заштити животиња као посебно вредног објекта права и, на другој страни, јуснатуралиста који сматрају да је, не само биолошки, већ и правно оправдано нормативно издизање животиња на ниво субјекта права (Visković, 1992: 288). Заправо, сукоб не само да није разрешен, већ се може учинити да је уопштеним законским одредбама остављен превелики простор за различите интерпретације поменутог акта, а који погодује продубљивању постојећег јаза.

Наиме, у правним поретцима данашњице, а изузетак није ни наше право, може се релативно лако уочити тенденција напуштања концепта „животиња = објект права“. Но, закључак да по аутоматизму као тачна важи релација „животиња = субјект права“ био би преурањен. Управо у овој области традиционални концепт права који почива на дуалитету субјект/објект права доживљава својеврсну метаморфозу јер право данас успева да препозна и категорије које јесу и субјекти и објекти права, али истовремено нису нити једно нити друго у потпуности.

И заиста, на основу важећег Закона о добробити животиња, али и одредби Кривичног законика<sup>26</sup>, може се донекле извести закључак да животиње јесу субјекти, мада у правно огољеном облику. Ово из разлога, најпре, што је овај акт, као и низ међународних извора, донет примарно ради установљења макар и рудиментарног субјективитета животиња (Ristivojević, Bugarski, 2014: 3). Затим, зато што из ових одредби произлази да животиње јесу титулари, мада врло ограниченог броја, субјективних права (независно од човека као евентуалног власника), али не и правних дужности будући да се

---

24 Art. 1. European Convention for the Protection of Pet Animals. *Strasbourg*, 13. 11. 1987. Чл. 1. ст. 1. Закона о потврђивању Европске конвенције о заштити кућних љубимаца, *Сл. гласник РС – међународни уговори*, 1/2010.

25 Чл. 5, ст. 1, т. 26. Закона о добробити животиња.

26 Чл. 269, 271, 272, 273, 277. Кривичног законика Републике Србије, *Сл. гласник РС*, 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 и 35/19.

остваривању истих не могу самостално старати. Исти закључак произлази и посредно из низа ситуација у којима је искључена могућност да се животиња, или барем одређене врсте животиња, третирају као објекат у пуном правном смислу те речи (Водинелић, 2012: 416-417; Јотановић, 2014: 117).

Међутим, иако је оваквим одредбама дата могућност да се „интереси животиња“ остварују без дискриминације од стране човека у било ком смислу (Јотановић, 2014: 113), становиште да животиња представља и објекат права, то јест ствар *sui generis*, није превазиђено иако је наше право, сматрамо, увелико на прелазу из „друге у трећу генерацију права“ (Višković, 1989: 816; Водинелић, 2012: 411-413). Посматрано из перспективе облигационог права, рецимо, онда када животиња проузрокује штету, има лац исте одговара према правилима о објективној одговорности. То значи да животиња, мада закон не врши нумерацију у том смислу, према становишту судске праксе представља ствар од које прети повећана опасност настанка штете<sup>27</sup>. Исти закључак, мада опет посредно, произлази из анализе положаја животиње у оквиру стварног права будући да иста може бити предмет права својине. Коначно, такав закључак произлази из оправдане критике важеће нормативе (Stojanović, 2019: 449) која не забрањује и не омогућава кажњавање напуштања животиња, као ни било које друге ствари начелно, па чак ни оних животиња чији опстанак, према ставу законодавца, зависи непосредно од човека.

### **3.2. Афекциона вредност животиње и њена накнада**

Закључак да животиње и даље фигурирају и као објект права произлази и из анализе ситуација у којима је животиња повређена или усмрћена. У таквим случајевима власник животиње има право да захтева накнаду штете као да је реч о уништењу или оштећењу било које друге (покретне) ствари. Прецизније, власнику као неспорно, у складу с објективним мерилом (*pretium commune*), припада право на накнаду стварне штете, затим и измакле добити уколико је реч о животињи која је заиста коришћена ради увећања

---

27 Уколико погледамо радни текст будућег Грађанског законика Републике Србије у оквиру одељка посвећеном одговорности за штету изазвану употребом опасне ствари или обављањем опасне делатности посебан одсек посвећен је одговорности за штету коју узрокује животиња. Иако се одсек односи само на штету коју узрокују домаће животиње, у члановима 323-326 јасно је исказан став да се животиње у смислу правила одштетног права поимају као ствари (опасне). Произлази закључак да је тенденција да животиње задрже, макар делимично, статус ствари. Преузето 20.05.2020. <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>,

Исти закључак произлази и из одредби које регулишу појам ствари, конкретно покретних, у смислу правила стварног права (Стојановић, 2018: 328).



имовине. Штавише, није спорно ни то да власнику животиње, уколико успе такав захтев да оправда посебним приликама, припада право на накнаду штете прама тзв. субјективном критеријуму (*pretium singulare*) (Радишић, 2004: 272).

Спорно, међутим, у зависности од интерпретације чл. 189 ст. 4 Закона о облигационим односима Републике Србије, може бити да ли власник животиње може успешно истицати и захтев за накнаду штете који превазилази чак и захтев опредељен према субјективном критеријуму. Другим речима, спорно је да ли, поред стварне штете и измакле добити, власник животиње може успешно да захтева и накнаду тзв. афекционе вредности.

Основаност оваквог захтева, заправо, спорна је на барем два нивоа – на материјалноправном и на чињеничном нивоу. На материјалноправном нивоу може бити спорно то да ли постоји правни основ за истицање захтева за накнаду афекционе вредности, то јест да ли чл. 189. ст. 4 Закона о облигационим односима Републике Србије игра ту улогу. Но, како смо се овим питањем бавили у претходном делу рада и на њега дали позитиван одговор, наредне редове посветићемо другом питању које се разрешава на нивоу чињеница, то јест испуњености услова за истицање оваквог захтева.

Наиме, да би оштећени успео са истицањем одштетног захтева усмереног на накнаду стварне штете и измакле добити неопходно је да докаже постојање штете, а по правилу, дакле онда када се она не претпоставља, и постојање узрочне везе између радње и штете<sup>28</sup>. Будући да се у нашем праву прихвата систем интегралне накнаде штете<sup>29</sup>, затим и релативна претпоставка кривице<sup>30</sup>, психички однос починиоца штете није неопходно доказивати.

Међутим, када оштећени претендује на накнаду и тзв. афекционе вредности, његова ситуација се унеколико мења. Да би суд у конкретном случају удовољио тако формулисаном захтеву оштећеног, постојање свих ових услова није довољно. Неопходно је, поред осталог, да штета буде проузрокована кривичним делом учињеним са умишљајем<sup>31</sup>. У кривичном поступку, дакле, будући да важи презумпција невиности, неопходно је

---

28 Доказивање узрочно-последичне везе није неопходно у случајевима када је иста проузрокована употребом опасне ствари или вршењем опасне делатности. Она се тада релативно претпоставља.

Чл. 173. Закона о облигационим односима.

29 Чл. 189, ст. 1 и чл. 190. Закона о облигационим односима.

30 Чл. 154. Закона о облигационим односима.

31 Чл. 189, ст. 4. Закона о облигационим односима.

доказати да је штетник знао или морао знати које су штетне последице његовог понашања, да је њима могао да управља и да је баш те последице желео.

Најзад, да би са успео са захтевом за накнаду афекционе вредности, оштећени би морао да докаже и други субјективни елемент, то јест постојање посебне наклоности према оштећеној ствари. Будући да је ствар о чијем уништењу или оштећењу говоримо заправо животиња и то кућни љубимац, ово питање према мишљењу аутора постаје особито проблематично посматрано *de lege lata*.

Наиме, о посебној наклоности другим стварима може се дискутовати. Међутим, животиње у биолошком дефинитивно, а како смо видели ни у правном смислу, нису пуки објекти, то јест ствари. Према дефиницијама које смо преузели у првом делу из унутрашњих и међународних аката, произлази да су то искључиво оне категорије кичмењака *које су у стању да осете страх, бол, патњу, следствено и афекцију, све то у смислу који је врло близак човековом доживљају истих емоција* [нагласио аутор]. С обзиром на блискост емотивног расуђивања, те способност исказивања емоција, данас се за ноторну узима чињеница да људи са сродницима из групе кичмењака који се у правном поретку сматрају животињама врло лако развију емотивну везу. Ова емотивна веза нипошто није једнострана. Напротив. Ипак, ако на тренутак оставимо по страни емотивну интелигенцију животиња, оно што је извесно је да је човек у стању да развије сет осећања према животињи који се, према речима самих власника животиња, пореди чак и са емоцијама које осећају према најближим сродницима. Дакле, све и да занемаримо (квази)субјективитет животиња у правном поретку Републике Србије, једно је извесно – ако је према некој ствари човек у стању да развије посебну наклоност, онда је то најпре животиња.

Свакако, у потпуности смо спремни да прихватимо аргументацију да све животиње немају исти значај за човека, те да човек не развија наклоност према њима нужно. Такав пример биле би, рецимо, радне животиње, стока, живина, огледне животиње и слично. Но, уколико посматрамо кућне љубимце, ситуација је дијаметрално другачија. Кућни љубимци се првенствено узимају и држе због емотивне везаности за њих или потребе за њиховим присуством. Наравно, има и другачијих ситуација, на пример када се кућни љубимац набавља и држи као „симбол статуса“ или ради задовољења неких девијантних потреба, но то није правило, већ изузетак од сувереног правила да се кућни љубимци држе из емотивних разлога.

Уосталом, и законодавац иде у корак с овим мишљењем. Наиме, кућни љубимци су животиње које се према законској дефиницији држе *ради*

*дружења* [нагласио аутор]. Стога произлази да и сам законодавац презумира постојање особитог пријатељског односа, тек незнатно другачијег у односу на пријатељски однос с другим човеком, а који није ништа друго до сложени скуп емоција. Другим речима, законодавац као да дефиницијом кућног љубимца и одабраном формулацијом уводи релативну претпоставку квалитативне везе између два бића.

Језичко тумачење овог правила упућује на такав закључак. Прихватање такве интерпретације даље имплицира да је оштећени који претендује на остваривање права на накнаду афекционе вредности због смрти или телесне повреде кућног љубимца, за разлику од имаоца било које друге ствари која је оштећена или уништена, ослобођен дела доказних тегоба у смислу непостојања потребе да доказује своју наклоност и њен степен према кућном љубимцу. И заиста, „дружење“ о којем законодавац говори, иако нипошто не може бити интерпретирано као једнострана релација, дефинитивно имплицира уважавање човекове привржености животињи.

Ипак, не треба журити са закључком. Дозумерености је неопходно показати и приступити телеолошком тумачењу. Таквим тумачењем засигурно доћи ћемо до другачијег закључка, то јест да интенција законодавца није била обртање претпоставке постојања посебне наклоности ради остваривања права на накнаду афекционе вредности онда када је кућни љубимац повређен или усмрћен. Мада такав закључак не одступа у односу на опште циљеве, конкретни разлози за доношење оваквог решења су потпуно другачији. Ипак, језичко тумачење, а у контексту систематског и историјског тумачења, постаје врло интересантно као мета поређења *de lege ferenda*.

#### 4. Закључна разматрања

Биоцентрична, затим и екоцентрична поставка света које за „вредност *per se*“ узимају живот, следствено и сва жива бића, односно природу, као основни политички и етички принципи вишеструко су уграђени у све социјалне релације. Промена човековог односа према природи и живом свету за непосредни резултат имала је сазревање идеје о интегралној заштити ових вредности, дакле кроз повезивање знања из читавог низа различитих дисциплина (Николић, 2019: 62 и даље).

Ради синхронизованог спровођења акција и мера које је овакав облик повезивања изнедрио, по природи ствари, исте су морале бити правно уређене. Посредни резултат промене човековог односа према природи, стога, препознаје се у сложеном конгломерату норми међународног и унутрашњег карактера међу којима се у значајем ипак издвајају оне којима

се регулишу права и обавезе човека, то јест друштва, према животињама, као и статус и правна заштита ове категорије добара. Управо ова категорија, тачније посебна подкатегија, њен статус и заштита грађанскоправног карактера, непосредни су предмет интересовања у овом раду.

Конкретно, издизање животиња на ниво (квази)субјекта права, посматрано из угла кућних љубимаца као посебне категорије животиња, отворило је могућност за врло широку интерпретацију појма „дружење“ који законодавац по угледу на читав сет међународних аката употребљава. Овај појам могуће је, с језичког и систематског становишта, интерпретирати као претпоставку посебне наклоности имаоца животиње према животињи у циљу растерећења доказних тегоба имаоца животиње онда када је иста повређена или усмрћена на нејбезобзирнији начин – умишљајним кривичним делом.

Ово тумачење, сматрамо, би требало озваничити у будућим законским решењима. Више је начина да се то уради. Један од начина је да се ова претпоставка уведе у Закон о добробити животиња као *lex specialis* у односу на општа законска правила о накнади штете. Други начин је да се ова претпоставка уведе у Закон о облигационим односима као део члана којим би накнада афекционе вредности била изричито регулисана. Најзад, трећа опција, иначе опција за коју пледира аутор, је да се поменута претпоставка уведе у општа правила о проузроковању и накнади штете уз елиминисање потребе власника животиње да доказује да је штета проузрокована кривичним делом с умишљајем. Ово из разлога што аутор искрено верује у то да убиство или повреда кућног љубимца ствара основ за накнаду афекционе вредности по себи, а да је степен кривице који би доказивао штетник евентуално основ за одмеравање висине накнаде. Чињеница је, наиме, да патња оштећеног може бити већа уколико је штетник поступао нарочито безобзирно, али није тачно да такав облик патње и нематеријалне штете не постоји уколико је штета проузрокована, рецимо, нехатно.

### Литература/References

Bentham, J. (1823). *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Oxford: Clarendon Press

Богуновић, М. (2012). Значење речи „iniuria“ у контексту деликта „*Damnum iniuria datum*“. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. (63). 425-442

Visković, N. (1989). *Stradanja, zaštita i prava životinja*. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*. 39 (5-6). 815-825.

Visković, N. (1992). Međunarodna pravna zaštita životinja. *Socijalna ekologija*. 1(3). 287-296

Водинелић, В. (2012). *Грађанско право: Увод у грађанско право и општи део грађанског права*. Београд: Службени гласник

European Convention for the Protection of Pet Animals. *Strasbourg*, 13. 11. 1987.

Закључак усвојен на Саветовању Савезног суда, Врховног војног суда, Врховног суда Србије, Врховног суда Црна Горе и Вишег привредног суда у Београду, *Судска пракса привредних судова, Билтен бр 2/97*, 14. Преузето 18. 04. 2020. <https://www.lexonline.paragraf.rs/WebParagraf/>

Закон о добробити животиња Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 41. 2009

Закон о облигационим односима Републике Србије. *Службени лист СФРЈ*. Бр. 29. 1978, 39. 1985, 45. 1989 - одлука УСЈ и 57. 1989. *Службени лист СРЈ*. Бр. 31. 1993. *Службени лист СЦГ*. Бр. 1. 2003 - Уставна повеља

Закон о основама својинскоправних односа Републике Србије. *Службени лист СФРЈ*. Бр. 6. 1980 и 36. 1990. *Службени лист СРЈ*. Бр. 29. 1996 и *Службени гласник РС*. Бр. 115. 2005

Закон о потврђивању Европске конвенције о заштити кућних љубимаца Републике Србије. *Службени гласник РС – међународни уговори*. Бр. 1. 2010

Јотановић, Р. (2014). Правни статус животиња у грађанском праву. *Годишњак Правног факултета у Бањој Луци*. 36. 101-122

Караникић-Мирић, М. (2011). Одмеравање накнаде штете према вредности коју је ствар имала за оштећеника. *Crimen*. 2(1). 67-87.

Константиновић, М. (1996). *Облигације и уговори. Скица за законик о облигацијама и уговорима*. Београд: Службени лист СРЈ

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

Манић, С. (2012). Новчана накнада нематеријалне штете за душевне болове због смрти и тешког инвалидитета блиског лица. *Зборник радова Правног факултета, Нови Сад*. 46 (2). 437-454

Медић, Д. (2017). О (новчаној) накнади нематеријалне штете и критеријумима за њено одмјеравање. *Правни живот*. (10). 639-656

Медић, Д., Недић, Д., Зивлак-Радуловић, Н. (2017). *Накнада нематеријалне штете*. Бања Лука: Удружење правника Републике Српске

Николић, Д. (1994). *Појам грађанскоправне санкције. Докторска дисертација*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду

Николић, Д. (2019). Правци развоја животне средине. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 58(82). 61-79

Одговори на питања трговинских судова који су утврђени на седницама Одељења за привредне спорове, одржаним дана 5.10, 25.10, 7.11. и 14.11.2006. године и на Седници Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове, одржаној дана 20.9.2006. године, *Судска пракса трговинских судова, Билтен бр. 3/2006* - стр. 18. Преузето 18. 04. 2020. <https://www.lexonline.paragraf.rs/WebParagraf/>

Пресуда Апелационог суда у Београду Гж-2285/2018. Преузето 17. 04. 2020. <https://www.lexonline.paragraf.rs/WebParagraf/>

Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Гж-3174/2010. Преузето 17. 04. 2020. <https://www.lexonline.paragraf.rs/WebParagraf/>

Пресуда окружног суда у Ваљеву Гж-1119/2005. Преузето 17. 04. 2020. <https://www.lexonline.paragraf.rs/WebParagraf/>

Радишић, Ј. (2004). *Облигационо право, Општи део*. Београд: Номос

Радуловић, С. (2016). *Чињенице одлучујуће за искључење противправности при медицинској интервенцији и њихов међусобни однос*. Косовска Митровица: Правни факултет Универзитета у Приштини

Ristivojević, B., Bugarski, T. (2014). Krivično delo 'ubijanje i mučenje životinja' iz člana 269 KZ RS u svetlu zakona o dobiti životinja. *NBP. Nauka, bezbednost, policija*. (1). 1-19

Salma, J. (2008). Pravne osobine građansko-pravne odgovornosti (Razgraničenje građansko-pravne od krivično-pravne odgovornosti). *Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad*. 42 (1-2). 79-98

Stojanović, N. (2019). Deset godina Zakona o dobiti životinja republike Srbije. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*. 53(2). 441-447.

Stojanović, N. (2016). Which animal rights should be recognized?. *Belgrade Law Review*. 64 (3). 75-92

Стојановић, Н. (2018). Одговорност за штету коју животиња проузрокује према Преднацрту Грађанског законика Републике Србије. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 57(81). 321-347

Tierschutzgesetz. *BGBI. I S. 1328*. Преузето 22.05.2020. <https://www.gesetze-im-internet.de/tierschg/TierSchG.pdf>

Cigoj, S. (1978). Građanska odgovornost. *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada* (Vol I, 399-534). Beograd: Službeni list SFRJ

Waldau, P. (2010). *Animal Rights: What Everyone Needs to Know*. Oxford University Press.

**Doc. Srđan Radulović, LL.D.,**  
Assistant Professor,  
Faculty of Law, University of Priština  
Temporary Head Office in Kosovska Mitrovica

## **LEGAL STATUS OF PETS AND PRETIUM AFFECTIONIS**

### **Summary**

*In domestic legal theory, as well as in judicial practice of the Republic of Serbia, there is a widely accepted standpoint that animals are property items, i.e. living movable assets in property law, and property items which increase the risk of damage in tort law. However, both views have been seriously challenged by the adoption of the Animal Welfare Act, and the subsequent amendments introduced into the Serbian criminal legislation. These norms have ultimately contributed to creating a solid base for reconsidering the legal status of animals and treating them as highly distinctive subjects of law.*

*The current legal status of animals, including pets as a special legal category of animals which is the focal point of this paper, is debatable. Yet, the mere hint that there is a possibility to finally overcome the traditional “animal = object” concept creates an obligation to review all other civil law provisions and principles de lege lata, and especially de lege ferenda. In particular, using both analytical and normative method, the author analyzes the relevant provision of the Civil Obligations Act and the Draft Civil Code of Republic of Serbia, and examines the likelihood of awarding compensation (damages) for pretium affectionis (special affection and attachment) in case of death or injury caused to a pet.*

**Keywords:** damage, pretium affectionis, pets, animals, animal rights.





**Др Живорад Рашевић,\***  
Доцент Високе школе за пословну  
економију и предузетништво, Београд

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД  
10.5937/zrpfno-29235

UDK: 347.124(497.11)  
Раd примљен: 03.11.2020.  
Раd прихваћен: 04.01.2021.

## **ЗАБРАНА ЗЛОУПОТРЕБЕ ПРАВА У НАЦРТУ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ**

**Апстракт:** У овом раду се описује, објашњава и критички оцењује предложено решење установе забране злоупотребе права из члана 20 Нацрта Грађанског законика Републике Србије. Најпре се износе назнаке правнодогматског развоја и анализирају савремене теоријске дилеме о природи ове установе, а затим се упоређују релевантне домаће и упоредноправне позитивне и предложене одредбе. На крају се критички оцењује предложено решење, полазећи од критеријума утемељености у традицији грађанскоправне науке и праксе, примерености решења савременом развоју грађанскоправне теорије, правнодогматске садржајности, информативности, те правносистемске и логичке доследности.

Истраживање резултира сазнањима о опредељењу приређивача да ново решење утемељи на позитивноправној одредби, уз побољшања у виду истицања појма шкођења и субјективних манифестација појма. Овакво се решење критикује због пропуштања прилика да се правнодогматски изразе све оне манифестације појма злоупотребе које је препознала судска пракса и које је прихватила наука грађанског права, и да се ова установа изрази у складу са модерном теоријом унутрашњих ограничења субјективних права.

Полазећи од налаза савремене грађанскоправне догматике и теорије, предлаже се друкчије решење које јасније изражава природу ове установе, те поузданије води судску праксу у стваралачкој примени права и артикулисању последица злоупотребе права.

**Кључне речи:** злоупотреба права, забрана, субјективно и објективно схватање, унутрашња и спољна теорија.

---

\* zivorad.rasevic@vspep.edu.rs

## 1. Увод

У предстојећем великом спремању у грађанском праву Србије, које је засновано на предлогу кодификације грађанског права, налазе се одређене новине у дефинисању појма и правних последица злоупотребе права. Прецизније, у члану 20 Нацрта Грађанског законика Републике Србије: „Забрањено је вршење права у намери да се другоме шкоди, као и свако друго његово вршење које је противно сврси ради које је установљено или признато“ (Влада РС, 2015: 78).

Како се ради о материји уводног дела грађанског права, јасно је да наведена одредба, употребом широких и недовољно одређених појмова, омогућава широку судијску слободу у тумачењу и примени грађанскоправних норми. Она то чини на начин који није уобичајен у материји грађанског права, јер садржи експлицитно одређење о забрани у правном подручју чија се техника регулисања не заснива на наредбама и забранама, него на признавању и додели субјективних права (Vodinešić, 2012: 192–193). На први поглед, ради се о парадоксу: законодавац истовремено признаје вршење субјективних права и то исто забрањује, ако се на тај начин шкоди другима. У сваком случају, судија је тај који је овлашћен да манифестације шкодљивог вршења права препозна и квалификује их недопуштеним.

У овом раду се анализира правнодогматски, теоријски и позитивноправни појам злоупотребе права и њене забране, како би се објаснила и критички оценила теоријска савременост и свеобухватност, правносистемска усклађеност и практична примереност предложеног решења. Састављен је из четири дела. Најпре је укратко изнесен пут правнодогматског развоја установе, а затим су објашњене савремене теоријске дилеме о њеној природи. Затим су објашњена и критички оцењена постојећа и предложена решења. На крају је предложено и побољшање предлога позитивноправне дефиниције злоупотребе права у складу са налазима савремене грађанскоправне теорије.

## 2. Развој установе злоупотребе права у грађанскоправној догматици

Појава злоупотребе права је старија од њеног увођења у свет грађанскоправне догматике и позитивног права, јер се претече ове грађанскоправне установе налазе већ у казуистици римског права и његовој средњовековној рецепцији. У Дигестама се наводи да не треба бити попустљив на пакост која се састоји у томе да држалац приликом враћања оструже украсе са ствари; да власник не сме копати на свом земљишту само да би другога лишио воде; да поверилац не треба да захтева од легатара нешто што би по основу легата морао да му врати; да власник суждревне кобиле која

је пасла на туђем земљишту може да тражи накнаду штете од власника земљишта који је кобилу отерао грубо је ударајући, тако да је изгубила плод; да закуподавац не дугује уговорну казну закупопримцу услед раскида уговора до кога је дошло због неплаћања закупа; да ималац службености може да буде обавезан да накнади штету ако се није базирао на последице које власнику послужног добра узрокује начин вршења права службености; да отац не може оспоравати тестамент ћерке позивајући се да није била правно еманципована ако је није тако третирао за живота; итд. У средњем веку се елементи ове установе распознају у суседском праву, и у следећим забранама: преганања са другим, позивања на сопствено неморално понашање, контрадикторног понашања и бескорисног вршења права (Vodinešić, 1997: 48–55).

У литератури се почеци теорије о злоупотреби права налазе у пракси француских судова крајем XIX века да вршење субјективних грађанских права доводе у везу са циљем и духом права, те у немачком законодавству инспирисаном прихватањем приговора преваре (*exceptio doli generalis*). Злоупотреба права се уобличије као позитивноправна установа у првим грађанским кодификацијама. У пруском *Landrecht*-у (1794) одређује се да “нико не сме злоупотребити својину ради повреде или оштећења другог” и “вршења својине које по својој природи може имати за циљ само повреду другог.” Немачки Грађански законик (1895) уводи начело савесности и поштења и с тим у вези одређује у члану 226 да је “недопуштено вршење права које може имати једино за циљ да се другоме нанесе штета.” Новела аустријског Грађанског законика (1916) такође забрањује шиканозно вршење права, тј. “противно добрим обичајима и у очигледној намери да се другом нанесе штета.” Швајцарски грађански законик (1907) одређује да “очигледна злоупотреба права не ужива правну заштиту.” Српски Грађански законик (1848) у члановима 32 и 806 одређује одговорност имаоца права који је вршењем тог права прекорачио његове границе, као и правило о међусобном ограничавању вршења супротстављених права, а када то није изводиво, да мање вредно право не сме да се врши на штету вреднијег. Узорне одредбе у том смислу се налазе у члану 1000 Општег имовинског законика за Књажевину Црну Гору (1888) Валтазара Богишића: “Ни својим се правом служити немош`тек другом на штету ил досаду.” И у члану 1014: “Ни у праву своме не тјерај мак на конач” (Vodinešić, 1997: 163–164; Rašović, 2006: 145–148; Perović, Stojanović, 1980: 132–134).

У наведеним цитатима првих позитивноправних уобличавања ове установе је очигледан утицај тада доминантних школа циљне и интересне јуриспруденције, којима се позитивистички ригидне одредбе грађанских кодификација ублажавају сходно ученој потреби да се у

вршењу субјективних права води рачуна о правима других, чак и онда када то законодавац није препознао. Контрадикторност ове установе је можда најбоље изразио великан српске правне мисли из прве половине XX века Живојин Перић, када је 1939. године окарактерисао теорију злоупотребе права нерешивим правним проблемом. "Уношење у један систем (индивидуалистичко-буржоаски) идеја из једног другог, сасвим, антиподно, супротног, друштвеног уређења (уређења колективистичкога), у а сврси да се ублаже штетне последице првога уређења... једна врста замке које би једно такво објективно приватно право намештало власницима приватних права, чије вршење би, на тај начин, представљало један ризик и било скопчано за, њих штетним изненађењима" (Perić, 2008: 48). За овај проблем он предлаже синтетички начин нормирања, чиме се судији даје дискрециона моћ за примену законодавчеве воље: „Законодавац, дакле, хоће да, овде, судија има, у извесној мери, једну власт сличну његовој, законодавчевој, власти, он га ту, прави делимично законодавцем... судија је ту један пуномоћник законодавчев са извесном слободом кретања“ (Перић, 1921: 20–21). Другим речима, „судија није аутомат за супсумцију под појмове, али није ни потпуно слободан: мисаоном операцијом треба да реконструише избор интереса који је начинио законодавац и да у примени спроведе тај избор (мислећа послушност)“ (Vodinešić, 1991: 139).

Савремена интерпретација процеса позитивизације установе злоупотребе права је виђена као продор метаправних и јуснатуралистичких појмова у позитивно грађанско право, које је нарочито дошло до изражаја у другој половини XX века. Установе грађанског права све више прожимају социјални и етички садржаји, а теорије забране злоупотребе права и теорије субјективних права као социјалних функција су две доминантне теорије о вршењу субјективних права (Станковић, 1996: 221–224). Она представља неписано опште правно начело, довољно изражено као опште правило за конкретизацију од стране законодавца, судске праксе и науке о праву (Vodinešić, 1997: 107–110).

Из наведеног је видљиво да правнодогматски развој злоупотребе права није резултирао униформним приступом овој установи. У наставку ће бити показано да ове разлике нису превладане ни у савременој грађанскоправној науци.

### **3. Природа злоупотребе субјективних грађанских права: теоријске дилеме**

У претходном делу је појашњено како је злоупотреба права у свом походу од римског права до данас еволуирала од казуистичке реакције на социјално

и етички неоправдане, а наизглед допуштене начине вршења субјективних права, преко етаблирања у опште правно начело па све до правне установе уобличене у традицији циљне и интересне јуриспруденције. Дакле, теорија злоупотребе права није донела само једну нову грађанскоправну установу, него је као опште начело унела многе новине у друге грађанскоправне установе и оснажила дискрециона овлашћења грађанских судија.

Развојем грађанскоправне догматике, недовољно одређени појам злоупотребе права се шири дефинисањем његових нових манифестација које је препознала судска пракса. Поред тога, отварају се два теоријска раскршћа, две дилеме о природи ове установе. Прва је она о значају субјективног односа према понашању које се може оквалитиковати као злоупотреба права, а друга о правној природи тог понашања. Прва се дилема изражава кроз разликовање субјективног и објективног приступа овој установи. Старије, субјективно и уже поимање злоупотребе права подразумева вршење права у намери да се другоме нашкоди (тзв. шикана), док су савременија схватања објективне и шире природе. Према савременим схватањима, намера шкођења није кључно обележје ове установе, него је то свако вршење права противно његовом циљу. Другим речима, субјективно схватање злоупотребе права инсистира на постојању намере да се шкоди другоме, док објективно не почива на кривици и задовољава се утврђењем да одређено понашање није у складу са циљем грађанске норме на коју се то понашање позива, односно са начелом савесности и поштења. Друга дилема је она о самој природи установе и настаје разликовањем теорија унутрашњих и спољних ограничења субјективних права. Према спољној теорији, субјективна права се ограничавају споља, па ограничења не врше никакав утицај на саму садржину субјективног права: радња злоупотребе права се креће у границама вршења права а забрањена је зато што су њоме повређене друге норме. Према унутрашњој теорији, ограничења субјективних права су саставни део субјективних права: садржина сваког права је ограничена смислом права, нормом или општим правним начелима као што су добри обичаји, савесност и поштење, јавни поредак, и др. (Petrović, Stojanović, 1980: 134–136 – коментар Стојановића; Vodinelić, 1997: 195–201). У наставку ће бити изложени различити, често и супротстављени ставови по овим питањима водећих домаћих и регионалних аутора.

Рашовић сматра злоупотребу права општим начелом правног поретка и "недопуштеним вршењем субјективног права, најчешће шкодљиво другоме," а као њене облике он наводи противциљно вршење права, вршење права са намером да се другоме нанесе штета, (шикана), вршење права без оправданог интереса (бескорисно вршење права), несразмерно вршење права (ради остварења несразмерно мање вредног интереса у

односу на интерес трећег који се вршењем права вређа), непримерено вршење права, противречно понашање имаоца права и вршење права противно моралу или правичности. Према њему, субјективно право може злоупотребити само ималац субјективног права (Rašović, 2006: 145–148). Тиме се он опредељује за објективни приступ, дефинисање ове установе егземплификативном енумерацијом њених манифестација и за теорију спољних ограничења субјективних права.

И Визнер сматра да се ради о забрани вршења неког грађанског права, односно о “сукобу субјективних права... до којег је дошло због тога што је једно субјективно право, додуше, реализирано унутар одговарајућих правних граница, али у супротности свог главног циља... чиме се онемогућило остварење другог постојећег субјективног права...” (Vizner, 1978: 80–81).

Слично њему, Лоза види корен установе у правилу римског права да се вршењем права не сме наносити штета (*qui suo iure utitur neminem ledit*) и опредељује се за објективни приступ, истичући да није једноставно утврдити вршење права противно његовом циљу (Loza, 2000, 12).

Стојановић сматра да се код овог института ради о “институционално погрешном вршењу... права које не ужива правну заштиту.” Погрешност се састоји у вршењу права “супротно духу институције, њеном циљу, финалитету”, као и грубом занемаривању интереса других шиканозним, егоистичним, противуречним понашањем, као и насразмерним прецењивањем својих интереса. Према њему, злоупотреба права је “флагрантна повреда начела савесности и поштења, која је формулисана у форми једне забране.” Тиме се он очигледно опредељује за објективни приступ овој установи, јер не инсистира на кривици за понашање којим се злоупотреба врши. Са друге стране, он се не опредељује јасно ни за спољну ни за унутрашњу теорију, наводећи да обе имају одређене предности које се не морају искључити, тако да је ствар законодавца да оцени хоће ли “одмах у садржини права да одреди елементе ограничења, или ће, водећи рачуна о релативности садржаја права, то учинити касније” (Perović, Stojanović, 1980: 134–136, 146 – коментар Стојановића).

Водинелић даје најширу и најубедљивију теоријску експликацију ове установе. Према њему, дилема између субјективних и објективних схватања злоупотребе права представља погрешно постављен проблемски оквир, јер се једном дефиницијом која је неутрална (не истиче ни субјективне ни објективне елементе) и свеобухватна (садржи све идентификоване видове злоупотребе) најјасније изражава природа ове установе. За разлику од аутора који сматрају да једино ималац субјективног права

може злоупотребити право, Водинелић сматра да овај институт управо искључује имање субјективног грађанског права. Он злоупотребу права назива привидом, а сам израз погрешним, такозваним, јер израз „допуштено вршење права“ представља плеоназам, а „недопуштено вршење права“ *contradictio in adjecto* (Vodinielić, 1997: 215–225). Он предлаже еnumerативну егземплификативну дефиницију: “Злоупотреба права је оно понашање налик вршењу права а штетно другом, које је између осталог, шиканозно, бескорисно, несразмерно, противциљно, непримерено, противречно, неморално или неправично.” За разлику од осталих аутора, он се резолутно опредељује за теорију унутрашњих ограничења субјективних права. Спољну теорију сматра неодрживом, полазећи од општеприхваћеног теоријског појма субјективног грађанског права као правно признате или дате могућности ради остварења неког интереса. „Ако нека могућност није призната, тада нема ни субјективног права; ако на нешто нисмо овлашћени, него нам је то забрањено, тад нема ни субјективног права, ни његовог вршења, па ни забране злоупотребе субјективног права... Пошто правни поредак никад у исто време не овлашћује на одређено понашање и забрањује то исто понашање, не ради се о забрани вршења права него о забрани вршења радње, забрани одређеног понашања... Не забрањује се вршење права, него вршење радње. Норме о забрани злоупотребе права баш и имају задатак ... да обавесте о томе кад неко понашање, које је у правилу допуштено, ипак није допуштено“ (Vodinielić, 2012: 298–310).

На трагу Водинелићевог схватања о злоупотреби као привиду права је Крнета. Проучавајући појам губљења права (*Verwirkung*) као посебног случаја недопуштеног вршења права у немачкој теорији, она закључује да понашање у противности са ранијим понашањем имаоца одређеног субјективног права (*venire contra factum proprium*) које штети савесном лицу доводи до престанка тог права због кршења начела савесности и поштења (Krneta, 2007: 14).

Када се сумирају различита теоријска опредељења о природи ове установе, јасно се указује исходиште њене еволуције у виду средства ограничавања субјективних грађанских права, препознавања и дефинисања њених нових манифестација. То је исходиште умногоме проширило и до непрепознатљивости изменило првобитно језгро појма које се састојало од намерног или пак противциљног шкођења другоме. У наставку ће бити говора о томе како је наведена установа формулисана у *lege lata* и *lege ferenda*.

#### 4. Забрана злоупотребе права у позитивном грађанском праву

Најважније одредбе у којима је позитивисана установа забране злоупотребе права у српском грађанском праву су члан 13 Закона о облигационим односима (*Сл. лист СФРЈ*, 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Сл. лист СРЈ*, 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, 1/03): “Забрањено је вршење права из облигационих односа противно циљу због кога је оно законом установљено или признато.”; и члан 4, став 2 Закона о основама својинско-правних односа (*Сл. лист СФРЈ*, 6/80, 36/90, *Сл. лист СРЈ*, 29/96 и *Сл. гласник РС*, 115/2005): “Забрањено је вршење права својине противно циљу због кога је законом установљено или признато.”

Ова су позитивноправна решења очигледно на трагу објективног приступа овој установи, јер забрањују свако противциљно, а не само намерно вршење сопственог права којим се шкоди другоме. Друго, изрази “забрањено је вршење права...” указују на давање предности теорији спољашњег ограничења субјективних права. Треће, одредбе су лапидарног карактера, јер истичу само једну манифестацију злоупотребе у виду противциљног вршења права. Овакво садржинско сиромаштво, објективни и спољашњи приступ нису изузетак упоредноправно, јер се то може закључити и за аналогне одредбе мађарског Грађанског законика (1959), као и новелу јапанског (1947) (Vodinić, 1997: 163–164). Са друге стране, постоје и другачији приступи, а као добар пример може послужити члан 7 шпанског Грађанског законика (1889, новела из 1974. године): “Права се морају вршити у складу са захтевима добре вере. Право не подржава злоупотребу права или његово антисоцијално вршење. Било које чињење или нечињење које, као резултат намере починиоца, има сврху или околности у којима је предузето очигледно превазилазе нормална ограничења за вршење права, са штетом трећој страни, водиће до одговарајуће компензације или до правосудних или управних мера које спречавају наставак злоупотребе” (Spanish Civil Code, 2009: 3).

Међутим, примери из судске праксе Србије и ближег окружења указују да су судови позивањем на штуре одредбе члана 13 Закона о облигационим односима и члана 4 Закона о основама својинско-правних односа проширили појам злоупотребе и на друге манифестације и новија схватања установе о којима је било говора у претходном делу. Тако нпр. “Станар је обвезан омогућити даватељу стана да у стан доводи потенцијалне купце стана ради разгледавања, при чему је давалац стана ограничен једино забраном шиканозног поступања”<sup>1</sup> (Crnić, 2001: 8); Власник земљишта засађеног дрвећем које прави хлад усеву на суседном пољопривредном

---

1 Врховни суд Хрватске, Рев. 2357/88



земљишту може да одговара за мањи принос услед недостатка сунчеве светлости једино „ако је сађење имало за циљ да суседу нанесе штету“<sup>2</sup>; Власник обрадивог земљишта на коме се гаје виногради и друге ратарске културе његовим претварањем у шумско земљиште које угрожава суседно земљиште и културе на њиме чини злоупотребу права<sup>3</sup>; сувласници зграде не могу тражити успоставу ранијег грађевинског стања од купца идеалног дела зграде који је извршио адаптације којима је повећао њену вредност „ако за то не постоји њихов оправдани интерес“<sup>4</sup>; постоји злоупотреба права када власник усмерава отицање воде са свог земљишта тако да се она слева на земљиште суседа и наноси штету, јер се оно врши у супротности са циљем „макар и не постојала намера да се тиме другоме нанесе штета.“<sup>5</sup> (Вуковић, 1999: 14, 15).

Дакле, судска пракса се стваралачким тумачењем и применом права успешно носила са садржинским сиромаштвом и теоријском анахроношћу позитивноправних одредби. Како се очекује велико спремање у српском грађанском праву, у наставку ће бити анализирано предложено позитивно-правно решење и оцењена његова теоријска и практична оправданост.

## 5. Забрана злоупотребе права *de lege ferenda*

Да поновимо, у Нацрту Грађанског законика Републике Србије, одредба о злоупотреби права нашла је своје место у Општем делу, Уводним одредбама, у члану 20 (рубрум Злоупотреба права): „Забрањено је вршење права у намери да се другоме шкоди, као и свако друго његово вршење које је противно сврси ради које је установљено или признато.“. Позивање на забрану злоупотребе права се понавља у још неким одредбама, а посебно у члану 1699 (рубрум Злоупотреба права својине), 2219 (рубрум Родитељско право).

Приређивач се, ограничавањем на прве уочене манифестације злоупотребе у виду „намере шкођења“ и „сврхе“, очигледно определио да обухвати субјективна и објективна схватања ове установе, док је употребом израза „забрањено је...“ остао на трагу традиционалних позитивноправних решења инспирисаних спољашњим теоријама ограничавања субјективних права. У прилог примерености овог решења садашњем тренутку развоја грађанскоправне науке могло би се рећи да се оно у приличној мери подудара

---

2 Врховни суд БиХ, Гзз. 87/68

3 Окружни суд у Лесковцу, Гж.1182/78

4 Врховни суд Југославије, Рев. 128/68

5 Врховни суд Хрватске, Рев. 149/66

са садашњим позитивноправном одредбом и да употпуњује дефиницију установе навођењем шкођења, као њеног неспорног конститутивног елемента. Ово је важно побољшање дефиниције, иако се повезивањем шкођења са појмом намере ограничава само на шиканозне манифестације злоупотребе права. Наиме, шкођење, као шири појам од проузроковања штете, обухвата сваку насталу или пак само могућу неповољну последицу која се вршењем радње злоупотребе проузрокује другом лицу (Vodinić, 1997: 11). Такође, недостатак позитивисања већ солидно теоријски елаборираних манифестација злоупотребе ни до сада није био препрека широкој судијској дискрецији, поготово што предложени текст обилује социјалним и етичким појмовима који ту дискрецију подржавају снажније него икада пре: у члану 2. је као тежња Законика истакнуто остварење врлине правде, у члану 6 морал је постављен као граница уређења субјективних грађанских права.

Са друге стране, горе изнесени Водинелићеви аргументи указују да предложено позитивноправно решење треба да буде побољшано. Пре свега, појам злоупотребе би требало да буде прецизније дефинисан, јер од тога не може да буде штете, него само користи. Појам шкођења другоме, који је у предложеној дефиницији остао повезан са намером, треба да буде истакнут као конститутивни елемент целокупног појма и свих његових манифестација, зато што не може бити говора о недопуштеном вршењу субјективних овлашћења којим се не узрокују неповољне последице по друге. Даље, јуснатуралистичка позивања на правду и морал су корисна, али је нужно да се позитивноправно конкретизују у интересу правне сигурности: „Бројне јуснатуралистичке вредности и максиме су формална правила, испражњена од садржине, те је неопходно поставити критеријуме, критеријуме, и опет критеријуме, не би ли се у правничком послу могло носити са опасним методолошким инсуфицијентностима јуснатурализма, с његовим неодређеностима у погледу невезаности не-правом, и с ризицима инструментализовања у политичке сврхе. Јуснатуралистичка опција ваља да се опреми одговарајућим учењима о свему томе да би уопште била функционално способна“ (Vodinić, 1996: 82). Зато и манифестације злоупотребе права које је препознала судска пракса и етаблирала грађанскоправна наука заслужују да буду позитивисане.<sup>6</sup> На тај начин би одредба о злоупотреби не само указивала на традиционална значења установе, него би такође поуздано водила грађанске судије у препознавању

6 Тако је нпр. у предлогу кодификације приватног права Европске уније у начелу 25 експлицитно забрањена манифестација злоупотребе права у виду недоследног (контрадикторног) понашања (*venire contra factum proprium*). Као разлог се наводи потреба заштите разумног поуздања и очекивања страна у грађанскоправним односима. (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, 2009: 77)

нових правно недопуштених начина вршења субјективних овлашћења. При томе је нужно да овај појам буде дефинисан као отворен, чиме би се јасно оставила могућност судској пракси и правној науци да стваралачком применом права идентификује нове, сасвим извесне, манифестације овог вишезначног, широког и непотпуно одређеног појма.

Поред тога, предности унутрашње теорије ограничавања субјективних права потврђују своју вредност. За разлику од *lege lata*, Нацрт Грађанског законика у члану 81 дефинише појам субјективног грађанског права. Он је дефинисан у складу са налазима грађанскоправе науке као „овлашћење или скуп овлашћења која правни поредак признаје одређеном лицу да од другог или других лица у правном односу захтева одређено понашање судским путем” (алтернативно, као: “овлашћење или скуп овлашћења која правни поредак признаје одређеном лицу да од других лица захтева одређено понашање, уз могућност принудног остварења”). Системским тумачењем ове одредбе са одредбом члана 20 о злоупотреби права долази до изражаја њена логичка недоследност: *contradictio in adjecto* је да правни поредак истовремено даје овлашћење и забрањује његово вршење, а плеоназам је допуштање нечега за шта се ионако даје овлашћење. Зато је логички исправније позитивисати став да правни поредак не признаје овлашћење на одређену радњу него да то овлашћење забрањује. У том смислу, правном квалификацијом злоупотребе права „одузима се правност поједином овлашћењу које изгледа *in abstracto* подесно да буде садржина субјективног права у неком правном односу, чинећи га *in concreto* забрањеним или недопуштеним (неоправданим)” (Рашевић, 2014: 77).

У том смислу, решење које је предложено у члану 14 (рубрум Забрана злоупотребе) радног текста Законика о својини и другим стварним правима је модерније, информативније и логички коректније, па је стога овде препоручено у целости:

„(1) Ималац стварног права не врши право већ злоупотребу, ако шкоди другоме:

1. само или првенствено да би му нашкодио,
2. без оправданог интереса, ради безначајног интереса или бескорисно,
3. несразмерно више него што себи користи,
4. или му шкоди више него што би да поступа на други начин којим такође остварује интерес,
5. изигравши његово оправдано поверење, које је створио, да неће вршити своје ... право,

6. поступајући противно циљу тог ... права,
7. поступајући противно друштвеном моралу,
8. поступајући противно правичности, и
9. и у другим случајевима злоупотребе.

(2) Ко чини злоупотребу у смислу одредби става 1 овог члана, не ужива заштиту, односно одговара за последице таквог поступања.“ (Законик о својини и другим стварним правима, 2012: 4).

Практична предност овакве одредбе се чини очигледном у будућим грађанским споровима. Смисао правнозаштитног захтева, као и парничне одбране, није у утврђивању да ли одређени грађанскоправни субјект своје право врши на начин који му допушта правни поредак или не. Смисао је у утврђивању да ли у одређеној парничној ствари такво субјективно право уопште постоји, као и у одређивању конкретних последица (не)постојања тог субјективног права, било да се ради о превентивној, било реактивној заштити.

На крају, још један правно-политички аргумент иде у прилог позитивисања решења које би било на трагу унутрашње теорије ограничења субјективних права. Тај аргумент полази од јавноправног оквира важења и тумачења грађанског права. Наиме, у теорији и пракси људских права, која се непосредно примењују на основу члана 18, став 3 Устава Србије (*Сл. гласник РС*, 98/06) уобичајено је гледиште о злоупотреби људских права као унутрашњем ограничењу људских права зарад јавног интереса или пак остваривања права других. Тако нпр. члан 17 (рубрум *Забрана злоупотребе права*) Европске конвенције о људским правима и основним слободама (*Службени лист СЦГ-Међународни уговори*, 9/03, 5/05, 7/05 и *Сл. гласник РС-Међународни уговори*, 12/10, 10/15) одређује да: “Ништа у овој конвенцији не може се тумачити тако да подразумеје право било које државе, групе или лица да се упусте у неку дјелатност или изврше неки чин који је усмјерен на поништавање било ког од наведених права и слобода или на њихово ограничавање у већој мери од оне која је предвиђена Конвенцијом.” Ова одредба указује да субјективна људска права имају свој опсег дефинисан њиховим ограничењима из те конвенције (Vodinelić, 2006: 359), тако да се може закључити да се овде ради о унутрашњим ограничењима. Пошто Грађански законик у члану 3 „прокламује и на одговарајући начин предвиђа исту законску заштиту целовитости људских права у свим областима које чине предмет његовог регулисања,“ он треба да обезбеди кохерентност, потпуност и доследност норми које уређују границе остваривања људских и грађанских права. То се најбоље може постићи позитивисањем аналогних

јавноправних и приватноправних позитивноправних решења у којима је примењена унутрашња теорија ограничавања субјективних права.

## 6. Закључак

Установа злоупотребе права у Нацрту Грађанског законика Републике Србије заслужује пажњу научне и стручне јавности, зато што треба да задовољи различите, па и супротстављене захтеве. Предложено решење треба да буде утемељено на традицији социјализације и морализације грађанског права, примерено садашњем тренутку развоја грађанскоправне науке и грађанскоправних односа (да изражава налазе савремене грађанскоправне теорије), довољно свеобухватно (да обухвати све манифестације злоупотребе које је уочила судска пракса и научно елаборирала грађанскоправна догматика), довољно информативно, правносистемски и логички доследно (да обезбеди поуздано вођење у тумачењу и примени права).

Анализа и поређење установе *de lege ferenda* са теоријским налазима о њеној природи и са позитивноправним и упоредноправним решењима указују да је она у великој мери подударна са одредбама сада важећих Закона о облигационим односима и Закона о основама својинско-правних односа, с тиме да је нешто прецизнија: наводи се и намера као једна од њених субјективних манифестација и истиче појам шкођења другоме, који је важан конститутивни елемент теоријског појма злоупотребе. Са друге стране, пропуштена је прилика да се ова позитивноправна установа дефинише у складу са модерном теоријом унутрашњих ограничења субјективних права, и да се изразе нове манифестације злоупотребе које је препознала судска пракса и грађанскоправна наука.

Зато се предлаже теоријски модерније, свеобухватније, информативније и доследније позитивноправно решење, за које као узор може да послужи аналогна одредба у радном тексту Законика о својини и другим стварним правима. Оно би обезбедило праву меру судијске слободе у примени ове установе, ограничавањем домашаја неодређених јуснатуралистичких појмова путем позитивноправних критеријума. Ти критеријуми нису дизајнирани да ограничавају судијску слободу, него да поуздано воде грађанске судове у спознаји граница оправданости вршења субјективних грађанских права.

## Литература/References

- Vizner, B. (1978). *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*. Zagreb. Влада Републике Србије, Комисија за израду Грађанског законика (2015). *Грађански законик Републике Србије*. Преузето 20. 10. 2020. <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>
- Vodinelic V. (2012). *Građansko pravo, Uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union i Službeni glasnik.
- Vodinelic V. (1997). *Takozvana zloupotreba prava*. Beograd: Nomos, Beograd.
- Vodinelic V. (1996). Jusnaturalizam, napred! Marksizam, stoj! – Povodom jedne smene na pravno-teorijskoj sceni. *Pravni život* broj 12/1996.
- Vodinelic V. (1991). *Građansko pravo, uvodne teme*. Beograd: Nomos, Beograd.
- Вуковић С. (1999). *Коментар Закона о основама својинско-правних односа са судском праксом, регистром појмова и обрасцима*. Београд: Пословни биро.
- Јакшић А. (2006). *Европска конвенција о људским правима, коментар*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- Крнета С. (2007). Повреда „наčела поштенја и савјесности“ као разлог престанка субјективних грађанских права, у: Повлакић М. (ур.), *Одабране теме приватног права*. Сарајево: Правни факултет Универзитета у Сарајеву.
- Лоза Б. (2000). *Облигационо право, Општи дио*. Београд: Службени гласник.
- Министарство правде Републике Србије. (2012). *Законик о својини и другим стварним правима*, радни текст. Преузето 22. 10. 2020. <https://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/news/vesti/zakonik-o-svojini-i-drugim-stvarnim-pravima-radni-tekst.html>.
- Ministerio de Justicia (2013). *Spanish Civil Code*, Madrid. Преузето 21. 10. 2020. <http://derechocivil-ugr.es/attachments/article/45/spanish-civil-code.pdf>
- Perić Ž. (2008). Nerešljivi problemi u oblasti prava. *Pravni informator* 3/2008.
- Перић, Ж. (1921). *О школама у праву*. Београд: Издавачка књижарница Геце Кона.
- Perović S., Stojanović, D. (1980). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima, knjiga prva*. Kulturni centar Gornji Milanovac i Pravni fakultet Kragujevac.
- Рашевић. Ж. (2014). *Забрана дискриминације у приватном праву*. Београд: Задужбина Андрејевић.
- Раšović Z. (2006). *Građansko pravo*. Podgorica: Pravni fakultet u Podgorici.

Станковић, О. (1996). Социјализација (морализација) грађанског права у: Станковић О., Водинелић, В., *Увод у грађанско право*. Београд: Номос.

Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law. (2009). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*. Munich: Sellier.

Crnić I., Matić J. (2001). *Zakon o obveznim odnosima s opsežnom sudskom praksom i priložima*. Zagreb: Organizator.

**Doc. Živorad Rašević, PhD,**

*Assistant Professor,*

*College of Business Economics and Entrepreneurship, Belgrade*

### **THE PROHIBITION OF ABUSE OF RIGHTS IN THE DRAFT CIVIL CODE OF THE REPUBLIC OF SERBIAN**

#### **Summary**

*This paper explores, explains and critically evaluates the legal provision on abuse of rights proposed in Article 20 of the Draft Civil Code of the Republic of Serbia. The author first briefly presents the institutional development and analyzes the contemporary theoretical dilemmas about the nature of this legal institute. Then, the author compares relevant Serbian and comparative law provisions de lege lata and de lege ferenda. Finally, the proposed legal solution is critically evaluated against the following criteria: its justification in the tradition of civil law doctrine and practice (case-law), adequacy in the development of modern civil law theory, envisaged content and information, and systemic and logical consistency.*

*The research results expose the legislator's choice to formulate a new provision on the provision de lege lata, which is improved by introducing the concept of harm to others and subjective manifestations of abuse. This solution is criticised here for omission to enumerate all abuse manifestations that have been recognized in civil law literature and case-law, as well as for the omission to regulate this institute in compliance with modern approach based on the theory of internal limitations of subjective rights. Relying on the premises in the contemporary civil law literature, the author proposes a different provision de lege ferenda, which may more clearly express the nature of this institute and guide civil courts in the judicial interpretation and assessment of the consequences of the abuse of rights.*

**Keywords:** *civil law, abuse of rights, prohibition, subjective and objective approach, inner and outer theory.*





**Gordana Ignjatović\*, BA,**  
ESP/ELP Lecturer,  
Faculty of Law, University of Niš

СТРУЧНИ ЧЛАНАК  
10.5937/zrpfno-29937

UDK: 371.3::811.111]:378.096  
Раđ примљен: 09.12.2020.  
Раđ прихваћен: 24.12.2020.

## ***INTEGRATED COMMUNICATIVE LEARNING APPROACH IN ELP PRACTICE: Practical application in the context of intra/multi/inter/transdisciplinary integration***

**Abstract:** *English for Legal Purposes (ELP) or Legal English (LE) is a prominent area of English for Specific Purposes (ESP), catering for the specific discourse community needs and purposes. This article presents the Integrated Communicative Learning (ICL) approach to instructional design within the curricular framework of ELP/LE courses for academic and professional purposes (LEAP/LEPP) in tertiary education. This holistic approach includes ample intradisciplinary, multidisciplinary, interdisciplinary and transdisciplinary dimensions. The first part of this article presents the conceptual, structural and theoretical framework of this approach, and its many pedagogical and methodological functions. The second part outlines the structural framework of the three ELP/LE courses, the teaching/learning context, and the rationale for selecting this approach. The third part focus the practical application of the ICL in these courses, with reference to examples of intra/multi/inter/transdisciplinary integration. Finally, the author discusses the benefits, challenges and considerations in implementing this approach, particularly in view of promoting authentic learning and inter/transdisciplinary legal education.*

**Keywords:** *ESP, ELP/Legal English, integrated communicative learning, authentic learning, global competence, transferable skills.*

---

\* goga@prafak.ni.ac.rs

## 1. Introduction

*Integrative Learning* has been part of general, legal and language education since the early 20<sup>th</sup> century<sup>1</sup>. English Language Teaching (ELT) pedagogy has engendered a range of integrative approaches.<sup>2</sup> In the 21<sup>st</sup> century, the corpus has been supplemented by Digital Learning varieties.<sup>3</sup>

English for Specific Purposes (ESP) pedagogy, methodology and practice integrate all these approaches in an effort to put them to good use. While some approaches have gained prominence in the 21<sup>st</sup> century (PBL, CLL, CLIL, ComBL), ESP instruction is hardly ever confined to a single approach. Given the complex and dynamic nature of ESP, as well as distinctive target learner needs, practitioners prefer to keep the gates open for alternative learning solutions. Thus, they resort to integrating different approaches. As an interdisciplinary area aimed at bridging the gap between education and real-world applications, ESP integrates different intradisciplinary, multidisciplinary, interdisciplinary and transdisciplinary perspectives, taking into account the views of relevant stakeholders (institutions, subject-teachers, practitioners, employers, learners). The integration of diverse approaches and perspectives inevitably entails a quest for “situationally relevant pedagogy” (Larsen-Freeman, Anderson, 2011: xii). In ESP, it often results in the development of ESP-specific pedagogy and methodology.

The 21<sup>st</sup> century global trends have prompted the expansion of English for Legal Purposes (ELP) or Legal English (LE), aimed at facilitating an effective law-and-language instruction for academic, professional and occupational/vocational purposes. The Integrative Learning provides a broad conceptual, theoretical, pedagogical, methodological, and structural framework that may most comprehensively depict the various dimensions of ELP/LE instruction.

This article provides an insight into the *Integrated Communicative Learning* (ICL) approach applied in ELP/LE instructional design for academic and professional purposes (LEAP/LEPP) at the Faculty of Law, University of Niš. The article first presents the ICL conceptual and structural framework, and its many theoretical, methodological, pedagogical, psychological, developmental, functional and

---

1 For more on the theoretical framework of Integrative Learning, see: Ignjatović, 2020:179-198

2 The extensive list includes: Experiential Learning/EL, Task-based Learning/TBL, Community Learning/CL, Communicative Language Teaching/CLT, Multiple Intelligences Theory/MI; Project-based Learning/PBL, Content-based Learning/CBL; Cooperative Language Learning/CLL, Content & Language Integrated Learning/CLIL, Competency-based Learning/ComBL; for more, see: Larsen-Freeman & Anderson, 2011:v.

3 *E.g.* Computer-Assisted Learning/CAL, Flipped Learning, Blended Learning, Distance Learning, Mobile Learning, E-Learning: Virtual Learning Environments (VLE), Learning Management Systems (LMS), and “Gamification”.

pragmatic functions. The second part outlines the structure of these courses, the teaching context, and the rationale for selecting this approach. The third part focuses on the practical application of the ICL in three ELP/LE courses, including examples of intra/multi/inter/transdisciplinary integration. In the last part, the author discusses the challenges and benefits of implementing the ICL, particularly in view of promoting authentic learning for real-life discourse community purposes and inter/transdisciplinary legal education.

## **2. The Integrated Communicative Learning Approach in ELT and ESP**

The concept of *Integrated Communicative Learning* (ICL) is a theoretical-methodological construct indicative of a holistic approach encompassing multiple approaches, dimensions and perspectives. This “label” does not depict distinctive features of many approaches which are intrinsically embedded in the ICL: Experiential Learning/EL, Multiple Intelligences/MI, Task-based Learning/TBL, Project-based Learning/PBL, Communicative Language Teaching/CLT, Content-based Learning/CBL, Cooperative Language Learning/CLL, Content and Language Integrated Learning/CLIL, Competency-based Learning/ComBL, Digital Learning/DL; nor does it depict the multidimensional integration of other intra/multi/inter/transdisciplinary perspectives.<sup>4</sup> Yet, its broad framework offers sufficient latitude for examining the underlying features and presenting its implementation in the specific ELP/LE tertiary education setting.

The structural framework of the ICL approach entails correlation and integration of at least three distinctive approaches: *communicative language learning*, *integrative learning*, and *authentic learning*, which are the cornerstones of ESP instruction. As each of these concepts entails a set of correlated approaches and contemporary concepts, they are briefly reviewed here.

### **2.1. Communicative Language Teaching (CLT) in ELT and ESP**

The CLT is an integrated approach which emerged in the 1970s, in an effort to integrate the key elements of communication (purpose, context, content knowledge, competences, values) and address learner needs by focusing on diverse socio-linguistic issues (integrated language skills; language functions in social/intercultural contexts; discourse and rhetorical skills; contextualized practice on form/meaning/use, coherence/cohesion in production, accuracy/fluency in performance) and pedagogical, methodological, psychological issues (cognitive, behavioral, developmental factors; topic/task-based, project-based,

---

4 For more on the intra/multi/inter/transdisciplinary integration approaches, see: Ignjatović, 2020:184-186.

experiential learning<sup>5</sup>, multiple intelligences,<sup>6</sup> authentic sources, hands-on activities: role-play, games, projects; learning skills, learner autonomy; varied assessment; etc.) (Richards, Rogers, 1986:67-68; Richards, 2006:14-21). Thus, it incorporates features of other interactive approaches (EL, MI, TBL, PBL, CBL, CLL) or their distinctive features (principles, methods, techniques, strategies, instruments, activities).

For all these tenets, the CLT has had a huge impact on subsequent ELT and ESP developments to date. First, the CLT pedagogy and methodology engendered the concept of *communicative syllabus*, which includes several syllabus types: structural, functional, notional, topic/theme-based, task/content-based, and integrated skills-based syllabus (Richards, 2006:10-11). Second, the CLT generated the concept of *communicative competence*,<sup>7</sup> which includes a set of correlated competences: a) *linguistic competence* (vocabulary, grammar, structures, functions); b) *socio-linguistic competences* (socio-cultural, functional, pragmatic rules, spoken/written communication, formal/informal range/register); c) *discursive competence* (texts/genres, professional skills, interaction rules.); and d) *strategic competence* (learner/learning skills, interpersonal skills) (Richards, Rogers, 1986:70-71). Third, as this eclectic approach proved to be adaptable to various contexts, the communicative syllabus and communicative competence have become the bedrock of ESP. Accordingly, the CLT is the fundamental approach in ESP.

## **2.2. Integrative Learning in ELT and ESP**

*Integrative Learning* is a holistic learner/learning-centered approach, aimed at correlating a range of intra/multi/inter/transdisciplinary perspectives, transferring knowledge and competences across contexts, cultivating inter/transdisciplinary mindsets, and generating an integrated system of knowledge, competences and values applicable in real-world contexts (Klein, 2008:406-407). Its pedagogical framework rests on multiple approaches (EL, TBL, MI, PBL, CBL, CLL, CLIL, ComBL, DL). The structural framework for integrative processes is the integrated curriculum.

---

5 Postulated by J. Dewey (1938) and developed by D. Kolb (1984), *Experiential Learning Theory* entails learning by doing and discovery, reflection, learning from experience, and application in new contexts (Leicester Uni., 2020).

6 For more on H. Gardner's *Multiple Intelligences Theory* (1983), see: Ignjatović, 2017a: 569-570.

7 For more on the *communicative competence*, and each integral competence, see: Ignjatović, 2017a: 581-582.

The integrated curriculum entails various aspects of integration: a) integrative content, courses, programs, projects (multi/inter/transdisciplinary); b) integrative pedagogy, methodology (authentic, holistic, humanistic, experiential learning); c) integrated syllabus (learner/learning-centered, standards/outcomes-based, knowledge/competence/value-based) d) integrative goals, objectives (knowledge/competences/values, processes/practices); e) integrative processes (correlation, reconstruction, transformation); f) integrative activities (research-based, problem/project-based, competency/performance-based; process/product-based); g) integrative competences (critical thinking, problem-solving, decision-making); h) integrative strategies (learning skills, learner autonomy, collaboration); i) integrative assessment (formal/informal, summative/formative); j) integrative experiences (collaborative projects, learning/professional communities); and k) integrative outcomes (communicative competence, global competence, transferable skills) (Klein, 1999:16-23; Newell, 2010:8-11). The elaborate structure of the integrated curriculum points to multiple ICL functions: theoretical, pedagogical, methodological, socio-linguistic, functional, strategic, psychological, developmental and affective.

### ***2.3. Authentic Learning in ELT and ESP***

In ELT, authentic learning is a holistic approach aimed at correlating institutional study with real-life (GSP, 2013) and ensuring meaningful, practical and effective learning in real-life contexts or for real-life purposes. In ESP, the concept of authenticity is all-inclusive.

Authentic learning is the pivotal and inherent feature of ESP instructional design. It may be defined as the acquisition of authentic competences required in authentic contexts, for authentic purposes of the specific discourse community. Authenticity is an integral part of all stages of ESP instruction: a) authentic approach (learner/learning-centered, ESP-specific pedagogy) to authentic design (content/competences/practices); b) authentic needs for authentic purposes in authentic contexts (expertise for professional performance in discourse events); c) authentic knowledge, competences, values (lawyer expertise, skills, integrity); d) authentic sources, materials, activities (texts, audio-visuals; problem-solving) (Breen, 1985); e) authentic interaction, communication, collaboration (speaker-audience, debates, projects); f) authentic culture, conduct (negotiation; legal reasoning); g) authentic goals, outcomes and assessment (persuasive legal argumentation; peer-assessment); h) authentic environments (legal clinics, conferences); i) authentic experiences (mock trials, moot courts) (Gilmore, 2007); (Pinner, 2012: 28-32). As these facets are inherently correlated and complementary, they facilitate holistic learning. The use of authentic contents often generates ESP-specific pedagogy and methodology. For example, legal

case method differs in purpose, structure, content and requisite competences from case studies in other social sciences. Thus, it has to be explored from the discourse community perspective. Yet, besides the discursive competences, the ICL includes two generic competences.

#### 2.4. Global Competence and Transferable Skills

Under the OECD Learning Framework 2030, *the global competence* entails four assets of quality learning: a) Knowledge (disciplinary, interdisciplinary, epistemic, procedural); b) Competences (cognitive, social, discursive, affective); c) Attitudes (conduct, beliefs, judgment); and d) Values (personal, professional, local, global) (OECD, 2018:4-5). It implies four capacities: 1) to examine issues of local/global relevance; 2) to understand, appreciate and evaluate different perspectives; 3) to establish positive interactions with people of different backgrounds; and 4) to take constructive action for sustainable development and well-being (OECD PISA, 2018:7-8).

Proposed at the outset of the 21<sup>st</sup> century and developed within the UNESCO's *Integrated Learning for Sustainable Development*,<sup>8</sup> the concept of *transferable skills* has recently been updated within the UNICEF's *Global Framework on Transferable Skills* (2019), which identifies five learning dimensions (cognitive, instrumental, individual, social, action capacities)<sup>9</sup> and four essential skills needed for efficient learning, productive employment and constructive participation in society: a) *foundation skills* (literacy, communication, cooperation); b) *digital skills* (literacy, ethics, data management); c) *transferable skills* ("soft" skills: socio-cultural, emotional, generic life/career skills), and d) *job-specific skills* ("hard skills") (UNICEF, 2019:1). In particular, the concept of *transferable skills* comprises three categories of competences, each entailing a set of skills: 1) *cognitive skills* (critical/analytical thinking, problem-solving, decision-making, data management, life-long learning); 2) *socio-cultural skills* (interpersonal/intercultural communication, collaboration, conflict resolution); and 3) *emotional skills* (self-awareness, self-regulation, responsibility, integrity, empathy) (UNICEF: 2019:10). Each skill comprises a set of sub-skills and micro-skills; for example, life-long learning includes: a) critical thinking (active listening, cognition/metacognition, questioning, analysis, synthesis, interpretation, reflection); b) problem-solving

---

8 Within the UN Sustainable Development Agenda (2002), the UNESCO's 21<sup>st</sup> Century Learning Framework envisaged 3 essential skills: 1) *Learning skill*; 2) *Literacy skills*; and 3) *Transferable life skills* (UNESCO, 2012:11).

9 Based on the UNESCO's Education for Sustainable Development Initiative Report (2012), the UNICEF identified five learning dimensions: 1) *cognitive dimension* (knowledge); 2) *instrumental dimension* (competences); 3) *individual dimension* (values); 4) *social dimension* (interpersonal/intercultural cooperation); and 5) *action dimension* (active citizenship, constructive action, innovation) (UNICEF, 2019: 12).

(analytical thinking, social responsibility, constructive solutions, negotiation, conflict resolutions); c) creativity (divergent thinking, innovation, effective articulation, performance) (UNICEF: 2019:19); and d) *learning skills* (learning strategies, learner autonomy; self-management, motivation, confidence) (UNESCO-IBE, 2013:25). The examples show that transferable skills are not viewed as a fixed set of competencies and attributes; they are fluid, changeable and adaptable to the specific learner needs and learning contexts.

The integration of all these approaches, perspectives and competences may be facilitated by devising an integrated competency-based and outcomes-based curriculum (OECD, 2018: 5).

### **3. Integrated Communicative Learning Approach in ELP/LE instruction**

The presented conceptual, structural, pedagogical and methodological framework of the ICL approach has been the foundation of the integrated ELP/LE curriculum design at the Law Faculty in Niš. The part of the paper provides an overview of the structure of the ELP/LE courses, the learning context, and the rationale for selecting the ICL approach.

#### ***3.1. A brief overview of ELP/LE courses at the Law Faculty, University of Niš***

The current LF curriculum comprises three ELP/LE courses: a compulsory first-year ELP course (3h/w, 45h; B1/B1+CEFR)<sup>10</sup> and two elective LE courses (3+1h/w, 60h each): the third-year LE1 course (B1+/B2) and the fourth-year LE2 course (B2+/C1). The current distribution of courses across three semesters in three years was instituted in the last two accreditation cycles (2013-2018, 2018-2023), but the core framework was developed in the period 2002-2009. The course syllabi, materials and methods have been revised, updated and adapted ever since. The instructional design has evolved, in line with the ongoing intra/multi/interdisciplinary research, professional development, cooperation with law-and-language experts, learner evaluation, etc.

#### ***3.2. Target Learners and Learning Context in ELP/LE Courses***

The target learners in the first-year ELP course (B1/B1+) are undergraduate law students (aged 19-20), who attend classes as a single mixed-ability group (60-70 learners per year). The *Present Situation Analysis* (PSA), including the

---

<sup>10</sup> *The Common European Framework of Reference* (CEFR) is an international standard for assessing language competences on a six-level scale (2001): beginner (A1), elementary (A2), pre-intermediate (B1), intermediate (B1+), upper-intermediate (B2), advanced (C1), and proficiency (C2); for more, see: CoE (2020).

language needs analysis at intake, shows that most learners have been exposed to General English (GE); they have different proficiency levels (B1 to B2+/C1), different habits and attitudes to learning, and different perceptions of linguistic, academic and professional needs for real-world purposes. The *Context Analysis* (CA) shows that classes take place in a traditional classroom setting (fixed-desks, low-tech environment), including the use of technology in class (CAL) and elements of Blended Learning (online sources). The *Target Situation Analysis* (TSA) shows that law professionals need generic and specific competences for performance in different real-world contexts. As learners' professional needs remain indefinite (rather than specific), the ELP/LE course aims to raise awareness about LE applications, facilitate the acquisition of both generic and discursive competences, and promote authentic and holistic learning for academic and professional purposes.

The target learners in the 3<sup>rd</sup> and 4<sup>th</sup> elective LE courses are law students (aged 22-25+) who have already taken the first-year ELP course; they are intrinsically motivated to explore new LE horizons. These groups are smaller (10-15 students per year) and learners' proficiency levels are more homogenous (B1+/B2 and B2+/C1, respectively). The LE courses focus on subject-specific content knowledge and discourse culture, facilitate the acquisition of related discursive and generic competences, and promote life-long learning for personal and professional purposes.

### ***3.3. The rationale for applying the Integrated Communicative Learning Approach***

At the outset of the 21<sup>st</sup> century, there was a need to reconsider and reconstruct ELP instruction in line with the contemporary developments in ESP pedagogy. To this effect, the ELP/LE course design was rooted in the *Integrated Communicative Learning* (ICL) approach, which offers ample opportunities for integration and devising meaningful learning opportunities. Based on the Experiential learning theory, MI theory, learner/learning-centered pedagogy, and content-based, tasks-based and competence-based methodology, this approach is aimed at fostering the *communicative competence* through inter/multi/intra/transdisciplinary integration, fostering learner/learning skills, learner autonomy and life-long learning (Ignjatović, 2009: iii), and promoting *authentic learning* for real-world purposes, *transferable skills* for employability and constructive social engagement, and the *global competence* for sustainable development.

Moreover, as integrative learning approach gained ground in legal education<sup>11</sup>, there was a growing focus on essential legal skills: a) *cognitive competences* (legal

---

11 For more on integrative learning in legal education, see: Ignjatović, 2020: 182-183



literacy; doctrines, rules, procedures); b) *professional competences* (legal research, case analysis, critical thinking, argumentation, interpretation, evaluation, problem-solving, public speaking, advocacy skills); c) *professional identity and responsibility* (values, ethics, conduct, judgment); and d) *personal qualities and interpersonal communication competences* (time/data management, collaboration, conflict management; responsibility) (Munro, 1991:7; Wegner, 2011:14-19). Professionalism and employability at the global labour market were reinforced by fostering *global legal skills* (2005): a) professional competences; b) language competences (Legal English); and c) socio-linguistic, strategic, intercultural competences (GLS, 2010). The recognition of Legal English as a *lingua franca* at the global level has been an incentive for further development of ELP/LE instruction.

#### 4. Multidimensional alignments in ELP/LE integrated curriculum design

Given that integrative learning calls for “the new quadrangulation of disciplinary depth, multidisciplinary breath, interdisciplinary integration and transdisciplinary competences” (Klein, 2008:406), this part focuses on the “quadrangulation” of these dimensions in ELP/LE practice,<sup>12</sup> and illustrates the implementation of the ICL approach in ELP/LE courses offered at the LF Niš.

##### 4.1. Intradisciplinary integration

This intradisciplinary integration is reflected in the core dimensions of law-and-language instruction: knowledge/competences/values and pedagogical/methodological approaches.

In terms of *language*, intradisciplinary integration includes a body of distinctive features associated with linguistics and applied linguistics. The *linguistic integration* is embodied in the integrated skills: language systems (phonology, morphology, syntax, semantics, functional grammar), and receptive/productive skills (reading, listening, speaking, writing). The common tool are integrated content/task-based activities (word-building, matching/ordering, paraphrasing, summarizing, comparing, interpreting), coherently structured to ensure integrated input, practice and performance. The synergy of language systems and skills may be illustrated by reading/listening tasks, which include a lead-in task for eliciting prior knowledge and pre-teaching vocabulary, note-taking while reading/listening, post-reading/listening focus on linguistic features and skills, followed by contextualized practice and a culminating (oral/written) performance activity. *The applied linguistics* integration entails pedagogical, methodological, psychological, strategic and affective considerations as vital

<sup>12</sup> For the theoretical framework of intra/multi/inter/transdisciplinary integration in ELP, see: Ignjatović 2020:188-192

elements in devising practical and enjoyable learning experiences. It includes pedagogical approaches (methods, techniques, strategies), learning goals/outcomes, classroom management (conduct/communication rules, grouping, instructions), organization tools (guidelines, mind maps, tables, charts), needs analysis and summative/formative assessment tools (questionnaires; tests, quizzes, rubrics, checklists), and learner/learning support (strategies, autonomy). For example, learner support includes: grammar and language reference charts, audio-scripts, key to exercises, progress tests, websites for practice/research, etc.<sup>13</sup> This approach has been consistently applied in all ELP/LE courses.

In terms of *law*, intradisciplinary integration involves law-related content knowledge, competences, values and practices from different areas of law. In particular, the *first-year ELP course (B1/B1+)*<sup>14</sup> provides an introduction into the basic legal terminology, concepts, principles, legal culture, practice and values, which serve as a foundation for exploring issues related to legal education, professional ethics, legal systems, courts, judicial practice, constitution, human rights, government and elections. The materials are compiled from authentic sources (law textbooks, casebooks, legal documents, institutional websites, newspaper articles, videos, popular culture: movies, songs, cartoons), selected (for relevance), abridged (into manageable chunks), and adapted to the learners' proficiency level. The integrated law-and-language activities focus on legal terminology, contextualized practice, and culminating production activities. The exposure to law-and-language contents is imbued with professional competences (client interview, persuasive argumentation, public speaking), legal ethics (in advocacy, judiciary), discourse/genre analysis (provisions, cases, judgments), and comparative (Anglo-Saxon/American and Serbian/European-Continental) legal culture. Area-specific topics (constitutional law) are clustered into correlated units (government, elections, human rights) and explored in individual class hours. Learner support includes content-related videos, games, and resources for further research/practice.<sup>15</sup>

Building upon these core insights, *the third-year elective LE 1 course (B1+/B2)*<sup>16</sup> addresses the subject-specific areas of criminal law and civil law (torts, family and succession). The authentic source included court databases, casebooks,

---

13 See: Ignjatović (2009). *LE Files 1* (Appendices: 154-211); Ignjatović (2011). *LE Files 2* (Appendices: 159-213).

14 See: Pravni fakultet Nis (2020a): ELP Course Syllabus (I year), Law Faculty Niš website (accessed 28.2.2020).

15 For example, see the list of *iCivic* educational games, available at <https://www.icivics.org/games> (28.2.2020).

16 See: Pravni fakultet Nis (2020b): LE1 Course Syllabus (III year), Law Faculty Niš (accessed 28.2.2020).

documents, videos, popular culture, etc. The exposure to legal terminology is contextualized in genre analysis (law reports, case law, judgments) and discourse analysis (opening statements, closing arguments), exploring legal theories (punishment), documents (indictment, complaint), provisions (homicide), institutes (plea bargaining), standards (liability), procedures (appeal), and comparative legal culture (advocacy). The integrated activities focus on professional competences, performance and practices (legal research, case analysis, reasoning, argumentation, advocacy, case presentation, mock trial). For example, after examining tort-related concepts, learners explore legal provisions, analyze a case, discuss liability and legal remedies, or watch a court video, examine proceedings and language of advocacy, prepare structured oral arguments, and participate in a mock trial in class.

*The fourth-year LE 2 course (B2+/C1)*<sup>17</sup> further advances the learners' discursive knowledge, competences and values in complex areas of civil law (property, intellectual property, contracts), labour/employment law, business law (company, commercial, trade law), and international (public/private) law. The integration of authentic contents is ensured through contextualized exposure to legal terminology, discourse/genre analysis (law reports, documents, contracts, transactional letters, judgments), competences (legal research, case analysis, reasoning, persuasive argumentation) and practices (problem-solving, decision-making, negotiation, project management). For example, after exploring contract terminology, learners read sample contracts, focus on contract language (legal "shall", "here/there" compounds, "negative inversion"), discuss remedies and discuss outcomes (litigation vs. alternative dispute resolution). In the follow-up, they research "smart" contracts and share findings in class, or perform criteria-based case analysis, prepare oral arguments for moot court, and decision-making processes (judgment).

#### **4.2. Multidisciplinary integration**

Multidisciplinary integration rests on a careful selection of contents/competences/values cutting across multiple disciplines: law and language, ethics, society, government, politics, economics, business, culture, environment, medicine, technology, etc. The ELP/LE course syllabi are thus imbued with contents and practices from correlated disciplines that may be encountered in discourse community contexts. The integration tool are content/topic/task-based and problem-project-based activities: a) discourse/genre analysis (reports, documents,

---

All ELP/LE syllabi include learning goals, outcomes, exam material, assessment and grading criteria.

17 See: Pravni fakultet Nis (2020c): LE2 Course Syllabus (IV year), Law Faculty Niš (accessed 28.2.2020).

graphs, cases) involving insights from other disciplines (economics, science, technology, language); b) debates on controversial local/regional/global issues (human rights, surrogacy, migration) addressed from diverse perspectives (historical, social, cultural, ethical, environmental, medical, political, etc.); c) local community problem-solving scenarios involving multiple stakeholders' perspectives (citizens, NGOs, public/local authorities, interest groups); d) group projects on local/global issues (violence, juvenile delinquency) requiring insights from natural, social and technical sciences; e) use of digital technology for research, analysis, presentation; etc. This form of integration has a huge potential in designing cross-disciplinary learning solutions.

### **4.3. Interdisciplinary integration**

Based on disciplinary and multidisciplinary tenets, interdisciplinary integration takes the instructional design to the next level. It entails multidimensional alignment and integration of contents/competences/values, pedagogy/methodology, and intra/multi/inter/transdisciplinary dimensions into a holistic learning experience within each and across the three ELP/LE courses. Huge consideration is given to *authentic* learning (contents, contexts, competences, practices, outcomes, assessment) and ongoing use of technology. The ultimate goal is to strike the right balance between the integrated communication competences, global competences and generic transferable skills by facilitating exploration, practice, productive performance, evaluation and reflection on learning. It is achieved by designing integrated learning material and activities that systematically, progressively, concurrently and conjointly address several goals and outcomes.

Interdisciplinary integration is embodied in contextualized learning activities: a) integrated law-and-language tasks (terminology, collocations, word-building, functional grammar); b) genre/discourse analysis (legal documents, cases, judgments, contracts, transactional letters); c) discussion panels, public presentation, persuasive argumentation; d) legal research, analysis, reasoning, assessment; e) comparative approach to legal systems, culture, institutes, provisions; e) collaborative community-related projects (legislative proposals); f) simulation of discursive processes (problem-solving, decision-making, elections, mock trials, moot courts, project management, business meetings, alternative dispute resolution). In designing integrated law-and-language material/activities, special attention is given to integrated pedagogy and methodology (experiential, authentic, holistic learning; multiple intelligences); classroom management (organization, interactions, delivery); learner/learning skill/strategies (data/media/digital literacy; assessment, exam practice; learner autonomy, life-long learning); communicative and global competences (personal/professional integrity; social/cultural literacy; interpersonal/intercultural, discursive/strategic

skills), and transferable skills (critical thinking, constructive problem-solving; self-direction, initiative, responsibility, productivity, flexibility). These assets have been integrated within each and across the three ELP/LE courses provided at the Law Faculty in Niš.

The correlation between different areas of law (e.g. criminal, property, international law) and the application of integrated communicative, global and transferable competences in authentic contexts may be best illustrated by referring to the culminating performance activities in the three ELP/LE courses. For example, the highlights of *the first-year ELP course* include content/process/problem/product-based activities: debates on local/global issues, case analysis, problem-solving, persuasive argumentation, paragraph writing, and individual public speaking projects (presentation on a law-related topic of students' choice). In the *third-year LE 1 course*, the culminating activities are process/product/problem/project-based activities: discourse/genre analysis (cases, reports, judgments, indictment, complaint), case presentations (a criminal/civil case of learner's choice) and simulated mock trials (featuring legal research, analysis, reasoning, persuasive arguments, decision-making). In the *fourth-year LE2 course*, the culminating process/product-based and problem/project-based activities are: simulation of ADR processes (negotiation, mediation), a case presentation (a civil/labour/business/international law case of learner's choice), and a moot court (persuasive argumentation in appellate/international courts). These multifaceted tasks are aimed at: promoting communication, critical thinking, collaboration and creativity, demonstrating learners' effective performance in authentic contexts, and fostering learner autonomy and development of generic transferable skills.

Authentic assessment of learner performance includes various summative and formative assessment instruments (tests, quizzes, rubrics, teacher/peer evaluation, feedback). For example, summative assessment (tests) cover law-and-language contents (terminology, structures, reading, summary/paragraph writing). Preparation for performance is supported by self-assessment tools: reference charts, checklists, rubrics, quizzes, games, sample videos and reference websites. Case presentations are both peer and teacher-assessed (on genre-specific assessment criteria), and followed by group feedback on essential learning. Besides the initial needs survey, learners are urged to provide ongoing feedback on the course contents, materials, methods; at the end, they may evaluate the course contents, classes, tests and teacher performance.

#### **4.4. Transdisciplinary integration**

Considering that transdisciplinarity is perceived as "the unity of knowledge", encompassing a body of theoretical, methodological, technical, professional,

practical and ethical knowledge, competences, values and practices (Hirsch Hadorn, 2009:1-2) applicable in resolving “complex, multidimensional, interdependent, non-linear problems” (Klein, 2009:47), transdisciplinary integration aims to develop transdisciplinary mindsets and competences. It inevitably includes: a) the global competence (cognitive, social, discursive and affective capacity to examine local/global issues, correlate perspectives, communicate in intercultural contexts, and take constructive action), and b) transferable life/career skills (data/media/digital literacy; social/cultural literacy; professional/ethical and interpersonal/strategic skills; life-long learning).

In ELP/LE courses, the integration of transdisciplinary competences may be illustrated by performance activities which involve an array of integrated transdisciplinary tenets: 1) research on the assigned/student-selected issue, freedom of choosing sources/methods; 2) teamwork in collaborative projects (project organization, data/time management, interpersonal skills, conflict resolution); 3) developing digital competences (use of technology in research, presentations); 4) problem-solving and decision-making (in simulated jury/judicial panels, community meetings); 5) drafting legal solutions (considering local/global circumstances); 6) presenting arguments in mock trials, moot courts, negotiation/mediation processes; 7) self-assessment and peer evaluation of presentations, relevance and implications of proposed solutions; 8) transactional writing (email, CV, legal correspondence, conference abstract); 9) micro-project management (law firm company profile, business plan, business meetings, describing products/performance), etc.

Given that LE courses commonly include a smaller number of similar-ability learners, they offer more opportunity for a *negotiated syllabus design*, where students participate in shaping the program by suggesting contents and contributing materials. There is also more latitude for *differentiated learning*, focusing on personal interests and production of student-generated material, which contributes to developing inter/transdisciplinary mindset and competences. The practical relevance of integrated (intra/multi/inter/transdisciplinary) law-and-language instruction may be also illustrated by referring to the LF students’ successful participation in a number of regional and international moot court competitions since 2011.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> LF student teams have participated in moot court competitions (in English) in human rights, media law, humanitarian law, international trade arbitration, international criminal law. See: Pravni fakultet u Nišu (2020d).

## 5. Concluding remarks: Challenges and Benefits of the ICL approach

Relying on the presented structural framework and application of the ICL approach we may consider the challenges and benefits of its implementing in ELP/LE courses at the LF Niš.

The process of designing an authentic, rigorous, methodologically sound, practical and enjoyable ESP/ELP instruction is a highly complex and challenging task. *First*, the elaborate structure and multiple functions of the ICL approach require multidimensional integration of cognitive, pedagogical, methodological, psychological, developmental and affective aspects within each course, pluri-dimensional integration across the three courses, and hyper-dimensional integration of intra/multi/inter/transdisciplinary perspectives. It calls for constant alertness, interdisciplinary research, reconsideration, realignment, reconstruction, reevaluation, and commitment to fluid and transformative pedagogy including various integrated, negotiated and differentiated learning solutions. *Second*, the past practice has shown that the major challenge of ELP/LE design has been to ensure a sound *balance* of the requisite communicative competence, discursive competences, global competence, and transferable skills. To that effect, additional considerations include relevant pedagogical and methodological support, gradual learner training to overcome the challenges and embrace the benefits of this approach. *Third*, as contemporary legal education aims to equip learners with requisite professional competences and global legal skills, it is vital to change the traditional paradigm and provide a sustainable integrated learning for discourse community purposes. Given that Legal English has been globally recognized as one of the key assets of legal education, it is vital to ensure an authentic and holistic learning experience, which will be a valuable asset in different real-world discourse community contexts.

The application of the dynamic ICL approach in the ELP/LE courses demonstrates multiple benefits. *First*, the ICL is an eclectic, flexible and adaptable approach which provides viable solutions for authentic, holistic and humanistic integrated learning in different learning contexts. It is based on the multidimensional integration of intra/multi/inter/transdisciplinary perspectives (knowledge/competences/values; pedagogical, methodological, psychological, developmental, affective tenets; communicative, professional, global competences and generic transferable skills). The insight into the ELP/LE integrated curriculum shows that these diverse approaches and perspectives are intrinsically correlated and complimentary; they have many common or compatible features which facilitate the integration processes. They offer ample integration opportunities, which may be used both interchangeably or concurrently. They provide a great latitude for creativity, experimentation, modification and constructive integration, which

often results in developing ESP-specific pedagogy and methodology. *Second*, the examples from ELP/LE practice show that the integration occur within each and across the three courses. The common integration tools are the integrated communicative learning activities, which concurrently and conjointly address several learning goals and outcomes. The culminating performance activities most comprehensively reflect the holistic nature of authentic integrated learning, aimed at promoting learner autonomy, developing inter/transdisciplinary mindsets, demonstrating effective performance and application of the acquired knowledge and competences in new situations, or generating viable solutions for contemporary local/global issues. *Third*, the ICL is a dynamic and constantly evolving approach which has proven to be highly meaningful in ELP/LE contexts. Building on prior learning, it raises awareness of multiple perspectives, options, solutions and implications, enables learners to experience authentic processes in a safe learning environment, and thus prepares them for effective performance in real-world contexts. It aims to systematically expose learners to authentic contents, gradually reinforce and expand their generic and discursive competences, activate their potentials and resources, and holistically demonstrate the acquisition of integrated competences and productive performance. The inclusion of negotiated and differentiated learning solutions offers a great latitude for developing an inter/transdisciplinary mindset, demonstrating creativity and personal/professional growth, and fostering learner autonomy and life-long learning.

On the whole, given the complexity of non-linear integration processes and ever-changing learner/learning needs, this paper may offer a valuable insight into the implementation of the *Integrated Communicative Learning* (ICL) approach in tertiary ELP/LE instruction at the LF Niš. As there is always room for improvement, the prospective practice may rest on some important insights: 1) the multiple roles of enthusiastic ESP/ELP practitioners (acting as researchers, course designers, managers, facilitators, technicians, counselors, therapists); 2) the need for a genuine commitment of all stakeholders to standards/outcomes-based, competence-based and value-driven learning, aimed at promoting inter/transdisciplinary legal education and authentic, holistic and humanistic quality learning; 3) the need to ensure a systematic exposure to ELP/LE instruction over a number of courses rather than perceiving it as one-time (term) event; 4) a genuine endeavour to ensure highly meaningful, rigorous, coherent and enjoyable integrated learning opportunities, as an incentive for attaining integrated competences for current and prospective needs; and 5) a constant awareness of versatile, dynamic and transformative processes, based on negotiated and differentiated learning solution, and pro-active approach to implementing change for sustainable personal/professional growth and well-being.



## References

Hirsch Hadorn, G. (2009). Unity of Knowledge in Transdisciplinary Research for Sustainability, Vol. I, in: Hirsch Hadorn, G. (ed.) *Encyclopedia of Life Support Systems*, EOLSS Publishers/UNESCO, Oxford, UK; (pp.1-34); <https://www.eolss.net/Sample-Chapters/C04/E6-49.pdf> (retrieved 2.11.2019)

Klein, J. Thompson (1999). Mapping Interdisciplinary Studies, in: *The Academy in Transition*, J.G.Gaff (ed.), Association of American Colleges and Universities (AAC&U), Washington, DC; <https://files.eric.ed.gov/fulltext/ED430437.pdf> (accessed 20. 10. 2019)

Klein, J. Thompson (2008). Education (Chapter 26), In: *Handbook of Transdisciplinary Research*; eds. G. Hirsch Hadorn, H.Hoffmann-Riem, S.Biber-Klemm, W.Grossenbacher-Mansuy, D.Joye, Ch.Pohl, E. Zemp, U.Wiesmann, Springer; <https://link.springer.com/book/10.1007/978-1-4020-6699-3> (2.11.2019)

Klein, J. Thompson. (2009). Unity of Knowledge in Transdisciplinary Research for Sustainability, Vol. I, in: *Encyclopedia of Life Support Systems*, ed. G. Hirsch Hadorn, EOLSS Publishers/UNESCO, Oxford; <https://www.eolss.net/Sample-Chapters/C04/E6-49-01.pdf> (retrieved 2.11.2019)

Larsen-Freeman, D.; Anderson, M. (2011). *Techniques & Principles in Language Teaching*, Oxford University Press

Munro, G. S. (1991). Integrating Theory and Practice in a Competency-Based Curriculum: Academic Planning at the University of Montana School of Law, In: *Montana Law Review* 52 (1991), University of Montana; <http://scholarship.law.umt.edu/mlr/vol52/iss2/7> (accessed 19.1.2020).

Newell, W.H. (2010). Educating for a Complex World: Integrative Learning and Interdisciplinary Studies, In: *Liberal Education*, Vol. 96(4), AAC&U, Washington, DC; (accessed 19. 1. 2020); <https://www.researchgate.net/publication/260675213>

Richards, J. C. (2006). *Communicative Language Teaching Today*, Cambridge University Press, UK.

Richards, J. C., Rodgers, Th. S. (1986). *Approaches and Methods in Language Teaching: A description and analysis*, Cambridge University Press, Cambridge, UK.

Pinner, R. (2012). Examining Authenticity and Motivation from an International Perspective, Annual Report of JACET-SIG on ESP, 14 (pp.26-35), Japan Association of College English Teachers, ESP Special Interest Group, <https://www.researchgate.net/publication/281832835>, (retrieved 21.09.2020)

Wegner, J. W. (2011). The Carnegie Foundation's Educating Lawyers: Four questions for Bar Examiners, in: *The Bar Examiner*, June 2011 (Vol. 80, no.2), Madison,

WI; (retrieved 20.1.2020); [https://thebarexaminer.org/wp-content/uploads/PDFs/800211\\_Wegner.pdf](https://thebarexaminer.org/wp-content/uploads/PDFs/800211_Wegner.pdf)

Ignjatović, G. (2020). Integrative Learning Approach in ESP/ELP: Theoretical Framework of Intradisciplinary, Multidisciplinary, Interdisciplinary, and Transdisciplinary Integration, In: *Зборник радова Правног факултета у Нишу/ Collection of Papers of the Law Faculty, University of Niš*, br. 88/2020 (pp.179-198), Pravni fakultet, Niš; <https://aseestant.ceon.rs/index.php/zrpf/article/view/27891/16587> (accessed 25.12.2020)

Ignjatović, G. (2017a). Multiple Intelligences in ELP Instruction in Tertiary Education: Integrated Communicative MI-based Activities in Adult ELP/LE Classrooms, In: *The Journal of Teaching English for Specific and Academic Purposes*, Vol.5, No.3, 2017 (pp.567-587); (accessed 20.1.2020)

Ignjatović, G. (2009). *Legal English Files 1* (Intermediate coursebook), Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2009

Ignjatović, G. (2011). *Legal English Files 2* (Upper-intermediate), Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2011

#### Institutional (online) sources

CoE (2020): The Common European Framework of Reference for Languages (CEFR): Global scale- CEFR levels (2001), Council of Europe, Strasbourg; <https://www.coe.int/en/web/common-european-framework-reference-languages/table-1-cefr-3.3-common-reference-levels-global-scale> (28.2.2020)

GLS (2010): Global legal Skills Conference 2010 program, (accessed 17.1.2020) <https://sites.google.com/site/globallegalskillsconferencev/system/app/pages/subPages?path=/home>

GSP (2013): Great School Partnership: The Glossary of Education Reform (online): Authentic Learning (Sept. 2013); <https://www.edglossary.org/authentic-learning/> (accessed 25.1.2020)

iCivic.org (2020): *iCivic Games*, iCivic platform, Cambridge, MA, USA, <https://www.icivics.org/games> (accessed 28.2.2020).

Leicester University (2020): Learning theories: David Kolb-Experiential Learning, Doctoral College, E-Resources (Study guides), University of Leicester, UK; (accessed 25.1.2020) <https://www2.le.ac.uk/departments/doctorscollege/training/eresources/teaching/theories/kolb>

OECD (2018): The Future of Education and Skills, OECD Education 2030, Position paper, OECD, Paris [https://www.oecd.org/education/2030/E2030%20Position%20Paper%20\(05.04.2018\).pdf](https://www.oecd.org/education/2030/E2030%20Position%20Paper%20(05.04.2018).pdf); (19.2.2020)

OECD PISA (2018): the OECD PISA Global Competence Framework: Preparing youth for an inclusive and sustainable world; <https://www.oecd.org/education/Global-competency-for-an-inclusive-world.pdf>

UNESCO (2012): Shaping the Education of Tomorrow: 2012 Report on the UN Decade of Education for Sustainable Development (abridged), UN Educational, Scientific and Cultural Organization, Paris; <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/919unesco1.pdf>; (retrieved 19.2.2020)

UNESCO-IBE (2013): International Bureau of Education: Glossary of Curriculum Terminology (1.9.2019) [http://www.ibe.unesco.org/.../Publications/IBE\\_GlossaryCurriculumTerminology2013\\_eng.pdf](http://www.ibe.unesco.org/.../Publications/IBE_GlossaryCurriculumTerminology2013_eng.pdf)

UNICEF (2019): Global Framework on Transferable Skills, United Nations Children's Fund, NY, 2019; <https://www.unicef.org/media/64751/file/Global-framework-on-transferable-skills-2019.pdf> (25.9.2020).

Pravni fakultet u Nišu (2020a): Law Faculty Niš: *Nastavni plan Engleski jezik/2013/ELP Course Syllabus (I year)*; [http://www.prafak.ni.ac.rs/files/nast\\_mat/eng-1-2-sem-NASTAVNI-PLAN.pdf](http://www.prafak.ni.ac.rs/files/nast_mat/eng-1-2-sem-NASTAVNI-PLAN.pdf),(access 28.7.2020).

Pravni fakultet u Nišu (2020b): Law Faculty Niš (website): *Nastavni plan Engleski jezik pravne struke 1/ 2013/ Legal English 1 (III year)*; <http://www.prafak.ni.ac.rs/files/silabusi/osnovne/eng-struke-1.pdf>;

Pravni fakultet u Nišu (2020c): *Nastavni plan Engleski jezik pravne struke 2/2013/ Legal English 2 (IV year)*; <http://www.prafak.ni.ac.rs/files/silabusi/osnovne/eng-jezik-struke-2.pdf> ; (accessed 28.7.2020).

Pravni fakultet u Nišu (2020d): Moot-court takmičenja/Law Faculty Niš: Moot court competitions; <http://www.prafak.ni.ac.rs/studenti/moot-court-takmicenje.html> (accessed 25.9.2020)

**Gordana Ignjatović,**  
*Predavač engleskog jezika struke,  
Pravni fakultet, Univerzitet u Nišu*

**INTEGRISAN KOMUNIKATIVNI PRISTUP UČENJU ENGLSKOG  
JEZIKA PRAVNE STRUKE (ELP/LE): Praktična primena u kontekstu  
intra/multi/inter/transdisciplinarnih integrativnih procesa**

**Sažetak**

*Ovaj rad predstavlja analizu Integrisanog komunikativnog pristupa učenju engleskog jezika pravne struke (ELP), tj. pravnog engleskog jezika (LE) za akademske i profesionalne potrebe, u okviru nastavnog plana i programa Pravnog fakulteta u Nišu. Prvi deo rada predstavlja konceptualno-teorijski, pedagoško-metodološki i strukturalni okvir ovog pristupa u učenju engleskog jezika struke (ESP) koji nudi održiva rešenja za kreiranje integrisanih programa. U drugom delu rada se prikazuje struktura ponuđenih (ELP/LE) kurseva, daje kratka analiza nastavnog konteksta, i obrazlaže izbor ovog pristupa učenju. Treći deo rada nudi prikaz multidimenzionalnih integrativnih procesa u okviru (ELP/LE) kurseva, sa osvrtom na intradisciplinarnu, multidisciplinarnu, interdisciplinarnu i transdisciplinarnu aspekte integracije. Analiza složene strukture, brojnih funkcija i primene ovog pristupa potkrepljena je primerima iz prakse. U finalnom delu rada, autor razmatra ključne izazove u primeni ovog pristupa, kao i brojne prednosti koje omogućavaju kreiranje komunikativne nastave zasnovane na principima initegrisanog kurikula, globalnih kompetencija, transferabilnih veština, i autentičnog holističkog pristupa učenju. Dugogodišnja iskustava u razvoju i primeni integrisanog pristupa mogu biti od koristi ne samo u pogledu unapredjenja nastave pravnog engleskog jezika (koji je globalno prepoznat kao jedna od važnih pravničkih veština) već i cilju obezbeđivanja kvalitetnog, interdisciplinarnog i holističkog pravničkog obrazovanja.*

**Ključne reči:** *Engleski jezik pravne struke (ELP/LE), integrisani komunikativni pristup učenju, autentični holistički pristup, globalne kompetencije, transferabilne veštine.*

## II ПРИКАЗИ

---

---



**Бојан Стојановић,\* МА**

Правни саветник

Београдски центар за људска права, Београд

ПРИКАЗ

10.5937/zrpfno-28346

Рад примљен: 10.09.2020.

Рад прихваћен: 09.11.2020.

## **ИОМ-УНХЦР Оквирни документ о развоју стандардних оперативних процедура за олакшавање идентификације и заштите жртава трговине људима**

У јуну 2020. године, Међународна организација за миграције (*International Organization for Migration/ИОМ*) и Високи комесар Уједињених нација за избеглице (*United Nations High Commissioner for Refugees/УНХЦР*) објавили су заједнички документ којим се развијају стандардне оперативне процедуре (*standard operating procedures*) у циљу откривања и заштите жртава трговине људима. Реч је о Оквирном документу о развоју стандардних оперативних процедура за олакшавање идентификације и заштите жртава трговине људима (Оквирни документ)<sup>1</sup>. Овај документ представља новелирану и унапређену верзију истоветног документа објављеног децембра 2009. године.

Оквирни документ је замишљен као водич за појединце, домаће институције и организације које сарађују са ИОМ-ом и УНХЦР-ом у контексту пружања помоћи рањивим особама.<sup>2</sup> Општи циљ Оквирног документа је оснаживање сарадње између ИОМ-а и УНХЦР-а у погледу откривања, упућивања, заштите и помоћи жртвама трговине људима. Посебни циљ овог документа је намера да се оснажи развој стандарда оперативних процедура између ИОМ-а и УНХЦР-а на терену. Оквирним документом се предлаже поступак за сарадњу како би се осигурало да расположива стручност, капацитети и потенцијал сваке организације буду ефикасно искоришћени и координисани како би се пружила најбоља могућа заштита и помоћ жртвама трговине људима.<sup>3</sup>

\* bojantstojanovic@gmail.com

1 UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *IOM-UNHCR Framework document on developing standard operating procedures to facilitate the identification and protection of victims of trafficking*, June 2020, available at: <https://www.refworld.org/docid/5ee22b4f4.html> [accessed 3 August 2020].

2 Framework document, p. 4.

3 *Ibidem*, p. 4.

Оквирни документ представља такозвано меко право (*soft law*). Дакле, није реч о обавезујућем правном акту, већ о моделу по ком би требало да се понашају сви они који долазе у контакт са (потенцијалним) жртвама трговине људима. У случајевима у којима су постојећи механизми и оквири неадекватни или не удовољавају захтевима међународног и домаћег права, документ треба посматрати само као смерницу за побољшање постојеће праксе и ни у ком случају не треба да буде замена за њу.<sup>4</sup> Међутим, не треба губити из вида да: „употреба таквих докумената, без обзира на назив, на пример, препоруке, смернице, кодекси понашања или стандарди значајни су у сигнализирању развоја и успостављања смерница које се у крајњој линији могу претворити у правно обавезујућа правила.“<sup>5</sup>

Оквирни документ има 24 стране, подељен је у три дела и садржи један анекс. У уводном делу Оквирни документ садржи циљеве, дефиниције,<sup>6</sup> циљну групу, улогу ИОМ-а и УНХЦР-а, принципе сарадње, принципе заштите и помоћи, као и обавезу држава да заштите жртве трговине људима и особе које су у ризику да постану жртве трговине људима. Фокус особља ИОМ-а и УНХЦР-а, које иначе долази у непосредан контакт са жртвама трговине људима,<sup>7</sup> огледа се у томе да се принципима садржаним у овом документу осигура „најприкладнија заштита, помоћ и решења“.<sup>8</sup> Оквирни документ је усмерен на три области: идентификација жртва трговине људима, обезбеђивање заштите и услужних сервиса и проналажење решења. Оквирни документ, даље, садржи седам принципа сарадње и 12 принципа заштите и помоћи жртвама трговине људима.<sup>9</sup>

У другом делу Оквирног документа постављен је оквир за сарадњу, идентификацију, упућивање и вођење случајева. Подела улога између ИОМ-а и УНХЦР-а је извршена на следећи начин: у ситуацији где особе

---

4 Види Framework document, p. 4.

5 Види Shaw Malcolm N. (2017). *International Law*. 8th edition. Cambridge: Cambridge University Press, p. 88.

6 За дефиниције кључни међународни уговор представља Конвенција УН о транснационалном организованом криминалу, *United Nations Convention on Transnational Organized Crime* UN GA Resolution 55/25 of 15 November 2000, Annex I и пратећи протокол – Протокол за спречавање, сузбијање и кажњавање трговине људима, посебно женама и децом, *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children* UN GA Resolution 55/25 of 15 November 2000, Annex II.

7 Оквирни документ је препознао као особе у ризику од трговине људима следеће категорије: мигранте, тражиоце азила, избеглице, апатриде и интерно расељена лица, укључујући ту непраћену и раздвојену децу.

8 Framework document, p. 7.

9 Види Framework document, p. 9–11.



потпадају под мандат УНХЦР-а, али УНХЦР нема капацитет да оквалификује особу као жртву трговине људима, УНХЦР ће консултовати ИОМ, и тамо где је неопходно и прикладно укључити ИОМ у обављање дубинског интервјуа и *vice versa*.<sup>10</sup> У државама где само једна од две организације делује (ИОМ/УНХЦР) или само једна организација има приступ потенцијалној жртви, организација која је присутна или која има приступ може пружити почетну помоћ и по потреби координисати другом организацијом, путем националне, регионалне или централне канцеларије.<sup>11</sup> Рад по Оквирном документу предвиђен је у два корака: иницијални скрининг и потврђивање дубинским интервјуом.

У трећем делу представљен је оквир за сарадњу у погледу непосредних одговора заштите и решења за жртве трговине људима. Оквирни документ препознаје да жртвама трговине људима може бити потребна специјализована или додатна подршка у следећим случајевима: прихватилиште и смештај; вода, санитарни услови, хигијена; храна и исхрана; лична безбедност; здравље и благостање; образовање и обуке; средства за живот, запослење и стицање прихода; потрага за члановима породице и спајање породице; приступ правди, укључујући ту и адекватна правна средства.<sup>12</sup> Такође, Оквирни документ у трећем делу садржи и следећа понуђена решења: добровољну репатријацију и реинтеграцију жртва трговине људима које су тражиоци азила или избеглице; асистирани добровољни повратак тих људи; локалну интеграцију жртва трговине људима које се налазе под мандатом УНХЦР-а и оних који нису под његовим мандатом; пресељење у трећу земљу. Оквирни документ нуди и комплементарне видове заштите и решења, као и решења за апатриде.<sup>13</sup>

На крају документа налази се анекс који садржи листу одабраних референци (међународне уговоре, регионалне инструменте, одлуке, препоруке, и друге значајне референце из области трговине људима). Ове референце су од изузетног практичног значаја јер олакшавају примену Оквирног документа и осигуравају да се у поступању са жртвама трговине људима поступа без пропуста и са што мање потешкоћа. Све то се чини у складу са међународним правом, људским правима, избегличким правом и транснационалним кривичним правом.

Верзија документа од 2009. године садржала је и анекс са формуларом „Заједнички образац за скрининг“ (*Joint Screening Form*), који се састоји од 29

---

10 Види Framework document, p. 12.

11 *Ibidem*, p. 15.

12 *Ibidem*, p. 16.

13 Види Framework document, p. 19.

питања и који служи приликом првог сусрета са жртвом трговине људима. Док је други анекс такође садржао листу релевантних референци, која је у новој верзији измењена и допуњена пратећи развој међународног права и праксе. Поред новела у самом тексту документа, и околности у тренутку објављивања документа су знатно измењене од оних које су владале пре нешто више од једне деценије. Масовне и мешовите (избегличко-мигрантске) кризе интензивирале су се у току протеклих десет година; услед тих криза је и усвојена Њујоршка декларација о избеглицама и миграцијама и два пропратна компакта уз њу који су, између осталог, довели и до знатног приближавања ИОМ-а и УНХЦР-а.<sup>14</sup> До приближавања је дошло 2016. године, када је одлуком Генералне скупштине УН<sup>15</sup> и на основу Споразума о односу између Уједињених нација и Међународне организације за миграције<sup>16</sup>, ИОМ постао повезана организација (*related organisation*) са УН и на тај начин добио нову улогу.<sup>17</sup> Крајем 2019. године дошло је до појаве и брзог ширења вируса корона. То је изазвало пандемију са несагледивим последицама, а што се одразило и на миграције интензивирајући ирегуларне миграције и погоршање статуса странаца у многим државама широм света итд.

Предвиђено је да ће имплементација Оквирног документа бити вршена тако да подржава и допуњава постојеће институционалне оквири и координационе механизме развијене на националним и регионалним нивоима у циљу откривања и заштите жртава трговине људима, када ти механизми или оквири делују ефикасно и у складу са захтевима важећег међународног и домаћег права.<sup>18</sup>

14 О усвајању Њујоршке декларације види интернет страницу азил.рс. Доступно на: <http://azil.rs/usvajanje-njujorske-deklaracije-o-izbeglicama-i-migrantima-na-istorijskom-samitu-un/>. Превод Глобалног компакта о сигурним, уређеним и регуларним миграцијама види Красић Богдан (ур.) (2019). Глобални компакт о сигурним, уређеним и регуларним миграцијама. Београд: Београдски центар за људска права.

15 UN GA Resolution 70/263, 27 April 2016.

16 UN GA Agreement concerning the Relationship between the United Nations and the International Organization for Migration, Note by the Secretary-General, A/70/976, 8 July 2016; Annex I - Draft Agreement concerning the Relationship between the United Nations and the International Organization for Migration; Annex II - Draft resolution Cooperation between the United Nations and the International Organization for Migration.

17 Види Cullen Miriam, "The IOM's New Status and its Role under the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration: Pause for Thought", *EJIL: Talk!*, 29 March 2019. Доступно на: <https://www.ejiltalk.org/the-ioms-new-status-and-its-role-under-the-global-compact-for-safe-orderly-and-regular-migration-pause-for-thought/>.

18 Framework document, p. 4.

Значај Оквирног документа се огледа у томе што ће послужити раној и правовременој идентификацији жртава трговине људима и њиховом адекватном збрињавању. Такође, имајући у виду да ће се њиме моћи да служе државни службеници, запослени у међународним организацијама и њихови извршни партнери на терену и остали који долазе у додир са жртвама трговине људима, ова унапређена верзија документа биће корисна алатка у раду и сламка спаса за саме жртве трговине људима. Новелирани Оквирни документ долази у периоду када је ИОМ постао повезана организација УН, те је дошло до приближавања у раду са УН, а посебно са УНХЦР-ом. Даље, Оквирни документ је препознао да хуманитарне кризе, оружани сукоби и природне катастрофе имају тенденцију да погоршају изложеност од ризика, претњи, злостављања и експлоатације, укључујући и трговину људима.<sup>19</sup>

У ситуацији када су милиони људи у додатном ризику да постану жртве трговине људима услед промењених околности и новонасталом кризом услед пандемије вируса корона, новелирани Оквирни документ долази у прави час. У наредном периоду остаје да се сагледа практични значај Оквирног документа и спремност оних који се сусрећу са жртвама трговине људима да се служе овим документом. Свакако, може се позитивним оценити објављивање једног оваквог документа, уз напомену да је неопходно радити на томе да се он преводи, шири, те да се врше потребне обуке у циљу ефикасног служења овим документом.

---

<sup>19</sup> Види Framework document, p. 6.



# III РАДОВИ СТУДЕНАТА ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА

---

---



**Александра Васић,\***  
Асистент Правног факултета,  
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
10.5937/zrpfno-29303

UDK: 347.77.43:061.1EU  
347.4

Рад примљен: 09.11.2020.  
Рад прихваћен: 11.01.2021.

**ПРАВНИ ТРЕТМАН КЛАУЗУЛЕ О ИСКОРИШЋАВАЊУ  
НАКНАДНИХ УСАВРШАВАЊА ПРЕДМЕТА  
ЛИЦЕНЦЕ У УГОВОРУ О ЛИЦЕНЦИ СА АСПЕКТА  
ПРАВА КОНКУРЕНЦИЈЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ\*\***

**Апстракт:** Аутор се у раду бави питањем допуштености уговарања клаузуле о искоришћавању накнадних усавршавања предмета лиценце у уговорима о лиценци. Клаузула о искоришћавању накнадних усавршавања предмета лиценце се може дефинисати као клаузула којом се бар једна од уговорних страна код уговора о лиценци обавезује да другој страни омогући приступ будућим иновацијама које се односе на предмет уговора. Законитост уговарања поменуте клаузуле у уговорима о лиценци је анализирана са аспекта комунитарног права конкуренције, будући да у позитивном праву Републике Србије овај институт још увек није регулисан.

**Кључне речи:** накнадна усавршавања, уговор о лиценци, трансфер технологије, право конкуренције.

---

\* saska@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат истраживања на пројекту “Усклађивање права Републике Србије са правом ЕУ” који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу.

## 1. Увод

Уговор о лиценци је у праву Републике Србије уређен Законом о облигационим односима (у даљем тексту: ЗОО).

ЗОО 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<sup>1</sup>, жига, узорка или модела, а стицалац лиценце се обавезује да му за то плати одређену накнаду.<sup>2</sup>

Лиценцирање у пракси има позитивно дејство на поспешивање укупног привредног развоја. Наиме, уговори о лиценци доприносе ширењу технологија, у функцији су подстицања иновација, избегавања дуплирања истраживања и др. Међутим, с обзиром на то да је предмет уговора о лиценци уступање једног или више имовинскоправних овлашћења из субјективног права индустријске својине, које по својој природи представља монополско право, то у пракси може створити одређене проблеме са аспекта права конкуренције. У том смислу, у пракси врло често наилазимо на супростављене интересе титулара права индустријске својине и друштвеног интереса очувања конкуренције на тржишту (Марковић, 1997: 321,322).

Наиме, будући да титулари права интелектуалне својине располажу искључивим имовинскоправним овлашћењима, они су често у позицији да та овлашћења уступају другим лицима под знатно рестриктивнијим условима него што је то уобичајено за пренос других права. У том смислу, титулари права интелектуалне својине, користећи свој супериорнији положај, настоје да стицаоце лиценци ставе у што зависнији положај. То се у пракси 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: 637-644).

У том смислу уговор о лиценци може представљати рестриктивни споразум са аспекта права конкуренције.<sup>3</sup> Као такав може довести до ограничавања

---

1 Домаћи законодавац је предвидео да *know-how* (знање и искуство) може бити предмет уступања путем уговора о лиценци. С друге стране, домаћа права теорија је на становишту да *know-how* не може бити предмет уговора о лиценци, с обзиром на то да не представља искључиво право индустријске својине. (Марковић, Поповић, 2013: 218).

2 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).

3 Уговор о лиценци не представља рестриктиван споразум *per se*. Шта више, велики број уговора о лиценци има позитиван утицај на конкуренцију на тржишту. На пример,



или нарушавања слободне конкуренције на тржишту.<sup>4</sup> Право конкуренције толерише оне врсте ограничења у уговорима о лиценци које давалац лиценце ставља стицаоцу, уколико та ограничења произилазе из самог изворног права даваоца (Марковић, 1997: 323).<sup>5</sup> У том смислу, забрана рестриктивних споразума не спречава титулара права интелектуалне својине да овлашћења која чине садржину његовог субјективног права врши на уобичајени начин. С друге стране, право конкуренције толерише и неке облике ограничења у уговорима о лиценци која излазе ван поменутог оквира. Наиме, право конкуренције у одређеним случајевима допушта изузећа уговора о лиценци од забране рестриктивних споразума.

Аутор у даљем тексту рада анализира допуштеност уговарања клаузуле о искоришћавању накнадних усавршавања предмета лиценце (енг. *grant-back clause*) у уговорима о лиценци са аспекта права конкуренције. С обзиром на то да позитивно право конкуренције Републике Србије не регулише поменути институт, у раду је анализирана законитост уговарања клаузуле о искоришћавању накнадних усавршавања предмета лиценце са аспекта комунитарног права конкуренције.

## **2. Правни оквир за регулисање клаузуле о искоришћавању накнадних усавршавања предмета лиценце у праву Европске уније**

Политика заштите конкуренције на унутрашњем тржишту регулисана је Уговором о функционисању Европске уније (у даљем тексту УФЕУ).<sup>6</sup> С обзиром на тему рада, за нашу анализу ће од посебног значаја бити уредбе Европске комисије о колективном изузећу споразума о преносу технологије.<sup>7</sup> Колективно изузеће од забране споразума о преносу технологије регулисано је Уредбом Комисије бр. 316/2014 од 21. марта 2014.

---

уговори о лиценци у пракси могу допринети ширењу нових технологија. Вид. тач. 9 Смерница о споразумима о преносу технологије.

4 Аутор се определило да за потребе овог рада користи термин рестриктивни споразуми који је прихваћен у позитивном праву Републике Србије. Наиме, у комунитарном праву 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).

5 То се односи на ограничења у погледу начина, обима, количине, територије и времена коришћења предмета лиценце.

6 Политика заштите конкуренције на унутрашњем тржишту регулисана је чл. 101 до 106 УФЕУ.

7 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.

године о примени чл. 101, ст. 3 УФЕУ на категорије споразума о преносу технологије (у даљем тексту Уредба ТТБЕР).<sup>8</sup> Европска комисија је усвојила и пратеће Смернице о примени чл. 101 ст. 3 УФЕУ на категорије споразума о преносу технологије (у даљем тексту Смернице о споразумима о преносу технологије).<sup>9</sup>

У комунитарном праву конкуренције налазимо да је питање колективног изузећа уговора о лиценци од забране рестриктивних споразума врло детаљно регулисано. У том смислу, Уредбом ТТБЕР прописани су строги услови које уговор о лиценци мора испуњавати како би био изузет од забране рестриктивних споразума.

С друге стране, Уредбом ТТБЕР прописане су две врсте ограничења на које се не примењује колективно изузеће и које, стога, захтевају појединачну оцену њихових учинака на конкуренцију на тржишту. Наиме, реч се о уговорним клаузулама садржаним у уговорима о лиценци које захтевају појединачну оцену у смислу да ли доприносе или штете конкуренцији на тржишту.<sup>10</sup>

Прво, ТТБЕР прописује ограничење које се односи на клаузулу о искључивом уступању или преносу права на искоришћавање накнадних усавршавања предмета лиценце.<sup>11</sup>

---

8 *Службени лист ЕУ*, 2014, бр. L 93/17. Скраћено од *Technology Transfer Block Exemption Regulation*.

9 Смернице о примени чл. 101 ст. 3 Уговора о функционисању Европске уније на споразуме о преносу технологије, *Службени лист ЕУ*, 2014, бр. С 89. Споразум о преносу технологије је у комунитарном праву конкуренције дефинисан тако да се састоји из два појма, и то: уговора о лиценци и уговора о цесији. Вид. чл. 1 Уредбе ТТБЕР. Аутор у раду анализира уговор о лиценци као саставни део појма споразума о преносу технологије. У домаћој правној теорији налазимо да поједини аутори изједначавају ова два института (Поповић, 2013: 56).

10 Уредба ТТБЕР, чл. 5. Домаће право конкуренције, за разлику од права ЕУ, допушта појединачна изузећа рестриктивних споразума од забране. Наиме, појединачно изузеће подразумева систем обавезне претходне нотификације рестриктивног споразума. У праву ЕУ је систем појединачних изузећа постојао од 1962. до 2004. године, када је, након значајне реформе правног оквира за примену чл. 101 УФЕУ, уведен систем самопроцене. Самопроцена подразумева да учесници на тржишту непосредно и директно примењују чл. 101 УФЕУ и сами оцењују испуњеност услова из чл. 101 ст. 3 УФЕУ. Вид. више Сандра Фишер Шобот, Да ли је време за увођење самопроцене рестриктивних споразума у право конкуренције Републике Србије?, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2019, стр. 955-972.

11 Уредба ТТБЕР, чл. 5 ст. 1 тч. 1.

Друго, колективно изузеће од забране рестриктивних споразума није могуће применити на клаузуле о неоспорувању ваљаности права интелектуалне својине даваоца лиценце.<sup>12</sup>

### **3. Појам и врсте клаузула о искоришћавању накнадних усавршавања предмета лиценце**

Клаузула о искоришћавању накнадних усавршавања предмета лиценце се може дефинисати као клаузула у која се уговара приликом закључивања уговора о лиценци којом се бар једна од уговорних страна обавезује да другој страни омогући приступ будућим иновацијама које се односе на предмет уговора (Chevigny, 1966: 569). У том смислу, клаузула о искоришћавању накнадних усавршавања предмета лиценце односи се на интелектуалну својину која још увек не постоји.<sup>13</sup> У пракси се, по правилу, уговарањем клаузуле о искоришћавању накнадних усавршавања предмета лиценце намеће обавеза стицаоцу лиценце да даваоцу уступи или пренесе побољшања предмета лиценце до којих је дошао у току коришћења предмета лиценце.

У домаћем праву не налазимо дефиницију накнадних усавршавања предмета лиценце. ЗОО прописује да, у случају да уговором о лиценци није предвиђено другачије, стицалац лиценце нема право на коришћење накнадних усавршавања предмета лиценце.<sup>14</sup> Оваквим законским решењем се пружа заштита легитимном интересу даваоца лиценце да не дозволи да стицалац лиценце постане његов технолошки конкурент.<sup>15</sup>

Пракса уговарања клаузуле о искоришћавању накнадних усавршавања предмета лиценце је са технолошким напретком све више добија на значају. Наиме, чак око 43% закључених уговора о лиценцирању садржи поменуто клаузулу.<sup>16</sup>

---

12 Уредба ТТБЕР, чл. 5 ст. 1 тч. 2. О правном режиму клаузуле без оспорувања у уговорима о лиценци са аспекта права конкуренције вид. више Александра Васић, Правни третман клаузуле без оспорувања у уговору о лиценци са аспекта права конкуренције, *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Нишу*, бр. 85, 2019, стр. 371-385.

13 Вид. више Assessment of potential anticompetitive conduct in the field of intellectual property rights and assessment of the interplay between competition policy and IPR protection, Competition Reports, European Commission, 2011, стр. 38.

14 Вид. чл. 697 ЗОО.

15 Подразумева се да уговорне стране могу уговорити другачије.

16 Вид. више *supra* фуснота 14, стр. 39.

Уговарање клаузуле о искоришћавању накнадних усавршавања је најчешће у интересу даваоца лиценце. Наиме, циљ уговарања ове клаузуле је спречавање могућности да давалац лиценце, уколико стицалац лиценце у току трајања уговора дође до значајних побољшања лиценциране технологије, буде истиснут са тржишта будући да би технологија коју је лиценцирао била превазиђена.<sup>17</sup>

У пракси налазимо различите моделе поменуте клаузуле. Наиме, стицалац лиценце може бити у обавези да уступи (лиценцира) даваоцу лиценце накнадна усавршавања до којих је дошао у току коришћења лиценциране технологије, или пак може бити у обавези да даваоцу лиценце пренесе права, у целости или делимично, која се односе на његова накнадна усавршавања предмета лиценце или на његове нове примене лиценциране технологије. Дакле, стицалац лиценце се обавезује да ће са даваоцем лиценце закључити уговор о лиценци или уговор о цесији права на искоришћавање накнадних усавршавања предмета лиценце до којих је дошао током коришћења предмета лиценце. У случају лиценцирања права на накнадна усавршавања, у пракси је могуће уговорити искључиву или неискључиву лиценцу за накнадна усавршавања до којих је дошао стицалац лиценце (Cross, 2016: 2). Уговарањем искључиве лиценце за накнадна усавршавања предмета лиценце, стицалац лиценце не би био у могућности да се користи побољшањима, нити да побољшања до којих је дошао уступа или преноси трећим лицима. Када је реч о неискључивом уступању права на накнадна усавршавања, тада би приступ побољшањима, поред даваоца и стицаоца лиценце, имали и сви остали стицаоци лиценце са којима је давалац закључио уговоре о лиценци (Stedman, 196: 209). Такође, накнадна усавршавања предмета лиценце могу бити предмет уступања или преноса са или без накнаде. Правни третман поменуте клаузуле са аспекта права конкуренције, између осталог, зависи и од тога да ли се ради о искључивом или неискључивом уступању или преносу и да ли је уговорена накнада.<sup>18</sup>

У правној теорији наилазимо на различита мишљења о ефектима уговарања ове клаузуле са аспекта права конкуренције. С једне стране, поједини теоретичари заступају становиште да уговарање поменуте клаузуле подстиче ширење технологија и има позитиван ефекат на конкуренцију на тржишту. У том смислу заступају став да даваоцу лиценце мора бити омогућено њено уговарање, будући да би у супротном био демотивисан за

---

17 На пример, стицалац лиценце за патент може у току коришћења лиценциране технологије доћи до значајних побољшања патента, таква побољшања (уколико се ради о одвојивим побољшањима) може патентирати и на тај начин истиснути са тржишта даваоца лиценце.

18 Вид. више *supra* фуснота 14, стр. 39.

лиценцирање. На пример, уколико титулар права интелектуалне својине не би могао да уговори клаузулу о искоришћавању накнадних усавршавања предмета лиценце, врло је вероватно да би одбио да лиценцира своју технологију због страха да би могао бити истиснут са тржишта уколико би стицалац лиценце могао да самостално искоришћава накнадна усавршавања предмета лиценце до којих дође у току искоришћавања лиценциране технологије. Таква одлука би се негативно одразила на конкуренцију на тржишту. Наиме, титулар би био приморан да самостално оствари комерцијалну експлоатацију своје заштићене технологије. На тај начин би стекао монопол на тржишту и успориле би се иновације, будући да не би дошло до ширења технологије, а потенцијалним конкурентима би био онемогућен улазак на тржиште (Murray, 2012: 307).

С друге стране, у правној теорији је распрострањен став да уговарање поменуте клаузуле може успорити иновације и имати негативан утицај на конкуренцију на тржишту тако што ће даваоцу лиценце омогућити да задржи монопол над одређеном технологијом или да свој монопол прошири и на накнадна усавршавања предмета лиценце до којих дође стицалац лиценце. Поједини теоретичари сматрају да се у великом броју случајева поменута клаузула уговара са циљем заштите монопола титулара права интелектуалне својине (DeLisio, 1962: 256). Шта више, уговарање ове клаузуле омогућава титулару права интелектуалне својине да на тај начин прошири опсег свог монополског права које му је признато на основу објективних норми права интелектуалне својине (Schmalbeck, 1975: 733)

#### **4. Правни режим клаузуле о искоришћавању накнадних усавршавања предмета лиценце у праву конкуренције Европске уније**

Посматрано са аспекта права конкуренције, правни режим клаузуле о искоришћавању накнадних усавршавања зависи од тога да ли поменута клаузула има искључив или неискључив карактер. Уговарање клаузуле о искључивом искоришћавању накнадних усавршавања предмета лиценце може се негативно одразити на конкуренцију између учесника на тржишту на више начина. Наиме, у случају уговарања клаузуле на искључиво уступање права на накнадна усавршавања, поставља се питање да ли би стицалац лиценце уопште био заинтересован за улагање сопствених средстава у истраживање и развој лиценциране технологије. У том случају би стицалац лиценце био у обавези да сва побољшања до којих је дошао за време трајања уговорног односа, пренесе или уступи даваоцу

лиценце. Јасно је да стицалац лиценце не би био мотивисан за истраживање и развој, што би несумњиво утицало на смањени обим иновација, што у крајњем доводи до мањег благостања потрошача. Такође, уговарање поменуте клаузуле може довести и до затварања тржишта за потенцијалне конкуренте, будући да стицалац лиценце не би био у прилици да трећим лицима лиценцира накнадна усавршавања предмета лиценце до којих је дошао (Murray, 2012: 308).

С друге стране, када је реч о уговарању клаузуле на неискључиво искоришћавање накнадних усавршавања, у праву Европске уније прихваћен је блажи став по питању правног режима поменуте клаузуле, те је њено уговарање начелно дозвољено.

Правни режим поменуте клаузуле уређен је Уредбом ТТБЕР и пратећим Смерницама о споразумима о преносу технологије.

Чл. 5 ст. 1 тач. (а) Уредбе ТТБЕР као изричито забрањено ограничење наводи „сваку непосредну или посредну обавезу стицаоца лиценце да даваоцу лиценце или трећем лицу које је именовано давалац лиценце изда искључиву лиценцу или додели права, у целини или делимично, за властита побољшања или властите нове примене лиценциране технологије.<sup>19</sup> У Смерницама о споразумима о преносу технологије налазимо да се чл. 5 ст. 1 тач. 1 ТТБЕР односи на искључиво уступање права на накнадна усавршавања или на пренос накнадних усавршавања лиценциране технологије даваоцу лиценце.<sup>20</sup> Искључиво уступање права на накнадна усавршавања предмета лиценце је у Смерницама о споразумима о преносу технологије дефинисано као уступање права на накнадна усавршавања које стицаоца лиценце (који је иноватор и давалац лиценце за побољшања у овом случају) спречава да искоришћава побољшања, било за властиту производњу или за лиценцирање трећим лицима.<sup>21</sup>

У односу на решење које је прописивала претходна Уредба ТТБЕР 772/04, важећом Уредбом ТТБЕР је уклоњена разлика између одвојивих и неодвојивих накнадних усавршавања предмета лиценце. Наиме, важећа Уредба ТТБЕР третира сва побољшања, било да су одвојива или неодвојива у односу на лиценцирану технологију или поступак примене лиценциране технологије, на јединствен начин. У том смислу, све клаузуле о искључивом

---

19 Чл. 5 ст. 1 тч. (а) ТТБЕР. Аутор ће даљем тексту рада, ради доследности у терминологији, користити термин уступање права на накнадна усавршавања, без обзира што се чл. 5 ст. 1 тач. (а) Уредбе ТТБЕР односи и на пренос, односно цесију, накнадних усавршавања.

20 Вид. тач. 129 Смерница о споразумима о преносу технологије.

21 *Ibid.*

уступању права на накнадна усавршавања сматрају се ограничењима конкуренције на тржишту у смислу чл. 101 ст. 1 УФЕУ, било да се ради о одвојивим или неодвојивим побољшањима.<sup>22</sup>

22 Уредба ТТБЕР прописује да се све клаузуле о искључивом уступању права на накнадна усавршавања третира као ограничења конкуренције на тржишту у смислу чл. 101 ст. 1 УФЕУ, било да се ради о одвојивим или неодвојивим накнадним усавршавањима лиценциране технологије. За разлику од важеће Уредбе ТТБЕР, претходна Уредба 772/04 је на овакав начин третира само клаузуле о искључивом уступању права на одвојива накнадна усавршавања предмета лиценце. Међутим, будући да у пракси није увек било лако направити разлику између одвојивих и неодвојивих накнадних усавршавања предмета лиценце, Комисија је била на становишту да је неопходно да се све клаузуле о искључивом уступању права на побољшања третирају на јединствен начин и да буду подвргнуте појединачној процени, а у циљу да се обезбеди подстицај стицаоцима лиценце за даља улагања у истраживање и развој лиценциране технологије (Rab, 2014:440). Одвојива накнадна усавршавања предмета лиценце су она побољшања која се могу искоришћавати без употребе лиценциране технологије. С друге стране, неодвојиво накнадно усавршавање је оно побољшање које се не може користити без лиценциране технологије, односно, без повреде права титулара интелектуалне својине, тј. даваоца лиценце. У том смислу, стицалац лиценце не може користити неодвојиво побољшање без дозволе даваоца лиценце. Уредбом 772/2004 је било прописано да колективно изузеће није могуће применити на клаузуле о искључивом уступању одвојивих накнадних усавршавања лиценциране технологије, док су клаузуле о искључивом уступању неодвојивих накнадних усавршавања биле допуштене са аспекта права конкуренције. Мишљења смо да је решење које налазимо у важећој Уредби ТТБЕР умногоме боље и правичније посматрано из визуре стицаоца лиценце. Наиме, будући да се клаузула о искључивом уступању права на неодвојива побољшања сматра ограничењем конкуренције на тржишту у смислу чл. 101 ст. 1 УФЕУ, те такву клаузулу давалац лиценце не може наметнути стицаоцу лиценце, уговорним странама преостаје могућност да на неки други начин уреде своја права и обавезе у вези неодвојивих накнадних усавршавања лиценциране технологије. С обзиром да стицалац лиценце не може користити неодвојиво накнадно усавршавање лиценциране технологије без дозволе даваоца лиценце, а да давалац лиценце има за циљ да се користи побољшањима до којих је дошао стицалац лиценце, може се очекивати да уговорне стране постигну споразум о заједничком економском искоришћавању неодвојивих накнадних усавршавања. Вид. Assessment of potential anticompetitive conduct in the field of intellectual property rights and assessment of the interplay between competition policy and IPR protection, Competition Reports, European Commission, 2011, стр. 50. У том смислу, стицалац лиценце би био у много бољем положају у односу на ситуацију да је уговорена клаузула искључивог уступања права на неодвојива побољшања. Такође, овакво решење не умањује подстицај стицаоца лиценце да улаже у истраживање и развој лиценциране технологије. Стога смо мишљења да решење у важећој Уредби ТТБЕР којим је изједначен правни третман клаузула на искључиво уступање одвојивих и неодвојивих накнадних усавршавања правично и има проконкурентно дејство. О правном третману клаузуле на искључиво уступање неодвојивих побољшања вид. више Jesper Markvar, The Treatment of Exclusive Grant Backs in EU Competition Law, *Journal of European Competition Law & Practice*, 6/2018, 368.

Примена чл. 5 ст. 1 тач. (а) Уредбе ТТБЕР не зависи ни од чињенице да ли давалац лиценце плаћа накнаду стицаоцу лиценце за искључиво уступање или пренос права на властита побољшања.<sup>23</sup> Међутим, будући да уговори о лиценци који садрже напред поменуте клаузуле, могу бити предмет појединачне процене у складу са чл. 101 УФЕУ, уговарање накнаде коју би давалац лиценце плаћао стицаоцу би могло бити од значаја у овом поступку. Наиме, када стицалац лиценце преноси или лиценцира право на властита побољшања уз накнаду, мања је вероватноћа да ће ова обавеза стицаоца лиценце одвратити од улагања у иновације лиценциране технологије. Такође, у Смерницама о споразумима о преносу технологије налазимо да је приликом појединачне процене поменуте клаузуле важно имати у виду и положај даваоца лиценце и стицаоца лиценце на тржишту технологије.<sup>24</sup> Што је супериорнији положај даваоца лиценце, изгледније је да ће обавеза стицаоца лиценце на искључиво уступање права на накнадна усавршавања имати ограничавајуће дејство на конкуренцију на тржишту, будући да стицалац лиценце неће бити мотивисан за улагање у истраживање и развој лиценциране технологије. Што је јача позиција даваоца лиценце на тржишту технологије, то је важније да стицалац лиценце може постати значајан извор иновација и будуће конкуренције на поменутом тржишту (Gilbert, Shapiro, 1997: 325). Такође, важан фактор приликом појединачне процене допуштености клаузуле о искључивом уступању права на накнадна усавршавања је и број учесника на тржишту одређене технологије. Наиме, када доступну технологију контролише ограничен број даваоца лиценци који стицаоцима лиценци намећу обавезу искључивог уступања права на накнадна усавршавања, већи је ризик од негативних учинака по конкуренцију на тржишту.<sup>25</sup> Насупрот томе, у случају када велики број учесника на тржишту има доступну технологију, а само ограничен број примењује клаузуле о искључивом уступању права на накнадна усавршавања, ризик од негативних учинака по конкуренцију на тржишту је знатно мањи, будући да су они стицаоци лиценци који немају обавезу искључивог уступања права на накнадна усавршавања мотивисани за истраживање и развој лиценциране технологије и такмичење са другим учесницима на тржишту. Комисија би све напред наведено требало да има у виду приликом појединачне оцене сваког конкретног уговора о лиценци. Такође, мишљења смо да је битно да се приликом појединачне процене посебна пажња обрати и на то да ли би евентуално недопуштање уговарања клаузуле на искључиво уступање

---

23 Вид. тач. 130 Смерница о споразумима о преносу технологије.

24 Тач. 130 Смерница о споразумима о преносу технологије.

25 Тач. 130 Смерница о споразумима о преносу технологије.



права на накнадна усавршавања умањило подстицај даваоца лиценце да иницијално улаже у иновације и лиценцирање технологије, будући да не би био у прилици да контролише даљи развој технологије коју је лиценцирао и економску експлоатацију побољшања до којих је дошао стицалац лиценце.<sup>26</sup>

С друге стране, обавезе које се односе на неискључиво уступање права на накнадна усавршавања предмета лиценце нису обухваћене ограничењем прописаним у чл. 5. ст. 1 Уредбе ТТБЕР 2014. Наиме, Смернице прописују да су клаузуле неискључивог уступања права на накнадна усавршавања предмета лиценце изузета од примене чл. 101. ст. 1 УФЕУ.<sup>27</sup> На исти начин регулисана је и ситуација у случају када је обавеза повратног уступања (повратна лиценца) неузајамна, односно наметнута само стицаоцу лиценце, и када према уговору давалац лиценце има право да накнадна усавршавања преноси другим стицаоцима лиценце (клаузула даљег уступања).<sup>28</sup> Овакво решење је прихваћено будући да подстиче ширење технологије и на тај начин позитивно утиче на конкуренцију између учесника на тржишту. Сваки стицалац лиценце у тренутку закључивања уговора о лиценци са даваоцем лиценце зна да ће бити у једнаком положају као и сви други стицаоци лиценце, те да ће моћи да користи побољшања до којих дођу други стицаоци лиценце (Curley, 2004: 132). На тај начин су стицаоци лиценце стимулисани да улажу у истраживање и развој лиценциране технологије, будући да међу њима постоји константан конкурентски притисак. Такође, мишљења смо да овакво решење иде на руку и потенцијалним конкурентима и да не постоји ризик од затварања тржишта.

Међутим, у правној теорији налазимо на став да неискључива уступања права на накнадна усавршавања предмета лиценце могу имати негативан утицај на конкуренцију на тржишту. Наиме, у случају уговарања неискључивог уступања права на накнадна усавршавања, стицалац лиценце би био у обавези да побољшања до којих је дошао уступи даваоцу лиценце. Такође, могао би да побољшања до којих је дошао лиценцира и трећим лицима. Међутим, очигледно је да би се у оваквој ситуацији давалац лиценце појавио као конкурент стицаоцу лиценце, будући да би и давалац лиценце могао да лиценцира иста побољшања трећим лицима. Поставља се питање да ли би стицалац лиценце, који је свестан могућих последица

---

26 Сличан став налазимо и код Jacques-Philippe Gunther, *Introductory remarks and concerns, The new EU Technology Transfer Regulation and Guideline, Law & Economics workshop organized by Concurrences*, јул 2014.

27 Тач. 131 Смерница о споразумима о преносу технологије.

28 Тач. 131 Смерница о споразумима о преносу технологије.

услед уговарања неискључивог уступања права на накнадна усавршавања предмета лиценце, био заинтересован да улаже у истраживање и развој лиценциране технологије, будући да не би могао да самостално економски искоришћава своје унапређење (Curley, 1981: 358). Мишљења смо да би овај проблем у пракси могао да се превазиђе уговарањем одређене накнаде коју би давалац лиценце био дужан да плаћа стицаоцу лиценце на име накнадних усавршавања предмета лиценце.

## 5. Закључак

У комунитарном праву конкуренције је правни третман клаузуле о искоришћавању накнадних усавршавања предмета лиценце уређен двојако. Наиме, све клаузуле о искључивом искоришћавању накнадних усавршавања предмета лиценце сматрају се ограничењима конкуренције на тржишту у смислу чл. 101 ст. 1 УФЕУ, било да се ради о одвојивим или неодвојивим побољшањима. У том смислу, представљају ограничења на која се не може применити колективно изузеће.

Наиме, у случају уговарања клаузуле о искључивом искоришћавању накнадних усавршавања предмета лиценце стицалац лиценце би био у обавези да сва побољшања до којих буде дошао у току коришћења лиценциране технологије уступи или пренесе на даваоца лиценце. То би, без сумње, у великој мери умањило подстицај стицаоца лиценце да инвестира у истраживање и развој лиценциране технологије, што би се у крајњем негативно одразило на конкуренцију на релевантном тржишту, будући да давалац лиценце не би имао конкурента.

С друге стране, клаузуле о неискључивом искоришћавању накнадних усавршавања предмета лиценце нису обухваћене ограничењем прописаним у чл. 5. ст. 1 Уредбе ТТБЕР. Наиме, Смернице о споразумима о преносу технологије прописују да су поменуте клаузуле изузете од примене чл. 101. ст. 1 УФЕУ будући да могу имати позитиван утицај на конкуренцију на тржишту. Клаузула о неискључивом искоришћавању накнадних усавршавања предмета лиценце омогућава стицаоцу лиценце да и самостално користи побољшања лиценциране технологије, као и да побољшања уступи трећим лицима. На тај начин се ствара подстицај да стицалац лиценце улаже сопствена средства у побољшање лиценциране технологије.

У праву конкуренције 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 о споразумима о трансферу технологије који се изузимају од забране предвиђа изричито забрањена уговорна ограничења у уговорима о лиценци. Управо у поменутом члану налазимо одредбу која би требало да регулише правни третман клаузуле о искоришћавању накнадних усавршавања предмета лиценце у домаћем праву конкуренције.

### Литература/References

Васић А., Правни третман клаузуле без оспоравања у уговору о лиценци са аспекта права конкуренције, *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Нишу*, бр. 85, 2019.

Gilbert R., Shapiro C., Antitrust Issues in the Licensing of Intellectual Property: The Nine No-No's Meet the Nineties, *Brookings Papers on Economic Activity*, 2/1997, 283-349.

Gunther J.P., Introductory remarks and concerns, The new EU Technology Transfer Regulation and Guideline, *Law & Economics workshop organized by Conferences*, јул 2014.

DeLisio S., Prospective Use of the Grant-Back Clause in Domestic and Foreign Patent Licensing Agreements, *Albany Law Review*, 2/1962, 256-275

Markvar J., The Treatment of Exclusive Grant Backs in EU Competition Law, *Journal of European Competition Law & Practice*, 6/2018, 361-372.

Марковић С., Поповић Д., *Право интелектуалне својине*, Београд, 2013.

Марковић С., *Патентно право*, Сарајево, 1997.

Миљковић С., Васић А., On (un)enforceability of restrictive clauses in patent license agreement, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 3/2017, 637-644.

Murray J., Antitrust and Patent License Agreements: A New Look at the Grantback Clause in High Technology Markets, *Journal of Law, Technology & the Internet*, 2/2012, 299-330.

Поповић Д., *Искључива права интелектуалне својине и слободна конкуренција*, Београд, 2013.

Rab S., New EU Technology Transfer Block Exemption: A Note of Caution, *Journal of European Competition Law & Practice*, 7/2014, 436-450.

Stedman J., Acquisition of Patents and Know-How by Grant, Fraud, Purchase and Grant-Back, *Antitrust Bulletin*, 1/1967, 199-224.

Schmalbeck R., The Validity of Grant-Back Clauses in Patent Licensing Agreements, *The University of Chicago Law Review*, 4/1975, 733-748.

Фишер Шобот С., Да ли је време за увођење самопроцене рестриктивних споразума у право конкуренције Републике Србије?, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3/2019, 955-972.

Cross J., Antitrust and the Licensing of Intellectual Property: The Application of Basic Antitrust Principle, *The Licensing Journal*, 4/2016, 1-10.

Curley D., *Intellectual Property Licences and Technology Transfer*, Oxford, 2004.

Curley J., Grantback Clauses, *APLA Quarterly Journal*, 4/1981, 357-359.

Chevigny P., The Validity of Grant-Back Agreements Under the Antitrust Laws, *Fordham Law Review*, 4/1966, 569-592.

### **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 (текст је доступан на сајту Комисије за заштиту конкуренције).

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.

Уредба Комисије бр. 772/2004 од 7. априла 2004. године о примени чл. 81, ст. 3 Уговора о оснивању Европске заједнице на категорије споразума о преносу технологије.

**Aleksandra Vasić,**  
*Teaching Assistant,  
Faculty of Law, University of Niš*

**LEGAL TREATMENT OF GRANT-BACK CLAUSES IN LICENCE  
AGREEMENTS FROM THE ASPECT OF EU COMPETITION LAW**

**Summary**

*In this paper, the author explores the legal treatment of no-challenge clauses in license agreements. A grant-back clause obligates the licensee to grant the rights on future advances or improvements in the licensed technology to the licensor. The author analyzes the legality of contracting the aforementioned clause in license agreements from the aspect of European Union Competition Law, considering that the positive law of the Republic of Serbia still does not include legal norms regulating this institute.*

**Keywords:** *grant-back clause, license agreements, technology transfer, competition law.*



**Јована Миловић,\***  
Асистент Правног факултета,  
Универзитет у Приштини,  
са привременим седиштем у Косовској Митровици

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД  
10.5937/zrpfno-28646

UDK: 347.65/.67(497.11)  
342.7:179.3

Рад примљен: 01.10.2020.  
Рад прихваћен: 30.12.2020.

## **ЕУТАНАЗИЈА КАО РАЗЛОГ НЕДОСТОЈНОСТИ ЗА НАСЛЕЂИВАЊЕ\*\***

**Апстракт:** Недостојност за наслеђивање, као грађанскоправна казна, примењује се само у законом предвиђеним случајевима. Српски законодавац таксативно наводи разлоге недостојности, па се чини да нема дилема у погледу примене овог института. Међутим, код умишљајног убиства или покушаја убиства оставиоца, као разлога за недостојност, наилазимо на недоумицу. Да ли еутаназија, или убиство из милосрђа улази у оквир поменуте одредбе? У већини савремених правних система лишење живота одређеног лица на његово тражење или пристанак, квалификовано је као привилеговано убиство за које је предвиђена одговарајућа санкција. С друге стране, поједини правни системи дозвољавају пасивну еутаназију, која се огледа у непружању или ускраћивању даље медицинске бриге или лечења одређеном лицу. У светлу предложених решења у Преднацрту Грађанског законика Републике Србије, поводом признавања права на достојанствену смрт, потребно је одредити место еутаназије међу разлозима недостојности за наслеђивање. Аутор у раду настоји да утврди да ли и еутаназија, у оба своја вида, представља разлог за недостојност наследника, и да кроз упоредноправни приказ предложи одређена решења.

**Кључне речи:** еутаназија, лишење живота из самилости, наследник, недостојност за наслеђивање, умишљајно убиство.

\* jovana.milovic@pr.ac.rs

\*\* Рад је изложен на Међународној научној конференцији „Одговорност у правном и друштвеном контексту“, одржаној 18. 09. 2020. у online формату, на Правном факултету у Нишу.

## 1. Увод

Недостојност за наслеђивање (индигнитет) представља грађанскоправну (цивилну) казну за недозвољено понашање наследника према оставиоцу (Ђурђевић, 2010: 66). Наследноправна установа „недостојност за наслеђивање” је предвиђена у свим правима, разлике постоје једино у погледу разлога за недостојност. Разлике произилазе из културолошких, моралних схватања одређеног друштва. Разлог за недостојност који је у различитим правним системима универзално прихваћен је умишљајно убиство или покушај убиства оставиоца (Антић, 1994: 49). Овај разлог недостојности је предвиђен чланом 727 Француског *Code civil*-а<sup>1</sup>, чланом 2339 Немачког грађанског законика<sup>2</sup>, чланом 540 Швајцарског грађанског законика<sup>3</sup>, чланом 4:3 Холандског грађанског законика<sup>4</sup>, чланом 727 Белгијског грађанског законика<sup>5</sup>, али и чланом 4 српског Закона о наслеђивању<sup>6</sup>. На први поглед јасно одређен, овај разлог недостојности отвара низ недоумица. Предвиђање умишљајног убиства или покушаја убиства, као разлога недостојности за наслеђивање, у већини законских текстова није јасно одређено. Наиме, често се поставља питање: Да ли разлог за недостојност представља само основни облик убиства или се под овим разлогом недостојности третирају и остала кривична дела против живота, нпр. тешко убиство као квалификовани облик убиства на мах, кривично дело убиства детета при порођају, лишење живота из самилости (еутаназија), навођење на самоубиство и помагање у самоубиству?<sup>7</sup> У

1 Civil code. Преузето 25. 4. 2020. [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section\\_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006165513/#LEGIARTI000006430775](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006165513/#LEGIARTI000006430775)

2 German Civil Code in the version promulgated on 2 January (Federal Law Gazette Bundesgesetzblatt) I page 42, 2909; 2003 I page 738, last amended by Article 4 para. 5 of the Act of 1 October 2013 (Federal Law Gazette I page 3719). Преузето 26. 4. 2020. [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#p6923](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p6923)

3 Swiss Civil Code of 10 December 1907. Преузето 1. 5. 2020. <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/index.html>

4 Dutch Civil Code, Book 4, 1 January 2003. Преузето 1.5.2020. <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook044.htm>

5 Belgian Civil Code. Преузето 1. 5. 2020. [http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi\\_loi/loi\\_a1.pl?DETAIL=1804032132%2FF&caller=list&row\\_id=1&numero=5&rech=14&cn=1804032132&table\\_name=LOI&nm=1804032152&la=F&dt=CODE+CIVIL&language=fr&fr=f&choix1=ET&choix2=ET&fromtab=loi\\_all&trier=promulgation&chercher=t&sql=dt+contains+%27CODE%27%26+%27CIVIL%27and+actif+%3D+%27Y%27&tri=dd+AS+RANK+&imgcn.x=16&imgcn.y=9#LNK0005](http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?DETAIL=1804032132%2FF&caller=list&row_id=1&numero=5&rech=14&cn=1804032132&table_name=LOI&nm=1804032152&la=F&dt=CODE+CIVIL&language=fr&fr=f&choix1=ET&choix2=ET&fromtab=loi_all&trier=promulgation&chercher=t&sql=dt+contains+%27CODE%27%26+%27CIVIL%27and+actif+%3D+%27Y%27&tri=dd+AS+RANK+&imgcn.x=16&imgcn.y=9#LNK0005)

6 Чл. 4, ст. 1 Закона о наслеђивању, *Сл. гласник РС*, 46/95, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015.

7 Чл. 113, чл. 114, чл. 115, чл. 116, чл. 117 и чл. 119 Кривичног законика, *Сл. гласник РС*, 85/2005, 88/2005-испр., 107/2005-испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013,



упоредном законодавству се најчешће под овим разлогом подразумевају и остали појавни облици убиства (Ковачевић, 2016: 69). Једно од основних питања, без намере да се умањи значај осталих је: Да ли еутаназија или право на достојанствену смрт улази у оквир умишљајног убиства као разлога недостојности? Одговор на ово питање зависи од прецизног појмовног одређења еутаназије и адекватног законског регулисања.

## 2. Појмовно одређење еутаназије

Еутаназија, убиство из милосрђа или право на достојанствену смрт, тема је која готово од почетка људске цивилизације представља предмет бројних, не само правних, већ и етичких, филозофских, медицинских и религијских расправа. Реч еутаназија је настала у XVII веку у грчком језику од речи *eu* – што значи добро и *thanatos* – што значи смрт (Живковић, 2015: 55). Дословно, еутаназија представља право на добру смрт.

Појмовно одређење еутаназије представља први корак у њеном правилном регулисању, било њеном санкционисању или дозвољавању. Најчешће се под еутаназијом подразумева поступак планираног прекида живота другог лица, с циљем да га ослободи неподношљивих патњи узрокованих његовим тешким здравственим стањем (Turković, Roksandić Vidlička, Maršavelski, 2010: 225). Код изучавања еутаназије морамо, поред њеног појма, одредити и њене појавне облике. Прва подела еутаназије врши се с обзиром на постојање оставиочеве воље, односно пристанка лица над којим се еутаназија спроводи, на њено предузимање. Тако разликујемо добровољну еутаназију, недобровољну еутаназију и еутаназију против воље. Добровољна еутаназија се односи на случајеве прекида живота уз пристанак особе над којом се еутаназија врши. Недобровољна еутаназија пак постоји када се овај поступак одвија без изричитог пристанка лица чији се живот прекида. Еутаназија против воље јесте она која се спроводи уз примену силе, преваре или друге радње којом се негира воља особе над којом се еутаназија спроводи (Turković, 2010: 226). У упоредном законодавству се под еутаназијом најчешће подразумева само добровољна еутаназија, односно усмрћење лица на његов изричит пристанак. Нажалост, кроз историју су постојали случајеви спровођења еутаназије против воље. Убијање под „велом” милосрђа спровођено је у нацистичкој Немачкој. Наиме, 1939. године законодавно тело Трећег рајха је донело закон о еутаназији, „чији је идејни и духовни творац био Хитлер”. Овај закон је предвиђао могућност „ослобађања од патњи” неизлечиво болесних лица. Међутим, овај закон је служио само за оправдање убиства више

од 275.000 људи, који су „кварили” расну супериорност немачког народа. Слична ситуација је била и с масовним убијањима у гасним коморама концентрационих логора (Живковић, 2015: 57).

С обзиром на метод спровођења, еутаназија се дели на активну и пасивну. Активна еутаназија подразумева примену медицинске терапије од стране лекара, са искључивим циљем окончања живота неизлечиво болесног пацијента. Најчешће се активна еутаназија спроводи давањем високе дозе хипнотичких средстава пацијенту, опојних дрога, или отровних материја као што је калијум-хлорид. Пасивна еутаназија подразумева непредузимање или обустављање даљег лечења пацијента, које ће неминовно после одређеног времена довести до смртног исхода. Ова врста еутаназије се најчешће спроводи обустављањем вештачког давања пацијенту воде, хране, кисеоника, вештачког дисања, вештачког давања лекова, трансфузије крви или дијализе (Живковић, 2015: 56).

На крају, еутаназију можемо разликовати с обзиром на то да ли је предузета с намером непосредног изазивања смрти – директна еутаназија, или је предузета с намером ублажавања болова, која је довела до скраћења живота пацијента – индиректна еутаназија. Индиректна еутаназија је дозвољена Декларацијом светског медицинског удружења у ком се наводи да: „Еутаназија, односно намјерно скраћивање живота пацијента, чак и на његов захтјев, односно захтјев блиских рођака је неетично. Но, то не спречава лијечника да поштује жељу пацијента да допусти природном процесу смрти да слиједи свој пут у терминалној фази болести” (Турковић, 2010: 228). Индиректна еутаназија не представља ништа друго до спровођења основних постулата палијативне медицине.<sup>8</sup>

Поред претходно наведених појавних облика еутаназије, под њом се у упоредном законодавству често подразумева и навођење и помагање у самоубиству особи која се налази у тешком здравственом стању. Помагање се најчешће односи на набављање одређених средстава за самоубиство или пак учествовање давањем конкретних упутстава за извршење самоубиства.

### **3. Еутаназија у упоредном законодавству**

Лишење живота из самилости је постојало још у најстаријим људским друштвима. Спартанци су имали обичај убијања физички и ментално слабе

---

<sup>8</sup> Палијативна медицина је нова грана медицине која проучава и примењује поступак с болесницима оболелим од активне, прогресивне, узнапредовале болести с неповољном прогнозом. Тежиште је на квалитету живота и болесника и његове породице, до смрти болесника (Костић, 2009: 193).

деце. У старом Риму је овај обичај кодификован законом XII таблица, који је у четвртој табlici предвиђао да „наказно дете треба одмах убити”.<sup>9</sup> Номади су имали обичај напуштања старих који нису били способни за привређивање и кретање. Амерички Индијанци су своје старе родитеље остављали да умру од глади или су их одводили у шуму где су их звери растрзале (Живковић, 2015: 55).<sup>10</sup> Код наших предака је постојао обичај убијања старих а најближих чланова породице, познат под називом „лапот”.<sup>11</sup>

Прва модерна држава у Европи која је озаконила еутаназију је Холандија, Законом о окончању живота на захтев и потпомогнутом самоубиству<sup>12</sup>, од 12. априла 2001. године. У Холандији се под еутаназијом подразумева прекид живота од стране лекара на захтев пацијента”.<sup>13</sup> Под еутаназијом се пак не подразумева престанак даљег лечења умирућег пацијента, као ни давање лекова за ублажавање болова који као споредан ефекат имају убрзање смрти пацијента. До 2002. године и доношења Закона о окончању живота на захтев и потпомогнутог самоубиства, еутаназија је представљала кривично дело. Наиме, члан 293 Холандског кривичног законика<sup>14</sup> предвиђао је да ће се казнити затвором до 12 година или новчаном казном свака особа која оконча живот друге особе на његов изричит и озбиљан захтев. Доношењем Закона о окончању живота на захтев и асистираном самоубиству, у члан 293 Кривичног законика, у оквиру

---

9 Zakon XII tablica (Leges duodecim tabularum). Преузето 15. 5. 2020. [https://www.harmonius.org/sr/pravni-izvori/pravo-eu/privatno-pravo/Zakon\\_12\\_tablica%20.pdf](https://www.harmonius.org/sr/pravni-izvori/pravo-eu/privatno-pravo/Zakon_12_tablica%20.pdf)

10 Према једној легенди „син је убио свог оца и куком га вукао до гробља. Са собом је повео и свог сина. Када су стигли до гробља, он хтеде да баца куку, али му дете рече: „Не бацај куку! Биће ми потребна кад ти остариш”. (Митровић, Ћирић, Милетић, Богословић, Младеновић, Ђорђевић, 2015: 112)

11 Реч „лапот” се односи на обичај убијања старих чланова породице, када они више не могу да раде и својим радом допринесу материјалним потребама домаћинства. Корен и значење речи „лапот” је „лап”, која је реч старословенског порекла, а значи губљење, ишчезавање, нестајање. У нашој земљи је овај обичај постојао у Рисници код Пирота, и у Сврљигу. Овај ритуални чин је представљао акт добротинства, олакшања, никако казну. (Митровић et al. 2015: 112)

12 Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review)Act, 1 April 2002. Преузето 20. 5. 2020. <https://www.worldrtd.net/dutch-law-termination-life-request-and-assisted-suicide-complete-text>

13 The Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures)Act in practice, Netherlands Ministry of Foreign Affairs. Преузето 20.5.2020. [http://www.patientsrightscouncil.org/site/wp-content/uploads/2012/03/Netherlands\\_Ministry\\_of\\_Justice\\_FAQ\\_Euthanasia\\_2010.pdf](http://www.patientsrightscouncil.org/site/wp-content/uploads/2012/03/Netherlands_Ministry_of_Justice_FAQ_Euthanasia_2010.pdf)

14 Netherlands Civil Code, 3 March 1881. Преузето 20. 5. 2020. [https://www.legislationline.org/download/id/6415/file/Netherlands\\_CC\\_am2012\\_en.pdf](https://www.legislationline.org/download/id/6415/file/Netherlands_CC_am2012_en.pdf)

става 2<sup>15</sup>, укључен је посебан основ за изузеће од кривичне одговорности лекара који прекину живот пацијента или му помажу у самоубиству, под условом да испуњавају захтеве дужне пажње, предвиђене чланом 2 Закона о окончању живота на захтев и асистираним самоубиству.<sup>16</sup> Иста одредба се примењује и у случају самоубиства или помагању у истом, предвиђеног чланом 294 Холандског кривичног законика.<sup>17</sup> Лишење живота другог лица ради прекида физичких болова и психичких патњи изазваних тешким здравственим стањем у којим се то лице налази, и даље представља посебан облик кривичног дела убиства. Оваквом одредбом су од кривичне одговорности изузети лекари који поступак еутаназije спроводе уз испуњење свих законом предвиђених критеријума и обавезу пријављивања овог поступка посебном одбору за ревизију именованог од стране министра правде и државног секретара за здравство, социјалну заштиту и спорт. Уколико је лекар приликом спровођења еутаназije испунио све критеријуме потребне неге, такав случај се неће пријављивати јавном тужилаштву, нити ће се лекар процесуирати. Решење холандског законодавца заслужује похвалу. Наиме, на овај начин се штити право на живот као једно од основних људских права, а са друге стране остварује се и право на прекид живота пацијента чија је патња трајна и неподношљива. Тако се лишење живота другог лица, чак и ако је вођено самилошћу, саосећањем са пацијентом, своди на изузетак, који се примењује у тачно одређеним оправданим случајевима.

---

15 Вид., чл. 293, ст. 2: „Дело из става (1) неће бити кажњиво ако га почини лекар који испуњава захтеве дужне неге из става 2 Закона о окончању живота на захтев и потпомогнутом самоубиству... или ко обавести општинског форензичког патолога у складу са ставом 7(2) Закона о сахрани и кремирању...”.

16 „Захтеви дужне бриге наведени у члану 293 Кривичног законика значе да лекар: држи уверење да је пацијентов захтев био добровољан и добро размотрен; држи уверење да је пацијентова патња била трајна и неподношљива; да је пацијента обавестио о његовој ситуацији и могућим алтернативама; да је пацијент био уверен да није било другог разумног решења за ситуацију у којој се налазио; да је консултовао још најмање једног независног лекара који је посетио пацијента и који је дао своје писмено мишљење о испуњености наведених захтева дужне неге и да је с дужном пажњом окончао живот или помогао у самоубиству”, чл. 2 Termination of Life on Request and Assisted Suicide Act. Преузето 15. 5. 2020. <https://www.worldrtd.net/dutch-law-termination-life-request-and-assisted-suicide-complete-text>

17 „1. Свака особа која намерно подстиче другу особу на самоубиство, казниће се затвором до три године или новчаном казном четврте категорије. 2. Свако лице које намерно помаже у самоубиству неке особе или му пружа средства за самоубиство, казниће се затвором до три године или новчаном казном четврте категорије”, чл. 294. Netherlands Civil Code, 3 March 1881. Преузето 20. 5. 2020. [https://www.legislationline.org/download/id/6415/file/Netherlands\\_CC\\_am2012\\_en.pdf](https://www.legislationline.org/download/id/6415/file/Netherlands_CC_am2012_en.pdf)

Белгија је Законом о еутаназији<sup>18</sup> од 28. маја 2002. године легализовала еутаназију. Овај закон у члану 2 еутаназију дефинише „као намерно прекидање живота од стране некога ко није особа у питању, на њен захтев”. Законом о еутаназији су од кривичне одговорности изузети лекари који поступак еутаназије спроводе уз испуњење критеријума предвиђених ових законом. Лекар који врши еутаназију не чини кривично дело када обезбеди следеће: да је пацијент над којим се еутаназија спроводи пунолетан или еманципован малолетник, да је у тренутку подношења захтева подносилац истог имао одговарајућу законску способност и свест о поднетом захтеву, да је захтев добровољан, добро размотрен и да није био резултат било каквог спољног притиска, да је пацијент у медицински узалудном стању у коме трпи сталне и неподношљиве физичке или менталне патње које се не могу ублажити услед озбиљног и неизлечивог поремећаја изазваног болешћу или несрећом, и када је испоштовао услове и поступке предвиђене овим законом<sup>19</sup>. Спровођење активне еутаназије у белгијском праву налази се у рукама лекара, по посебно предвиђеном поступку, уз строго поштовање наведених услова.

Трећа европска држава која је легализовала еутаназију је Луксембург, Законом о еутаназији и потпомогнутом самоубиству, из 2009. године. Овим законом предвиђено је допуштање активне еутаназије и потпомогнутог самоубиства извршеног од стране лекара према пацијенту који се налази у озбиљном и неизлечивом здравственом стању, који услед тога трпи неподношљиве физичке или психичке болове, без могућности побољшања (Turković, 2010: 236).

Швајцарски кривични законик у члану 114<sup>20</sup> инкриминализује убиство на захтев жртве из похвалних мотива, а посебно из саосећања са жртвом, и предвиђа затворску казну до три године или новчану казну. Слична ситуација је и са подстицањем и помагањем самоубиства. Наиме, „свако лице које из користољубивих разлога подстиче или помаже другом да изврши или покуша самоубиство, ако то друго лице након тога изврши или покуша да изврши самоубиство, казниће се затворском казном која не прелази пет година, или новчаном казном”.<sup>21</sup> У Швајцарској је подстицање и

---

18 The Belgian Act on Euthanasia of May, 28<sup>th</sup> 2002. Преузето 18. 5. 2020. <https://apmonline.org/wp-content/uploads/2019/01/belgium-act-on-euthanasia.pdf>

19 Section 3. The Belgian Act on Euthanasia of May 28th 2002. Преузето 18. 5. 2020. <https://apmonline.org/wp-content/uploads/2019/01/belgium-act-on-euthanasia.pdf>

20 Swiss Criminal Code of 21 December 1937. Преузето 20. 5. 2020. <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/index.html>

21 Art. 115. Swiss Criminal Code of 21 December 1937. Преузето 25. 5. 2020. <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/index.html>

помагање у самоубиству кажњиво само ако се темељи на себичном мотиву. Оваквим правним регулисањем убиства на захтев и потпомогнуто самоубиства, законодавац изоставља случајеве њиховог извршења због несебичних разлога. Свако ко помогне некоме да изврши самоубиство, под условом да не делује из себичних мотива, не може бити кажњен. „Себични мотиви би били, на пример, ако би помагањем у самоубиству неко могао раније наследити имовину или би се решио финансијске обавезе издржавања.” Ипак, чињеница да неко прима нормалну новчану накнаду за помоћ у самоубиству, не значи да се тиме испуњава елемент кривичног дела „себични мотив”.<sup>22</sup> На овај начин, у Швајцарској је дозвољено самоубиство уз подстицање или помоћ лекара. Свакако, оно је могуће само уз испуњење одређених услова. Међутим, Швајцарска није донела посебан закон којим би регулисала овај поступак. Стога, у извршењу самоубиства на територији Швајцарске заинтересованим лицима помажу удружења попут *Exit*-а, *Dignitas*-а (пружа услуге самоубиства уз помоћ и странцима). Швајцарска дозвољава странцима да на њеној територији изврше еутаназију. Овај феномен је познат под називом „самоубилачки туризам”. Окосница „самоубилачког туризма“ је могућност лишавања живота одређеног лица, без постојања оправданих разлога за то. У пракси се ова могућност често остварује од стране лица за чији прекид живота нема оправданих здравствених разлога, већ су, на пример, у питању лица која сматрају да су довољно живела, или пак она која не желе да доживе дубоку старост и тада буду „на терету“ члановима породице. Међутим, оваквом правном регулативом повређује се право на живот као једно од основних људских права. Уколико је и дозвољено лишавање живота другог лица, оно мора бити сведено на изузетак који се примењује онда када постоје оправдани разлози за то. Еутаназија се од обичног убиства управо разликује по мотиву за њено спровођење. Код еутаназије се лишење живота спроводи из саосећања према лицу које се налази у тешком здравственом стању, које трпи неподношљиве болове и за које нема наде за излечење.

Немачко кривично законодавство санкционише убиство на захтев предвиђајући да онај ко „подстакне на убиство на изричито и озбиљан захтев убијеног казниће се затвором од шест месеци до пет година”.<sup>23</sup> С друге стране, асистирано самоубиство санкционише се нешто другачије: „Ко, с намером да помогне другом лицу да изврши самоубиство, пружи, набави или уреди могућност да то лице учини и чији су акти уперени на

---

22 Dignitas, To live with dignity, To die with dignity, Legal Basis. Преузето 25. 5. 2020. [http://www.dignitas.ch/index.php?option=com\\_content&view=article&id=12&Itemid=53&lang=en](http://www.dignitas.ch/index.php?option=com_content&view=article&id=12&Itemid=53&lang=en)

23 Section 216, German Criminal Code (Strafgesetzbuch- StGB). Преузето 30. 5. 2020. [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/)

испуњење датог захтева, кажњава се затвором од три године или новчаном казном. Учесник чије радње не спадају у домен професионалне услуге и који је или рођак или је близак особи из претходног става, изузет је од казне”.<sup>24</sup> Интенција немачког законодавца била је да се санкционише спровођење асистираниог самоубиства и убиства, као професионалне службе. Овакво решење је оправдано, уколико нема медицинских разлога за лишење живота одређеног лица. Међутим, уколико постоје оправдани разлози, асистирано самоубиство се треба спроводити од стране стручњака, који могу да процене здравствено стање и могућност за даљи живот особе у питању.

У Француској је кроз Законик о јавном здравству 2005<sup>25</sup>. године предвиђено да се неће гонити лекари који не предузму лечење или пак суспендују лечење које се према околностима случаја чини непотребним, или нема други ефекат осим вештачког одржавања живота. Оваквим поступањем лекар штити достојанство особе која умире и осигурава квалитет њеног живота. Наиме, уколико лекар утврди да не може да ублажи патњу особе у поодмаклој или терминалној фази озбиљне и неизлечиве болести, без обзира на узрок, примениће третман који за нежељени ефекат може имати скраћивање живота. Поред тога, уколико особа у узрапредовалој или терминалној фази озбиљне и неизлечиве болести, без обзира на узрок, одлучи да ограничи или заустави било који третман, лекар ће поштовати његове жеље након што га је обавестио о последицама свог избора.<sup>26</sup> На овај начин је у француском праву, оправдано, дозвољено спровођење пасивне еутаназије кроз ограничавање или заустављање даљег лечења, или пак давањем лекова за ублажавање болова који доводе до бржег смртног исхода.

Кроз упоредни приказ правног регулисања еутаназије можемо уочити да у европском правном подручју постоје правни системи у којима је активна еутаназија дозвољена (Холандија, Белгија и Луксембург), али и они где се кроз законе о здравственој заштити, о правима пацијената, легализује пасивна еутаназија (Француска).

---

24 Section 217. German Criminal Code (Strafgesetzbuch-StGB). Преузето 30. 5. 2020. [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/)

25 Law No. 2005-370 of April 22, 2005 on the rights patients and the end of life (1). Преузето 2. 6. 2020. <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000446240?r=VQU98RM6Vx>

26 Вид., article 1, article 2 and article 6, Law No. 2005-370 of April 22, 2005 on the rights patients and the end of life (1). Преузето 2. 6. 2020. <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000446240?r=VQU98RM6Vx>

#### 4. Еутаназија у српском праву

У позитивном српском праву, еутаназија представља кривично дело. Сходно кривичном законодавству, еутаназија се третира као лишење живота пунолетног лица из самилости због тешког здравственог стања у којем се то лице налази, а на његов озбиљан и изричит захтев.<sup>27</sup> Оваква законска одредба је предмет поновног интересовања услед предлога за увођење права на достојанствену смрт, унутар Грађанског законика.

Преднацртом Грађанског законика предвиђено је право на достојанствену смрт (еутаназију): „као право физичког лица на сагласни, добровољни и достојанствени прекид живота, које се може изузетно остварити ако се испуне прописани хумани, психо-социјални и медицински услови”.<sup>28</sup> Право на достојанствену смрт је регулисано у оквиру одељка који се односи на права личности, пре свега права на достојанство из ког произилазе сва друга права личности.<sup>29</sup> Наиме, како свако физичко лице има право на живот достојан човека, тако би требало предвидети и право на достојанствену смрт, али само под јасно утврђеним условима. Ближи услови и поступак за остваривање права на еутаназију, сходно решењу у Преднацрту, биће регулисани посебним законом.

Предлогом посебног Закона о праву на достојанствену смрт је предвиђено да се „у изузетно тешкој и дуготрајној медицинској, психолошкој и социјалној ситуацији умирућег може, на основу јасно, несумњиво и слободно изражене воље, уважити захтев о превременом прекиду живота у виду достојанственог умирања”.<sup>30</sup> Овај закон даље предвиђа да ово право може бити остварено уз испуњење три врсте услова, медицинских, хуманих и социјалних.<sup>31</sup>

---

27 Чл. 117 Кривичног законика, *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.

28 Чл. 86 Преднацрта Грађанског законика, 2019.

29 Чл. 78 Преднацрта Грађанског законика, 2019.

30 У припреми Нацрт Закона о праву на достојанствену смрт. Преузето 2. 6. 2020. <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/050619/050619-vest6.html>

31 „Медицински услов је испуњен онда када конзилијум лекара одговарајуће специјалности, на основу медицинске документације и непосредног увида, утврди да у конкретном случају у блиској будућности не постоји нада да се, и поред коришћења научног, стручног и практичног искуства и сазнања савремене медицинске науке, може постићи излечење пацијента или побољшање његовог здравственог стања. Хумани услови су испуњени ако је умирући у таквом психофизичком стању које је због физичких болова и психичких патњи постало неиздрживо у дужем периоду. Социјални услови су испуњени ако су због дуготрајнијег здравственог и психофизичког стања умирућег наступиле за ужу породицу, или особу која се стара о њему, тако



Сходно наведеном решењу у нацрту закона, испуњеност наведених услова цениће суд у ванпарничном поступку. Овај поступак би био хитан и поступало би трочлано судско веће састављено од једног судије професионалца и двоје судија поротника. По окончању поступка, суд може донети решење о одбијању захтева или о његовом прихватању уз одређење рока и начина остваривања овог права. Посебном одредбом овог закона је предвиђено да еутаназију „спроводи одређени тим лиценцираних јавних извршитеља медицинско-техничке струке, од којих један непосредно реализује прекид живота као професионалну тајну”.<sup>32</sup> Уколико би предложено решење било усвојено, у нашем праву би била дозвољена активна еутаназија која би се спроводила од стране стручњака медицинске струке, на основу одговарајуће судске одлуке. У свим осталим случајевима би и даље постојало кривично дело убиства из милосрђа, предвиђено Кривичним закоником. Док је легализација овог типа активне еутаназије у нашем праву и даље на нивоу предлога, по схватањима многих, пасивна еутаназија је већ дозвољена. Наиме, према схватањима одређених аутора (Вучинић, 2019: 25), с којима се слажемо, пасивна еутаназија је у нашем праву дозвољена, и то Законом о правима пацијената<sup>33</sup>. Одредбама овог закона предвиђено је да: „пацијент има право да слободно одлучује о свему што се тиче његовог живота и здравља, осим у случајевима када то директно угрожава живот и здравље других лица. Без пристанка пацијента не сме се, по правилу, над њим предузимати никаква медицинска мера”.<sup>34</sup> Међутим, овај закон даље превиђа да пацијент који је способан за расуђивање има право да предложену медицинску меру одбије, чак и у случају када се њоме спасава или одржава његов живот.<sup>35</sup>

## 5. Еутаназија као разлог недостојности за наслеђивање

Умишљајно убиство или покушај убиства представља универзално прихваћен разлог недостојности у упоредном законодавству. Тако члан 727 *Code civil*-а предвиђа да ће бити недостојан онај ко је осуђен због

---

тешке материјално-социјалне последице које знатно угрожавају њихову материјалну егзистенцију или будући социјални положај”. Приступљено 5. 6. 2020. <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/050619/050619-vest6.html>

32 Исто.

33 Закон о правима пацијената, *Сл. гласник РС*, 45/2013 и 25/2019-др. закон, у даљем тексту: ЗОПП

34 Чл. 15 ЗОПП-а

35 Чл. 17 ЗОПП-а

убиства или покушаја убиства оставиоца<sup>36</sup>, члан 2339 Немачког грађанског законика предвиђа да је лице недостојно за наслеђивање „ако је намерно и противправно убио или покушао да убије оставиоца...”<sup>37</sup>, члан 540 Швајцарског грађанског законика предвиђа да ће бити недостојан: „он или она ако је намерно и незаконито изазвао или покушао да изазове смрт особе која је сада оставилац”<sup>38</sup>, члан 4:3 Холандског грађанског законика предвиђа да је недостојно: „лице које је правноснажно осуђено за одузимање живота преминулог, за покушај убиства или припрему или учешће у таквом кривичном делу”<sup>39</sup>, члан 727 Белгијског грађанског законика предвиђа да је недостојан: „онај који је проглашен кривим зато што је као извршилац, саизвршилац или саучесник, према оставиоцу извршио дело које је довело до његове смрти како се наводи у члановима 376, 393–397, 401, 404 и 409, ст. 4 Кривичног законика, као и лице које је оглашено кривим за покушај извршења таквог дела”<sup>40</sup>. Кроз упоредни приказ видљиво је да у готово свим законодавствима, изузев Белгије, нема појашњења шта све потпада под овај разлог недостојности. Пре свега, да ли убиство из милосрђа улази у оквир умишљајног убиства или покушаја убиства као разлога недостојности за наслеђивање?

У државама у којима је активна еутаназија дозвољена, а то су Холандија, Белгија и Луксембург, она се спроводи само од стране лекара, уз поштовање строгих услова. У свим осталим случајевима, лишавање живота другог лица је кажњиво. Тако би кривично санкционисање наследника, представљало основ његове недостојности. Белгијски грађански законик, чак, приликом таксативног навођења разлога недостојности, у оквиру сваког наводи и одговарајуће чланове Кривичног законика на које се овај разлог односи.<sup>41</sup>

---

36 Code civil. Преузето 15. 6. 2020. [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006070721/2020-09-30/](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/2020-09-30/)

37 German Civil Code. Преузето 15. 6. 2020. [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/)

38 Swiss Civil Code. Преузето 15. 6. 2020. <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/index.html>

39 Dutch Civil Code. Преузето 15. 6. 2020. <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook044.htm>

40 Belgian Civil Code. Преузето 15. 6. 2020. [http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi\\_loi/loi\\_a1.pl?DETAIL=1804032132%2FF&caller=list&row\\_id=1&numero=5&rech=14&cn=1804032132&table\\_name=LOI&nm=1804032152&la=F&dt=CODE+CIVIL&language=fr&fr=f&choix1=ET&choix2=ET&fromtab=loi\\_all&trier=promulgation&chercher=t&sql=dt+contains+%27CODE%27%26+%27CIVIL%27and+actif+%3D+%27Y%27&tri=dd+AS+RANK+&imgcn.x=16&imgcn.y=9#LNK0005](http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?DETAIL=1804032132%2FF&caller=list&row_id=1&numero=5&rech=14&cn=1804032132&table_name=LOI&nm=1804032152&la=F&dt=CODE+CIVIL&language=fr&fr=f&choix1=ET&choix2=ET&fromtab=loi_all&trier=promulgation&chercher=t&sql=dt+contains+%27CODE%27%26+%27CIVIL%27and+actif+%3D+%27Y%27&tri=dd+AS+RANK+&imgcn.x=16&imgcn.y=9#LNK0005)

41 Art. 727. Belgian Civil Code. Преузето 20. 6. 2020. [http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi\\_loi/loi\\_a1.pl?DETAIL=1804032132%2FF&caller=list&row\\_id=1&numero=5&rech=14](http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?DETAIL=1804032132%2FF&caller=list&row_id=1&numero=5&rech=14)

Овакво решење представља позитиван пример који би требало да следе и остала законодавства, укључујући и српско. Таксативним навођењем чланова закона на које се поједини разлог недостојности односи, отклањају се бројне наведене недоумице и доприноси остварењу правне сигурности. С друге стране су оне државе, попут Швајцарске, које не санкционишу потпомогнуто самоубиство из несебичних разлога.<sup>42</sup> Уколико ову одредбу пренесемо на терен недостојности, наследник би из овог разлога био недостојан за наслеђивање. Наиме, његова одговорност би изостала само у случају непостојања „себичних мотива”. Међутим, убиством оставиоца, наследник стиче заоставштину раније у односу на природни ток ствари, што се најчешће има сматрати себичним мотивом.

У земљама попут Француске и Немачке које дозвољавају пасивну еутаназију, у погледу недостојности ситуација је другачија. Француска дозвољава прекид даљег лечења или уздржавање од истог, те тако дозвољава еутаназију спроведену само од стране лекара.<sup>43</sup> У свим осталим случајевима радило би се о кривичном делу, те би тако наследник који усмрти оставиоца, било својом пасивном или активном радњом, био недостојан за наслеђивање. Немачка пак нуди решење које нисмо уочили у осталим законодавствима. Наиме, лице које другом потпомогне извршење самоубиства, али та радња не спада у домен професионалне услуге, и који је или рођак или је близак особи која самоубиство извршава, неће бити кажњено.<sup>44</sup> У пракси ово значи да муж који помогне својој терминално болесној супрузи да умре неће бити процесуиран. На терену недостојности, наведено значи да наследник који помогне оставиоцу да изврши самоубиство и тако прекине физичке и душевне патње изазване тешким здравственим стањем бива достојан да га наследи.

У домаћој правној теорији, бројни аутори (Бабић, Стојановић)<sup>45</sup> еутаназију третирају као разлог недостојности за наслеђивање. Будући да, сходно позитивном кривичном законодавству, еутаназија представља кривично

---

&cn=1804032132&table\_name=LOI&nm=1804032152&la=F&dt=CODE+CIVIL&language=fr&fr=f&choix1=ET&choix2=ET&fromtab=loi\_all&trier=promulgation&chercher=t&sql=dt+contains++%27CODE%27%26+%27CIVIL%27and+actif+%3D+%27Y%27&tri=dd+AS+RA NK+&imgcn.x=16&imgcn.y=9#LNK0005

42 Art. 540. Swiss Civil Code. Преузето 15. 6. 2020. <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/index.html>

43 Art. 724. Code civil. Преузето 15. 6. 2020. [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006070721/2020-09-30/](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070721/2020-09-30/)

44 Section 2339, German Civil Code. Преузето 15. 6. 2020. [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/)

45 Вид. (Бабић, 1996: 11; Стојановић, 2011: 57).

дело за које је прописана одговарајућа кривична санкција, не чуди овакво схватање. Наиме, уколико наследник из самилости лиши живота оставиоца, биће недостојан за наслеђивање из разлога предвиђеног у члану 4 став 1 Закона о наслеђивању.<sup>46</sup> Међутим, уколико еутаназију посматрамо кроз решење дато у Преднацрту Грађанског законика, можемо доћи до нешто измењених закључака. Активна еутаназија предвиђена оваквим решењем може се спроводити само од стране лиценцираних јавних извршитеља медицинско-техничке струке. Оваквом законском одредбом наследници бивају у потпуности искључени као лица која би била укључена у процес извршења еутаназије, па се питање недостојности наследника у оваквом случају не би могло ни постављати (Станковић, 2009: 917). Међутим, како интенција твораца овог решења није била декриминализација еутаназије из Кривичног законика, решење да је наследник који из самилости лиши живота оставиоца недостојан за наслеђивање и даље је оправдано. Ипак, с обзиром да је реч о привилегованом облику убиства, које се извршава из посебних мотива саосећања, као друштвено прихватљивих мотива, не можемо занемарити ове околности. Наиме, у законодавству Пољске, иако предвиђено као кривично дело, „убиство из сажаљења“ не води нужно до изрицања кривичне санкције. У изузетним околностима суд може учиниоцу овог кривичног дела да ублажи прописану казну или да га чак у потпуности ослободи од казне. Постојање изузетних околности се цени у сваком конкретном случају (Јовашевић, 2020: 121). Уколико би се оваква могућност увела у наше право, као алтернатива кажњавању, суд би с обзиром на околности конкретног случаја одлучивао о изрицању кривичне санкције, односно њеном изостанку. Уколико би суд учиниоца огласио кривим и изрекао одговарајућу кривичну санкцију, правноснажна кривична пресуда везивала би оставински суд приликом утврђивања постојања разлога недостојности.<sup>47</sup> Међутим, сходно наведеном решењу, учињено убиство из самилости не би истовремено значило и постојање правноснажне осуђујуће пресуде. Тако би суд на основу околности конкретног случаја процењивао постојање овог разлога недостојности. Првенствено кроз утврђивање одсуства себичних мотива на страни наследника, односно постојање мотива саосећања као одлучујуће побуде за лишавање живота лица које се налази у тешком здравственом стању.

---

46 „Не може наследити на основу закона или завештања, нити стећи какву корист из завештања (недостојан је): 1) онај ко је умишљајно усмртио оставиоца, или је то покушао...“. Чл. 4, ст. 1 Закона о наслеђивању, *Сл. гласник РС*, 46/95, 101/2003 – одлука УСРС и 6/2015.

47 Исто је предвиђено и приликом одређивања разлога за искучење из наслеђа. Вид. Стојановић, 1996: 180.

## 6. Закључак

Недостојност као грађанскоправна казна се примењује само уколико постоје законом предвиђени разлози. Упоредноправни приказ предвиђених разлога недостојности указује на њихову нејасноћу и непрецизност. Првенствено у погледу умишљајног убиства или покушаја убиства оставиоца, који је универзално прихваћен. За наступање недостојности из овог разлога потребно је да буду испуњени одређени услови, првенствено да је реч о убиству или покушају убиства, убиство мора бити извршено са умишљајем, лице које је убијено мора бити оставилац, док лице које је убило или покушало да убије оставиоца мора бити наследник (Станковић, 2009: 895). На овај начин би био недостојан да наследи и онај наследник који би извршио, на пример, тешко убиство, убиство детета при порођају. Међутим, да ли се под овај разлог може подвести лишење живота из самилости? Кривични законик Републике Србије предвиђа да онај ко лиши живота друго лице из самилости због тешког здравственог стања у ком се то лице налази, а на његов изричит и озбиљан захтев, извршава кривично дело убиства. Правноснажна осуђујућа кривична пресуда због извршења овог кривичног дела представља основ за утврђење недостојности наследника. Наиме, наследник који из самилости лиши живота оставиоца, према позитивном српском праву бива недостојан за наслеђивање из разлога умишљајног убиства или покушаја убиства. Оваква одредба предмет је поновног преиспитивања у светлу предлога предвиђања права на достојанствену смрт унутар Преднацрта Грађанског законика. Преднацртом се право на достојанствену смрт регулише у оквиру права личности. Јасна је интенција законодавца да поред права на достојанствен живот предвиди и право на достојанствену смрт. Нацртом се дозвољава активна еутаназија, која би се спроводила уз испуњење строгих услова од стране посебно лиценцираних јавних извршитеља медицинско-техничке струке. Пасивна еутаназија остаје изван оквира овакве законске одредбе, иако је Законом о правима пацијената она дозвољена кроз право пацијента да одбије примену одређене медицинске мере или медицинске терапије чак и када се тиме угрожава његов живот. Уколико би активна еутаназија из Преднацрта била прихваћена, питање недостојности наследника се не би могло ни постављати, јер би се спровођење еутаназије налазило „само у рукама“ стручњака медицинско-техничке струке. Међутим, интенција законодавца није била декриминализација убиства из милосрђа. Сходно наведеном, наследник би и у случају постојања права на достојанствену смрт предвиђеног у Преднацрту и даље био недостојан за наслеђивање.

Разјашњење еутаназије као разлога недостојности можемо потражити у позитивним примерима из упоредног законодавства. Првенствено је

потребно адекватно дефинисање еутаназије и њених појавних облика, што је учињено на пример у холандском праву. Холандски закон о еутаназији под њом подразумева само активну еутаназију извршену од стране лекара, у свим осталим случајевима лишење живота другог лица без обзира на мотиве и постојање пристанка убијеног представља кривично дело убиства. Сходно наведеном решењу, наследници би били недостојни за наслеђивање без обзира на мотиве за лишење живота оставиоца. На сличним постулатима је базирано и предложено решење у Преднацрту Грађанског законика Републике Србије. Наиме, поменути предлог се не врши декриминализација еутаназије, већ се само стручњаци медицинске струке ослобађају одговорности. Предложено решење не доноси промене у погледу схватања еутаназије као разлога за недостојност наследника. Наследник који из самилости лиши живота оставиоца, и према Преднацрту, бива недостојан за наслеђивање. Међутим, уколико бисмо размотрили могућност увођења ослобађања од одговорности учиниоца, у одређеним околностима, како је то учињено у пољском праву, извршење овог кривичног дела не би нужно водило недостојности наследника. Непостојање правноснажне осуђујуће кривичне пресуде омогућава оставинском суду другачије одлучивање. Суд би посебно ценио постојање себичних мотива, потом мотива саосећања као друштвено прихватљивог мотива, здравствено стање и пристанак оштећеног.

Увођење могућности за ослобађање од одговорности учиниоца овог кривичног дела представља корак напред ка дозвољавању еутаназије, којем се наше друштво већ традиционално опире. Поменута алтернатива би изазвала промене и на терену недостојности. Лишење живота из самилости не би нужно водило недостојности за наслеђивање, већ би суд с обзиром на околности конкретног случаја утврђивао постојање овог разлога. На овај начин би се отворила могућност за остваривање права на достојанствену смрт, без негативних наследноправних последица по лице које је удовољило захтеву оштећеног.

Решење које би такође требало размотрити је оно о прецизирању разлога недостојности предвиђено у белгијском праву. Наиме, у белгијском грађанском законнику се приликом предвиђања умишљајног убиства или покушаја убиства наводе чланови Кривичног законика на које се овај разлог односи. Прихватањем оваквог решења отклониле би се недоумице и у погледу еутаназије као разлога недостојности за наслеђивање.

Под еутаназијом се у упоредном законодавству подразумева и асистирано самоубиство. Услед тога се морамо осврнути на решење немачког законодавца. Наиме, лице које другом потпомогне извршење

самоубиства, али та радња не спада у домен професионалне услуге, и који је или рођак или је близак особи која самоубиство извршава, неће бити кажњено. На терену недостојности, наведено значи да наследник који помогне оставиоцу да изврши самоубиство и тако прекине физичке и душевне патње изазване тешким здравственим стањем, бива достојан да га наследи. Интенција немачког законодавца била је да се спречи спровођење еутаназије као професионалне делатности, јер њему често недостаје елемент самилости који представља основни мотив за њено извршење. Међутим, овако радикално решење тешко да би могло да пронађе примену у нашем законодавству. Тако, предложена алтернатива може представљати прелазно решење ка декриминализацији еутаназије, једном када наше друштво на то буде спремно.

### Литература/References

Антић, Б. О. (1994). *Наследно право*, Београд, Народна књига.

Бабић, И. (1996). *Коментар Закона о наслеђивању Републике Србије и Закон о насљеђивању Републике Црне Горе с објашњењима*, Београд, Службени лист Савезне Републике Југославије.

Вучинић, Д. (2019). Еутаназија данас: химера прошлости – хидра будућности, *Правни живот*, (7–8), стр. 21–41.

Ђурђевић, Б. Д. (2010). *Институције наследног права*, Београд, ЈП Службени гласник.

Живковић, М. (2015). Право на живот и еутаназија, *ПРАВО – теорија и пракса*, 32(4–6), стр. 50–60.

Јовашевић, Д. (2020). Убиство из милосрђа у савременом кривичном праву, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, 59(87), стр. 109–126.

Ковачевић, М. (2016). Недостојност за наслеђивање, *Двадесет година Закона о наслеђивању Републике Србије*, стр. 65–82.

Костић, М. (2009). Европски систем регулисања еутаназије, *Право и политика Европске уније*, Београд, Центар за унапређивање правних студија, стр. 187–208.

Митровић, Д., Ђирић, Д., Милетић, Е., Богословић, М., Младеновић, М., Ђорђевић, М. (2015). Лапот у књижевним делима и на филмском платну, *Зајечар, Гласило Подружнице Спског лекарског друштва*, 40(2), стр. 111–112.

Станковић, М. (2009). Умишљајно убиство или покушај убиства оставиоца као основ недостојности за наслеђивање, *Правни живот*, (11), стр. 887–922.

- Стојановић, Н. (2011). *Наследно право*, Ниш, Правни факултет у Нишу.
- Стојановић, Н. (1996). Искучење из наслеђа по новом Закону о наслеђивању Републике Србије, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, стр. 173–186.
- Turković, K., Roksandić Vidlička, S., Maršavelski, A. (2010). Eutanazija i potpomognuto samoubojstvo – etičke dileme kriminalne politike, Zagreb, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 17 (1), стр. 223–246.
- Закон о наслеђивању, *Службени гласник РС*, Бр. 46 (1995), 101 (2003) – одлука УСРС и 6 (2015).
- 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 правима пацијената, *Сл. гласник РС*, Бр. 45 (2013) и 25(2019)-др. закон.
- Преднацрт Грађанског законика, Влада Републике Србије, Београд, 2019.
- Zakon XII tablica (Leges duodecim tabularum). Преузето 15. 5. 2020. [https://www.harmonius.org/sr/pravni-izvori/pravo-eu/privatno-pravo/Zakon\\_12\\_tablica%20.pdf](https://www.harmonius.org/sr/pravni-izvori/pravo-eu/privatno-pravo/Zakon_12_tablica%20.pdf)
- French Civil code. Преузето 25. 4. 2020. [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section\\_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006165513/#LEGIARTI000006430775](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006165513/#LEGIARTI000006430775)
- German Civil Code in the version promulgated on 2 January (Federal Law Gazette Bundesgesetzblatt) I page 42, 2909; 2003 I page 738, last amended by Article 4 para. 5 of the Act of 1 October 2013 (Federal Law Gazette I page 3719). Преузето 26. 4. 2020. [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#p6923](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p6923)
- Swiss Civil Code of 10 December 1907. Преузето 1. 5. 2020. <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/index.html>
- Dutch Civil Code, Book 4, 1 January 2003. Преузето 1. 5. 2020. <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook044.htm>
- Belgian Civil Code. Преузето 1. 5. 2020. [http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi\\_loi/loi\\_a1.pl?DETAIL=1804032132%2FF&caller=list&row\\_id=1&numero=5&rech=14&cn=1804032132&table\\_name=LOI&nm=1804032152&la=F&dt=CODE+CIVIL&language=fr&fr=f&choix1=ET&choix2=ET&fromtab=loi\\_all&trier=promulgation&chercher=t&sql=dt+contains+++%27CODE%27%26+%27CIVIL%27and+actif+%3D+%27Y%27&tri=dd+AS+RANK+&imgcn.x=16&imgcn.y=9#LNK0005](http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?DETAIL=1804032132%2FF&caller=list&row_id=1&numero=5&rech=14&cn=1804032132&table_name=LOI&nm=1804032152&la=F&dt=CODE+CIVIL&language=fr&fr=f&choix1=ET&choix2=ET&fromtab=loi_all&trier=promulgation&chercher=t&sql=dt+contains+++%27CODE%27%26+%27CIVIL%27and+actif+%3D+%27Y%27&tri=dd+AS+RANK+&imgcn.x=16&imgcn.y=9#LNK0005)



Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review) Act, 1 April 2002. Преузето 20. 5. 2020. <https://www.worldrtd.net/dutch-law-termination-life-request-and-assisted-suicide-complete-text>

The Termination of Life on Request and Assisted Suicide (Review Procedures) Act in practice, Netherlands Ministry of Foreign Affairs. Преузето 20. 5. 2020. [http://www.patientsrightscouncil.org/site/wp-content/uploads/2012/03/Netherlands\\_Ministry\\_of\\_Justice\\_FAQ\\_Euthanasia\\_2010.pdf](http://www.patientsrightscouncil.org/site/wp-content/uploads/2012/03/Netherlands_Ministry_of_Justice_FAQ_Euthanasia_2010.pdf)

Netherlands Civil Code, 3 March 1881. Преузето 20. 5. 2020. [https://www.legislationline.org/download/id/6415/file/Netherlands\\_CC\\_am2012\\_en.pdf](https://www.legislationline.org/download/id/6415/file/Netherlands_CC_am2012_en.pdf)

The Belgian Act on Euthanasia of May, 28th 2002. Преузето 18. 5. 2020. <https://apmonline.org/wp-content/uploads/2019/01/belgium-act-on-euthanasia.pdf>

Swiss Criminal Code of 21 December 1937. Преузето 20. 5. 2020. <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/index.html>

Dignitas, To live with dignity, To die with dignity, Legal Basis. Преузето 25. 5. 2020. [http://www.dignitas.ch/index.php?option=com\\_content&view=article&id=12&Itemid=53&lang=en](http://www.dignitas.ch/index.php?option=com_content&view=article&id=12&Itemid=53&lang=en)

German Criminal Code (Strafgesetzbuch- StGB). Преузето 30. 5. 2020. [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_stgb/](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/)

Law No. 2005-370 of April 22, 2005 on the rights patients and the end of life (1). Преузето 2. 6. 2020. <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000446240?r=VQU98RM6Vx>

Нацрт Закона о праву на достојанствену смрт. Преузето 10. 4. 2020. <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/050619/050619-vest6.html>

Тодосијевић, Л. *Еутаназија у Преднацрту Грађанског законика Републике Србије*. Преузето 20. 4. 2020. <http://ipf.rs/eutanazija-u-prednacrtu-gradanskog-zakonika-republike-srbije/>

**Jovana Milović,**  
*Teaching Assistant,  
Faculty of Law, University of Priština,  
Temporary Head Office in Kosovska Mitrovica*

## **EUTHANASIA AS A REASON FOR UNWORTHINESS TO INHERIT**

### **Summary**

*The provision on the right to a dignified death proposed in the Preliminary Draft Civil Code of the Republic of Serbia has again actualized the discussions on the legalization of euthanasia. Within the framework of inheritance legislation, there are discussions regarding the place of euthanasia among the reasons for unworthiness to inherit. In most legislations, euthanasia is still a criminal offense and, on that basis, the reason for unworthiness to inherit. In the legal systems where euthanasia is allowed, this procedure is completely performed by a doctor. Heirs are not involved in the procedure. Accordingly, euthanasia is not mentioned as a reason for unworthiness of the heir to inherit. The legal solution proposed in the Preliminary Draft of the Civil Code of the Republic of Serbia was discussed in general terms and left for further debate. By the time the proposed solution is adopted in this or a slightly modified form, active euthanasia will be the reason for unworthiness to inherit, while passive euthanasia could be discussed within some other legally prescribed reasons for unworthiness.*

**Keywords:** *euthanasia, mercy killing, heir, unworthiness to inherit, premeditated murder.*

## ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ (M51)

### УПУТСТВО АУТОРИМА

<b>Опште напомене</b>	Рукопис рада компјутерски обрадити коришћењем програма <i>Word</i> , у фонту <i>Times New Roman</i> ћирилица (Serbian-Cyrillic), (осим оригиналних латиничних навода), <b>величина фонта 12 pt</b> , размак између редова 1,5. <b>Формат странице треба да буде А4.</b>
<b>Обим рада</b>	Један ауторски табак - рад не треба да има више од <b>40.000</b> карактера, односно 6.000 карактера када се ради о приказима, укључујући размаке.
<b>Језик и писмо</b>	Језици на којима се могу објављивати радови су српски, енглески, руски, француски и немачки.
<b>Наслов рада</b>	<b>Наслов рада</b> куцати величином фонта <b>14 pt, bold</b> , Times New Roman <b>Наслов рада приложити и на енглеском језику.</b>
<b>Аутор(и)</b>	Не унесите име(на) аутора у текст рада да би се обезбедила анонимност рецензирања. Подаци о аутору(има) биће доступни редакцији преко Асистент програма.
<b>Подаци о пројекту или програму*</b>	На дну прве странице текста, треба навести у фусноти следеће: Назив и број пројекта, назив програма, назив институције која финансира пројекат.
<b>Подаци о усменом саопштењу рада*</b>	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).
<b>Апстракт</b>	Апстракт садржи 100-250 речи.
<b>Кључне речи</b>	Не више од 10 кључних речи на српском и енглеском језику (Key words).
<b>Напомена о анонимности</b>	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).
<b>Структура текста</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Увод</li> <li>2. Поднаслов 1             <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1. Поднаслов 2                 <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1.1. Поднаслов 3</li> </ol> </li> </ol> </li> <li>3. Поднаслов 2</li> <li>4. Закључак</li> </ol> <p>Наслови и поднаслови пишу се фонтом 12 pt, <b>bold</b>.</p>
<b>Литература (References)</b>	Пише се након текста, као посебна секција. Поређати све јединице азбучним редом по презимену аутора, а код истога аутора, по години издавања (од најновије до најстарије). Молимо ауторе да искључе команду numbering, тј. без бројева испред. (Погледати табелу на крају упутства).
<b>Резиме (Summary)</b>	Пише се на крају текста после Литературе, дужине до 2 000 карактера (укључујући размаке), на српском и енглеском језику.
<b>Табеле, графикони, слике</b>	Табеле урадити у Wordu или Excelu. Фотографије, графикони или слике доставити у формату jpg.
<b>Ауторска права</b>	Аутори радова потписују сагласност за пренос ауторских права.
<b>Достављања радова</b>	Радови се предају путем онлајн система за електронско уређивање АСИСТЕНТ, <a href="http://asestant.ceon.rs/index.php/zrpf/index">http://asestant.ceon.rs/index.php/zrpf/index</a>

\* 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>Општа 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.	<b>Прво цитирање у тексту:</b> (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) <b>Наредно цитирање у тексту:</b> (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. (Priř.). <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.	<b>Фус нота:</b> 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.	<b>Фус нота:</b> 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. <a href="http://www.gutenberg.org/etext/2530">http://www.gutenberg.org/etext/2530</a> или European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 24.5.2007. <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>	<b>Навођење у тексту:</b> (Wallace, 2001)  <b>Фус нота:</b> European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 24.5.2007. <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>

## ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU (M51)

### UPUTSTVO AUTORIMA

<b>Opšte napomene</b>	Rukopis rada kompjuterski obraditi korišćenjem programa <i>Word</i> , u fontu <i>Times New Roman</i> ćirilica (Serbian-Cyrillic), (osim originalnih latinićnih navoda), <b>veličina fonta 12 pt</b> , razmak između redova 1,5. Format stranice treba da bude <b>A4</b> .
<b>Obim rada</b>	Jedan autorski tabak – rad ne treba da ima više od <b>40.000 karaktera</b> , odnosno 6.000 karaktera kada se radi o prikazima, uključujući razmake.
<b>Jezik i pismo</b>	Jezici na kojima se mogu objavljivati radovi su srpski, engleski, ruski, francuski i nemaćki.
<b>Naslov rada</b>	<b>Naslov rada</b> kucati veličinom fonta <b>14 pt, bold</b> , Times New Roman Naslov rada priloži i na engleskom jeziku.
<b>Autor(i)</b>	Ne unositi ime(na) autora u tekst rada da bi se obezbedila anonimnost recenziranja. Podaci o autoru(ima) biće dostupni redakciji preko Asistent programa.
<b>Podaci o projektu ili programu*</b>	Na dnu prve stranice teksta, treba navesti u fusnoti sledeće: Naziv i broj projekta, naziv programa, naziv institucije koja finansira projekat.
<b>Podaci o usmenom saopštenju rada*</b>	Ako je rad bio izložen na naućnom skupu u vidu usmenog saopštenja pod istim ili sličnim nazivom, podatak o tome treba navesti u okviru posebne napomene na dnu prve strane teksta (fusnota).
<b>Apstrakt</b>	Apstrakt sadrži 100-250 reći.
<b>Ključne reći</b>	Ne više od 10 ključnih reći na srpskom i engleskom jeziku (Key words).
<b>Napomena o anonimnosti</b>	U tekstu se ne smeju koristiti izrazi koji upućuju ili otkrivaju identitet autora (npr. „o tome videti u našem radu...“ ili „...moj rad pod nazivom ...“ i slično).
<b>Struktura teksta</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Uvod</li> <li>2. Podnaslov 1 <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1. Podnaslov 2 <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1.1. Podnaslov 3</li> </ol> </li> </ol> </li> <li>3. Podnaslov 2</li> <li>4. Zaključak</li> </ol> <p>Naslovi i podnaslovi pišu se fontom 12 pt, <b>bold</b>.</p>
<b>Literatura (References)</b>	Piše se nakon teksta, kao posebna sekcija. Poredati sve jedinice azbućnim redom po prezimenu autora, a kod istog autora, po godini izdavanja (od najnovije do najstarije). Molimo autore da iskljuće komandu numbering, tj. bez brojeva ispred. (Pogledati tabelu na kraju uputstva).
<b>Rezime (Summary)</b>	Piše se na kraju teksta posle Literature, dućine do 2 000 karaktera (uključujući razmake), na srpskom i engleskom jeziku.
<b>Tabele, grafikoni, slike</b>	Tabele uraditi u Wordu ili Excelu. Fotografije, grafikoni ili slike dostaviti u formatu jpg.
<b>Autorska prava</b>	Autori radova potpisuju saglasnost za prenos autorskih prava.
<b>Dostava radova</b>	Radovi se predaju putem onlajn sistema za elektronsko uređivanje ASISTENT, <a href="http://asecstant.ceon.rs/index.php/zrpfm/index">http://asecstant.ceon.rs/index.php/zrpfm/index</a>

\* Ovi podaci unose se samo u slućaju da rad ispunjava navedene uslove (projekat ili saopštenje)

## UPUTSTVO ZA CITIRANJE LITERATURE

Navođenje citata treba uraditi **u tekstu**, kao što je navedeno u uputstvu. **Fus note** koristiti samo kada je neophodno pružiti dodatno objašnjenje ili propratni komentar, kao i u slučaju pozivanja na normativni akt, službena glasila i odluke sudova.

**Citati i pozivi na literaturu u tekstu i lista bibliografskih jedinica na kraju teksta moraju se u potpunosti slagati.** Svaki citat iz teksta i poziv na literaturu mora da se nađe na listi bibliografskih jedinica, odnosno, svaka bibliografska jedinica navedena u literaturi mora da se nađe u tekstu. Poziv na bibliografske jedinice navodi se u originalnom pismu, bez prevođenja.

Vrsta rada	Reference – literatura	Citiranje u tekstu
Knjiga, 1 autor	Kelzen, H. (2010). <i>Opšta teorija prava i države</i> . Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu	(Kelzen, 2010: 56)
Knjiga, Više autora	Dimitrijević, V., Popović, D., Papić, T., Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Beograd: Beogradski centar za ljudska prava	<b>Prvo citiranje u tekstu:</b> (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) <b>Naredno citiranje u tekstu:</b> (Dimitrijević et al., 2007: 200)
Kolektivno autorstvo	<i>Oxford essential world atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press	(Oxford, 1996: 245)
Rad ili deo knjige koja ima priređivača	Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U V.Pavlović i S.Orlović (Prir.), <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> (str. 279-289). Beograd: Konrad Adenauer Stiftung	(Nolte, 2007: 280)
Članak u časopisu	Marković, R. (2006). Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled. <i>Analiz Pravnog fakulteta u Beogradu</i> . 2(LIV). 5-46	(Marković, 2006: 36)
Enciklopedija	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha	(Pittau, 1983: 3)
Institucija kao autor	Republički zavod za statistiku. <i>Mesečni statistički bilten</i> . Br. 11 (2011)	(Republički zavod za statistiku, 2011)
Propisi	Zakon o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja. <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 62 (2004)	<b>Fus nota:</b> Čl. 12. Zakona o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja, <i>Sl. glasnik RS</i> , 62/04
Sudske odluke	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 ili <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002, <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 57 (2003)	<b>Fus nota:</b> Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002
Elektronski izvori	Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15, November 2005, from <a href="http://www.gutenberg.org/etext/2530">http://www.gutenberg.org/etext/2530</a> ili European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24, May 2007, from <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>	<b>Navođenje u tekstu:</b> (Wallace, 2001)  <b>Fus nota:</b> European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24, May 2007, from <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>

## Collection of Papers, Faculty of Law, Niš (M51)

### GUIDELINES FOR AUTHORS

<b>General notes</b>	The paper shall be processed in <i>MS Word (doc.)</i> format: paper size A4; font <b>Times New Roman (Serbian-Cyrillic)</b> , except for papers originally written in <i>Latin</i> script; font size 12 pt; line spacing 1,5.
<b>Paper length</b>	The paper shall not exceed 16 pages. An <b>article</b> shall not exceed 40.000 characters (including spaces). A <b>review</b> shall not exceed 6.000 characters (including spaces).
<b>Language and script</b>	Papers may be written in Serbian, English, Russian, French and German.
<b>Paper Title</b>	<b>The paper title</b> shall be formatted in font <b>Times New Roman</b> , font size <b>14 pt, bold</b> . The title shall be submitted in English as well.
<b>Author(s)</b>	After the title, the paper shall include the name and surname of the author(s), the name and full address of the institution affiliation, and a contact e-mail address (font size 12 pt). The data on the author(s), academic title(s) and rank(s), and the institution shall be provided in English as well.
<b>Data on the project or program*(optional)</b>	In the footnote at the bottom of the first page of the text shall include: the project/program title and the project number, the project title, the name of the institution financially supporting the project.
<b>Data on the oral presentation of the paper*(optional)</b>	In case the paper has already been presented under the same or similar title in the form of a report at a prior scientific conference, authors are obliged to enter a relevant notification in a separate footnote at the bottom of the first page of the paper.
<b>Abstract</b>	The abstract shall comprise 100 - 250 words at the most
<b>Key words</b>	The list of key words following the abstract shall not exceed 10 key words. The key words shall be submitted in both Serbian and English.
<b>Text structure</b>	<ol style="list-style-type: none"> <li>1. Introduction</li> <li>2. Chapter 1             <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1. Section 2                 <ol style="list-style-type: none"> <li>2.1.1. Subsection 3</li> </ol> </li> </ol> </li> <li>3. Chapter 2</li> <li>4. Conclusion</li> </ol> <p>All headings (Chapters) and subheadings (Sections and Subsections) shall be in <i>Times New Roman</i>, font 12 pt, <b>bold</b>.</p>
<b>References</b>	At the end of the submitted text, the author(s) shall provide a list of References. All entries shall be listed in alphabetical order by author's surname, and each entry shall include the source and the year of publication. When referring to the same author, include the year of publication (from the most recently dated backwards). Please, see the table at the end of the <b>Guidelines for Authors</b> .
<b>Summary</b>	The summary shall be included at the end of the text, after the References. The summary shall not exceed 2.000 characters (including spaces) and it shall be submitted in both Serbian and English.
<b>Tables, graphs, figures</b>	Tables shall be prepared in <i>MS Word</i> or in <i>Excell</i> . Photos, graphs or figures shall be in <b>jpg</b> . format.
<b>Copyright</b>	The authors are obliged to sign a written consent on the transfer of copyright. The Author's Statement may be downloaded .
<b>Paper submission</b>	The papers shall be submitted in electronic format (as an <b>attachment</b> ) to the following address: <b>zbornik@prafak.ni.ac.rs</b>

\* The data shall be included only if the paper is subject to such circumstances.

## CITATION GUIDELINES

The citations should be included in the text, in line with the guidelines provided below. Footnotes shall be used only for additional explanation or commentary and for referring to the specific normative act, official journals, and court decisions.

In-text citations and reference entries shall fully comply with the list of bibliographic units in the References, provided at the end of the paper. Each in-text citation and reference entry shall be clearly cross-referenced in the list of bibliographic units and, vice versa, each bibliographic unit shall be entered in the text of the submitted paper. The referential sources shall be cited in the language and script of the original work (without providing an English translation).

Type of work	References	In-text citation
Book (a single author)	Jones, C. P. (1994). <i>Investments: Analysis and Management</i> . New York: John Wiley& Sons. Ltd.	(Jones, 1994: 123)
Book (a number of authors)	Osterrieder, H., Bahloul, H., Wright, G., Shafner, K., Mozur, M. (2006). <i>Joining Forces and Resources for Sustainable Development Cooperation among Municipalities – A Guide for Practitioners</i> . Bratislava: UNDP	<b>First in-text citation:</b> (Osterrieder, Bahloul, Wright, Shafner, Mozur, 2006: 31) <b>A subsequent in-text citation:</b> (Osterrieder et al., 2006: 45)
Joint authorship (a group of authors)	<i>Oxford Essential World Atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press	(Oxford, 1996: 245)
An article or a chapter in a book with an editor	Scot, C., del Busto, E. (2009). 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)	<b>Footnote: Article</b> 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 IV-197/2002. <i>Official Gazette RS</i> . No. 57 (2003)	<b>Footnote:</b> Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 or Constitutional Court decision IV-197/2002
Online sources	Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15 November 2005, from <a href="http://www.gutenberg.org/etext/2530">http://www.gutenberg.org/etext/2530</a> ; or European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>	<b>In-text citation:</b> (Wallace, 2001)  <b>Footnote:</b> European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from <a href="http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp">http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp</a>