ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У НОВОМ САДУ

ЗБОРНИК РАДОВА

За издавача
Проф. др Бранислав Ристивојевић
декан Правног факултета у Новом Саду

Управник Центра за издавачку делатност
Проф. др Љубомир Стајић

Главни и одговорни уредник
Проф. др Слободан Орловић

Зборник радова Правног факултета у Новом Саду налази се у *HeinOnline* бази: *International & Non-U. S. Law Journals* (http://www. heinonline. org).

Зборник радова (свеске од 2007. године) под називом *Proceedings of Novi Sad Faculty of Law* доступан је у *EBSCO* бази *Academic Search Complete* (http://www. ebscohost. com).

Зборник радова (свеске од 2005. године) доступан је на веб сајту Правног факултета у Новом Саду (http://www. pf.uns.ac.rs).

Зборник излази непрекидно од 1966. године
Од 2012. године Зборник излази четири пута годишње.

Цена једне свеске Зборника је 5.000 динара.

УНИВЕРЗИТЕТ У НОВОМ САДУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ У НОВОМ САДУ
UNIVERSITY OF NOVI SAD
FACULTY OF LAW NOVI SAD
(SERBIA)

ЗБОРНИК РАДОВА
COLLECTED PAPERS

LII 2 (2018)

НОВИ САД, 2018.

ЗРПФНС, година LII Нови Сад, бр. 2 (2018)

УДК 3 ISSN 0550-2179 eISSN 2406-1255

САДРЖАЈ

Др Драган Л. Милков, редовни професор
Настанак и развој институције омбудсмана 431

Др Маја Д. Станивуковић, редовни професор
Јавност и тајност арбитраже 449

Др Снежана С. Бркић, редовни професор
Поступак за изрицање мера безбедности обавезног психијатријског лечења и његов однос према општем и скраћеном кривичном поступку 477

Др Сања В. Ђајић, редовни професор
Случај Ахмеа – пример тумачења међународних уговора, сукоба међународних судова и фрагментације међународног права 491

Др Горан Б. Милошевић, редовни професор
Др Љубомир С. Стајић, редовни професор
Индикатори економске безбедности – осврт на Републику Србију 511

Др Татјана Д. Бугарски, редовни професор
Др Бојан Н. Тубић, доцент
Др Милана М. Писарић, асистент са докторатом
Повреда прописа Европске уније о заштити животне средине II 535

Др Бранислав Р. Ристивојевић, редовни професор
Др Стефан С. Самарџић, асистент са докторатом
Када здравствена постане криминална политика: обавезна вакцинација пред Уставним судом РС (II део) 547

Др Гордана М. Дракић, ванредни професор
Др Маша М. Кулаузов, ванредни професор
Др Урош Н. Станковић, асистент са докторатом
Деца у Кнежевини Србији у доба уставобранитеља – законодавство и сличице стварности 561

Др Сандра С. Фишер Шобот, ванредни професор
Др Владимир Ж. Марјански, ванредни професор
Др Зоран В. Арсић, редовни професор
Др Драго Љ. Дивљак, редовни професор
Протокол о грађанскоправној одговорности за штету и накнади штете узроковане прекограничним ефектима индустријских удеса на прекограничним водама 577

Др Дарко Т. Димовски, ванредни професор
Др Иван Д. Милић, асистент
Међународно и унутрашње уређење рада осуђеника у казненим заводима . . . 595

Др Звездан М. Ђурић, ванредни професор
Др Ивана М. Ерић, професор струковних студија
Утицај сексуалног злостављања на пословне резултате предузећа у Србији. Правно – бихејвиорални аспекти 609

Др Љубинка М. Катић, доцент
Др Светлана С. Станаревић, ванредни професор
Др Жељко А. Бралић, ванредни професор
Евалуација у образовању: покушаји и дилеме 621

Др Марко Б. Димитријевић, доцент
Др Срђан С. Голубовић, редовни професор
Решавање међународних монетарних спорова: алтернативни механизми 639

Др Лука О. Батуран, асистент са докторатом
Странци и пољопривредно земљиште 651

Слобода Д. Мидоровић, асистент
Грађанскоправни режим података који настају употребом паметних уређаја . 663

Бојана Д. Ристић, сарадник у настави
Улога клаузуле јавног поретка код уговора са међународним елементом 681

ОДЕЉАК ЗА ИНОСТРАНЕ АУТОРЕ

Др Нора И. Јакаб, ванредни професор
Значај принципа аутономије воље субјеката радног односа у радном праву . . 699

Др Мартон Лео Закарија, адјункт
Границе права на рад у контексту пресуде Суда правде Европске уније у предмету *Fries v Lufthansa CityLine GmbH* 715

Др Мате Јулес, научни истраживач
Уставно право на здравље у Мађарској 729

ОДЕЉАК ЗА СТУДЕНТЕ

Мр Гордана Н. Прерадовић, студент докторских студија
Међународноправна одговорност држава за климатске промјене 749

Катарина С. Живановић, студент докторских студија
Ограничење слободе кретања осумњиченог у предистражном поступку 775

Милош Б. Секулић, студент докторских студија
Развојни ризици – одређење у праву Европске уније и оправданост имплементације у српско право 799

TABLE OF CONTENTS

Dragan L. Milkov, Ph.D., Full Professor
The Arise and Development of the Ombudsman Institution 431

Maja D. Stanivuković, Ph.D., Full Professor
Confidentiality and Transparency in International Arbitration 449

Snežana S. Brkić, Ph.D., Full Professor
The Procedure for Imposing Security Measures of Compulsory Psychiatric Treatment and Relation to the General and Simplified Criminal Procedure 477

Sanja V. Đajić, Ph.D., Full Professor
The *Achmea* Cases – Story on Treaty Interpretation, Forum Competition and International Law Fragmentation 491

Goran B. Milošević, Ph.D., Full Professor
Ljubomir S. Stajić, Ph.D., Full Professor
Economic Security Indicators – The Environment to the Republic of Serbia 511

Tatjana D. Bugarski, Ph.D., Full Professor
Bojan N. Tubić, Ph.D., Assistant Professor
Milana M. Pisarić, Assistant with Ph.D.
The Infringement Procedure regarding Law on Environmental Protection of European Union II 535

Branislav R. Ristivojević, Ph.D., Full Professor
Stefan S. Samardžić, Assistant with Ph.D.
When Healthcare becomes Criminal Policy: Vaccination before the Constitutional Court of Serbia (II Part) 547

Gordana M. Drakić, Ph.D., Associate Professor
Maša M. Kulauzov, Ph.D., Associate Professor
Uroš N. Stanković, Assistant with Ph.D.
Children in the Principality of Serbia during the Reign of the Defenders of the Constitution – Legislation and Small Images of Reality 561

Sandra S. Fišer Šobot, Ph.D., Associate Professor
Vladimir Ž. Marjanski, Ph.D., Associate Professor
Zoran V. Arsić, Ph.D., Full Professor
Drago Lj. Divljak, Ph.D., Full Professor
Protocol on Civil Liability and Compensation for Damage Caused by the Transboundary Effects of Industrial Accidents on Transboundary Waters 577

Darko T. Dimovski, Ph.D., Associate Professor
Ivan D. Milić, Ph.D., Assistant
International and Interior Regulatin of Convicts Work in Penal Institutions 595

Zvezdan M. Đurić, Ph.D., Associate Professor
Ivana M. Erić, Ph.D., Professor of Applied Studies
The Influence of Sexual Harassment on Business Results of Enterprises in Serbia the Legal – Behavioral Aspects 609

Ljubinka M. Katić, Ph.D., Assistant Professor
Svetlana S. Stanarević, Ph.D., Associate Professor
Željko A. Bralić, Ph.D., Associate Professor
Evaluation in Education: Trials and Dilemmas 621

Marko B. Dimitrijević, Ph.D., Assistant Professor
Srđan S. Golubović, Ph.D., Full Professor
Resolving International Monetary Disputes: The Alternative Mechanisms 639

Luka O. Baturan, Assistant with Ph.D.
Foreigners and Agricultural Land: Answers on some Questions Raised in the Book "Family Farms at the Crossroads: challenges and opportunities in biological, economic and social farm reproduction" 651

Sloboda D. Midorović, Assistant
Civil Law Regime of Data Generated by the Use of Smart Devices 663

Bojana D. Ristić, Teaching Assistant
The Role of Public Policy Reservation in International Contracts 681

SECTION FOR FOREIGN AUTHORS

Nóra I. Jakab, Ph.D., Associate Professor
The Importance of Individual Self-Governance in Labour Law 699

Márton Leó Zaccaria, Ph.D., Senior Lecturer
Lawful Limitation of the Right to Work in the Context of the Fries Judgment of the Court of Justice of the European Union 715

Máté Julesz, Ph.D., Scientific Researcher
The Constitutional Right to Health in Hungary 729

SECTION FOR STUDENTS

Gordana N. Preradović, LL.M., Ph.D. Student
The International Legal Responsibility of States for Climate Change 749

Katarina S. Živanović, Ph.D. Student
Limitation of the Freedom of Movement of a Suspect in a Preliminary Criminal Procedure 775

Miloš B. Sekulić, Ph.D. Student
Development Risks – Definition under European Union Law and Justification for Implementation in Serbian Law 799

Оригинални научни рад 351.941
doi:10.5937/zrpfns52-18834

Др Драган Л. Милков, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
d.milkov@pf.uns.ac.rs

НАСТАНАК И РАЗВОЈ ИНСТИТУЦИЈЕ ОМБУДСМАНА

***Сажетак**: Институција омбудсман је настала случајно због немогућности шведског краља Карла XII да се врати у домовину због војног пораза код Полтаве. Стога је у Шведској поставио свог повереника који се на шведском језику каже „омбудсман“. То значи да омбудсман није настао као инструмент за заштиту људских права. Скоро је сигурно да институција под овим именом не би постојала да није било ових догађаја. Заштита људских права је додата овој институцији тек знатно касније и то углавном у земљама тзв. нове демократије.*

Стварање омбудсмана у другим земљама је уследило веома споро. Прошло је више од сто година док ову институцију није створила друга земља – Финска. Међутим, до праве експанзије омбудсмана је дошло тек након стварања данског омбудсмана 1953 године. Од тада па до данас стално се повећава број земаља које имају омбудсмана. Данас се може рећи да омбудсман представља стандардну и неопходну демократску институцију, присутну у великој већини држава.

***Кључне речи:** контрола управе, парламентарна контрола управе, омбудсман, настанак омбудсмана, развој омбудсмана.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

За разлику од периода од пре двадесетак година, када се о институцији омбудсмана веома мало знало, данас је ситуација сасвим другачија. Ова институција није више тајна у научним и стручним круговима. Међутим, још увек има доста детаља који су стручној јавности непознати, а о којима ће у овом тексту бити речи. Посебно се то односи на објашњење самог настанка институције омбудсмана, на разлоге који су довели до њеног стварања.

С друге стране, потребно је објаснити и околности које су довеле до ширења ове институције по читавом свету. Фактографски подаци везани за институцију омбудсмана су углавном познати стручној јавности, али не и објашњења многих догађаја везаних за њено ширење по свету.

Често се мисли да је институција омбудсмана настала као инструмент за заштиту људских права. Међутим, то није тачно. Ова улога омбудсмана настаје тек у другој половини двадесетог века, при чему та димензија ни данас није изражена у многим земљама које су увеле у свој правни систем институцију омбудсмана. Проширење овлашћења омбудсмана и на заштиту људских права везује се углавном за одређене земље, земље тзв. нове демократије. За разлику од других државних органа, чија почетна улога је задржана све до данас, то није случај и са омбудсманом. Парламент се по дефиницији везује за стварање правног поретка, доношење општих правила, као што се подразумева улога судова да решавају спорне правне ситуације и намећу санкције за друштвено опасна дела. Међутим, омбудсман није створен са циљем да штити људска права, већ му је та улога тек касније и не свуда придодата. Омбудсман је настао због специфичних околности и потреба везаних за историјски развој Шведске и тек дуготрајан развој је довео до данашње улоге омбудсмана.

2. КАКО ЈЕ ПОЧЕЛО? НАСТАНАК ИНСТИТУЦИЈЕ ОМБУДСМАНА

Често се у историји догађало да се нешто догоди сасвим случајно, а да му се касније придаје сасвим другачије значење. То је случај и са институцијом омбудсмана.

У стручној литератури се могу пронаћи различити покушаји објашњења настанка институције омбудсмана. Тако неки аутори траже корене институције омбудсмана у Кини, у старом Риму, а има и оних који сматрају да је омбудсман исламског порекла.[1] Међутим, осим што нека од ових објашњења имају привид научног тражења корена институције омбудсмана, ниједно од њих не може се бранити научним аргументима. Неспорно је да данашњу институцију омбудсмана можемо упоређивати са неким другим институцијама које одавно постоје, али је нетачно да су оне представљале било какав узор за стварање омбудсмана. Могуће је да су творци шведског

[1] Виктор Пикл (Victor Pickl) сматра да је претеча институције омбудсмана исламски „Мохтасиб“. Његова улога је по исламском праву била да представља појединце као тужиоце у одређеним судским предметима (Islamic Roots of Ombudsman Systems. The Ombudsman Journal, International Ombudsman Institute, Edmonton, број 6/1987., страна 101-107). И данас се институција омбудсмана у Пакистану зове „Вафаки Мохтасиб“.

Устава из 1809. године имали у глави и институцију *tribuni plebis* из старог Рима, а то је изношено и у неким дебатама приликом усвајања Устава.[2] Средњевековна Краљевина Арагон је имала институцију *justiciate* чија функција је била да штити приватне грађане од злоупотреба права од стране службених лица. Слична институција је била препоручена у XVI веку краљевским трактатима присутним код шведских мислилаца из XVIII века. "Међутим, много је вероватније да је служба Омбудсмана свој прототип нашла у посебним карактеристикама Канцелара Правде (*Justitiekansler),* домаћег функционера овлашћеног да надзире примену права од стране судија и других службеника, чија служба је дуго времена била саставни део краљевске администрације".[3] Треба знати и да је Канцелар Правде настао као „наследник" краљевог омбудсмана, краља Карла XII.

Институција омбудсмана настала је пуком случајношћу, без икаквог узора у било којој другој институцији која је претходно постојала. Настала је због специфичних околности у којима се нашао шведски краљ Карло XII и потребе да има свог представника у земљи. Без тих околности, сигурно данас не бисмо имали институцију омбудсмана. Наравно да би постојале институције које би се бавиле контролом рада државне управе и јавних служби, као и заштитом права грађана, али то сигурно не би имало никакве везе са омбудсманом, нити би се тако звало.

Формално посматрано, настанак шведске институције омбудсмана се везује за 1809. годину. Међутим, све је, суштински посматрано, почело још 1713. године. У оквиру великог северног рата који су 21 годину водили Шведска и Русија (од 1700. до 1721. године)[4], шведски краљ Карло XII започео је у пролеће 1709. године офанзиву против Руске војске опколивши град Полтаву (Украјина).[5] Руска војска, под вођством Петра Великог, била је у људству и наоружању неупоредиво снажнија и нанела је тежак пораз Карлу XII.[6] Након те битке, шведска војска је била практично потпуно уништена. Са отприлике 1000 војника, колико је преостало, Карло XII је побегао у Отоманско царство и поставио логор у граду Бендеру (данашња Молдавија). У то доба није постојала техничка могућност да се краљ врати у домовину

[2] Stig Jägerskiöld, The Swedish Ombudsman**,** *University of Pennsylvania Law Review* Vol. 109, No. 8 (Jun., 1961), стр. 1079.

[3] Исто.

[4] На страни Русије су се још бориле данско-норвешка унија, Саксонија и Пољска, а Шведска је једину помоћ имала од Османског царства, а у самој бици код Полтаве требало је да му помажу Козаци хетмана Ивана Мазепе, али их је Петар разбио још пре него што су стигли да помогну Карлу XII.

[5] Полтава је украјински град који се налази око 350 км југозападно од украјинског главног града Кијева.

[6] Сам Карло XII није лично учествовао у бици, пошто је претходно био рањен.

преко непријатељске територије, није било хеликоптера ни авиона. С друго стране нису постојала ни савремена средства комуникације, телефон, телефакс, интернет. Краљ као краљ, посебно апсолутни монарх, желео је да има потпуне информације о свему што се дешава у домовини и не само да има сазнања о томе, него и да може да врши утицај на рад државних служби. Током његовог одсуства из домовине, у Шведској су се одвијали немири и бројни поремећаји у раду државних органа. Стога се јавила објективна потреба да краљ Карло XII постави свог представника у домовини, са задатком да контролише рад државних службеника и судија. Тако је краљ и учинио октобра 1713. године потписавши у дворцу у Тимурташу (Турска) уредбу о постављењу краљевог представника у Шведској. Његова улога је била контрола правилности рада државних службеника и судија, а у случају да открије неправилност у њиховом раду, био је овлашћен да као нека врста јавног тужиоца, покрене против њих поступак за кажњавање. Представник се на шведском језику каже „омбудсман“.

Тако је почело. Током XVIII века ова институција (краљевог представника, краљевог омбудсмана) доживела је бројне трансформације. Најпре је 1719. године краљев омбудсман променио своје име и добио назив Канцелара правде. Међутим, Канцелар правде није био представник шведског парламента, већ краља. Само у једном кратком периоду (од 1766. до 1772. године) Канцелара правде је бирао и разрешавао Парламент Шведске. Наиме, након успешно извршеног војног пуча шведски краљ Густав III (1771-1792.) је донео нови устав 1772. године, којим је у великој мери ограничио овлашћења Парламента, а значајно повећао овлашћења краља. У том смислу, Парламенту је одузето овлашћење да бира и разрешава Канцелара правде и враћено краљу. После смрти Густава III на трону га је наследио његов син Густав IV (1792-1809.) и то је период након којег настаје, условно речено, данашња институција омбудсмана, односно представник (омбудсман) парламента. Наиме, Густав IV је био познат по свом апсолутизму и као што је то скоро увек био случај у историји, апсолутизам је могао да се прекине само насилним путем. Овог пута војни пуч је организовала једна група официра, која је заробила краља 13. марта 1809. године. Да би спасао монархију, односно у намери да сачува круну за свог сина, Густав IV је под принудом абдицирао 29. марта.[7]

Револуционари су убедили Густавовог ујака грофа Карла да прихвати да води привремену владу и он је постао нови шведски краљ – Карло XIII. Наравно, избор Карла XIII је био везан са намером да се уведе парламентарни систем у Шведској и ограниче овлашћења краља. То је и учињено доношењем новог шведског устава 1809. године. Тим уставом је Шведска постала

[7] Овај потез, међутим, није сачувао круну за сина Густава IV, јер је шведски Парламент већ 10. маја одлучио да су право на круну изгубили и његови потомци.

парламентарна монархија и уведена је равнотежа у овлашћењима парламента и краља. Наиме, овим уставом је уведена подела власти између законодавне, управне и судске власти. Истовремено, тим уставом се званично ствара институција парламентарног представника (омбудсмана), којег бира и разрешава парламент и који у његово име контролише рад државне управе и штити права грађана од њиховог неправилног рада. Основна разлика у односу на претходни период тиче се чињенице да од тада омбудсман по први пут добија уставни ниво, постаје орган изричито предвиђен Уставом Шведске. С друге стране, омбудсман (Justitieombudsman) је од тада па надаље представник парламента (Riksdag-а), чија је улога да у име парламента контролише рад државне управе, односно државних службеника и судија.

Ово потврђује тезу да шведска институција омбудсмана није имала никакав узор у било којим другим претходно постојећим институцијама, већ да је настала због специфичних околности (неприлика) у којима се нашао шведски краљ Карло XII. Да Карло XII није изгубио битку код Полтаве, да није био одсечен од матице, да је могао да се врати у Шведску, никада не би имао потребу да именује оваквог свог представника (омбудсмана).

С друге стране, као што је то такође познато у историји: једном створена институција наставља са животом и онда када то вероватно није више потребно, „Оно што је једном почело као привремени представник, постало је стални елемент администрације, под називом Канцелара правде“.[8] Канцелар правде остаје да постоји и након Устава из 1809. године и то опет као представник краља. Занимљиво је да ова институција постоји и данас, с тим што је од 1975. године Канцелар правде постао представник (омбудсман) шведске Владе. О овој институцији се код нас веома мало зна. Канцелар правде је све до 1948. године био и највиши државни тужилац. Те године је Шведска створила државног тужиоца и тада је престала ова улога Канцелара правде. Основни задаци Канцелара правде се састоје у томе да у име Владе, као владин омбудсман, надзире рад државних службеника и државних органа. У овоме се види велика сличност са оним што ради класични омбудсман, само Канцелар правде то ради у име и за рачун Владе, а не Парламента. Међутим, има више земаља у свету у којима омбудсман није парламентарни повереник, већ представник владе.[9] У том смислу, могли бисмо

[8] Walter Gellhorn, Ombudsmen and Others, Citizen`s Protector in Nine Countries, *Harvard University Press*, Cambridge-Massachusetts, 1966, стр. 194.

[9] Познато је да је француски медијатор створен 1973. године као омбудсман извршне власти, а не као представник парламента, а то је случај и у неким афричким земљама. Штавише, у Француској је законом од 29. марта 2011. године уведена институција Заштитника права (Défenseur des droits), који представља наследника Медијатора, а Заштитника именује председник Републике, а не парламент.

да кажемо да Шведска има два омбудсмана: један је омбудсман Парламента (Justitieombudsman), а други је омбудсман Владе (Justitiekanslern).

Поред ове основне улоге, Канцелар правде Шведске има још нека овлашћења. Тако он има овлашћење да представља државу у парничним поступцима, првенствено везано за накнаду штете (као нека врста јавног правобраниоца). Коначно, Канцелар правде има одређена овлашћења и у погледу слободе штампе и јавног изражавања. С једне стране, стара се о томе да медији не злоупотребе слободу штампе, а са друге стране, стара се о томе да слобода јавног изражавања и слобода штампе не буду угрожени, односно јавља се као једини овлашћени тужилац у предметима који се тичу повреде слободе штампе и јавног изражавања.

3. РАЗВОЈ

У току више од 200 година развоја шведска институција омбудсмана је трпела одређене промене, како у свом саставу, тако и у погледу надлежности. Једно време је у Шведској постојао и посебан војни омбудсман (1915-1968. год.), али је тај концепт напуштен. Но, Шведска никад није имала само једног омбудсмана, него је службу увек чинило више омбудсмана, међу којима је постојала подела надлежности спрам ресора, спрам одређених области друштвеног живота којима су се бавили.[10] Данас ову службу чине четири парламентарна омбудсмана, од којих је један главни омбудсман, који поред уобичајених задатака и послова омбудсмана, има и административна, руководећа овлашћења.

Шведска институција омбудсмана дуго је остала непозната другим земљама и могло би се рећи, дуго је остала незанимљива за друге. Ова шведска ексклузивност као да није интересовала друге земље. Истина, треба опет истаћи да је то време без савремених средстава комуникације, без добрих саобраћајних веза. Требало је да прође више од 100 година па да још једна земља уведе у свој правни систем омбудсмана. То се догодило у земљи која је дуго била под Шведским утицајем, па и у сукобима са њом, у Финској Уставом из 1919. године. Финска је свог омбудсмана створила по шведском узору, тако да и данас у ове две земље омбудсман може у одређеној мери да контролише и рад судова, као што је у ове две земље омбудсман овлашћен и да иступа у одређеним стварима као јавни тужилац. Међутим, то још увек не значи никакво значајније ширење институције омбудсмана по свету. Свет

[10] Поред овог концепта, могуће је и да у некој земљи постоји само један омбудсман, а да он има заменике или помоћнике који се баве појединим областима. Ово је чешћи случај у пракси, а таква ситуација је и у Србији.

се није пуно интересовао за омбудсмана, а Шведска није ништа учинила да ову институцију представи свету.

Занимљиво је да је институција омбудсмана релативно касно након Шведске и Финске уведена и у две друге скандинавске државе, Данској и Норвешкој. Једно од могућих објашњења нуди Доналд Роват, несумњиво, научни пионир у овој области и један од најзначајнијих аутора о овој теми. Наиме, Роват сматра да је за касније увођење институције омбудсмана у Данској и Норвешкој битна различита друштвена ситуација, а не општи разлози који су довели до ширења ове институције у друге земље.[11] Као опште разлоге због којих ова институција није раније уведена у друге земље, Роват наводи „географску, језичку и културну изолацију нордијских земаља". „Са експанзијом државне активности за време и после Другог светског рата, са новим старањем о заштити људских права и са развојем јавног образовања и партиципације, настали су повољни друштвени услови за ширење ове институције".[12]

Институција омбудсмана се није раширила по свету захваљујући земљи у којој је настала – Шведској, већ много више захваљујући шведском мањем суседу – Данској, односно њеном првом омбудсману. Наиме, Данска је била трећа држава света која је ову институцију увела у свој правни систем Уставом из 1953. године. Од тренутка када је 1955. године изабран први дански омбудсман (у овој земљи се, иначе, ова институција зове „Ombudsmand", а не „Ombudsman", а исто значи што и у шведском језику: представник), долази до праве експанзије омбудсмана по читавом свету. Ширење институције омбудсмана поприма такве размере да неки аутори говоре о „омбудсманији".[13] Оно што је занимљиво, земље које су уводиле у свој правни систем институцију омбудсмана више су то чиниле по узору на дански, него на шведски модел. Има више разлога што је Данска заслужна за процват ове институције.

Најпре, дански модел омбудсмана је био једноставнији и није подразумевао контролу судова, по чему је Шведска једна од ретких земаља у свету.

---

[11] Donald C. Rowat, The Ombudsman Plan: The Worldwide Spread of an Idea, Revised Second Edition, University Press of America, Lanham/New York/London, 1985., стр. 131.

[12] Исто.

[13] Сматра се да је аутор овог сликовитог означавања ситуације везане за ширење институције омбудсмана и ширење ове идеје на америчком континенту познати канадски професор Доналд Роват (в. Charles S. Ascher, „The Grievance Man or Ombudsmania", *Public Administration Review*,Vol. XXVII, June 1967. стр. 174.). Он је један од првих који су о омбудсману приредили књигу још давне 1965. године (The Ombudsman: Citizen's Defender), која представља коауторско дело 31 аутора, од чега четири омбудсмана. Овај израз је у Србији прихватио Миодраг Јовичић у првој озбиљнијој монографији на ову тему објављеној на српском језику: *Омбудсман: чувар законитости и права грађана*, Институт за упоредно право, Београд 1969., стр. 17.

У већини земаља се сматра да се правом омбудсмана да контролише судове угрожава принцип независности судова. С друге стране, први дански Омбудсман Стефан Хурвиц (Stephan Hurwitz) изабран марта 1955. године, био је човек изузетне енергије и пун жеље да ову лепу институцију представи онима којима је била непозната. Хурвиц је био неуморан путник и пропагатор идеје омбудсмана. Хурвиц је иначе био и професор на Универзитету у Копенхагену и након ступања на дужност започео је праву пропагандну кампању са циљем представљања институције омбудсмана. Неки аутори сматрају да је Хурвиц пропагирао институцију омбудсмана као да је био апостол нове вере.[14] Исто тако, Хурвиц је почео да пише текстове о омбудсману на енглеском језику, што је било веома значајно за њено упознавање и да држи предавања по свету. Његову месијанску улогу у распростирању институције омбудсмана нико у свету не доводи у питање.

Занимљиво је да је четврта земља која је увела институцију омбудсмана веома удаљена од Шведске, па и од Европе у целини. То је Нови Зеланд. Иако је Норвешка донела свој Закон о омбудсману пре Новог Зеланда (Норвешка 22. јуна 1962. године, а Нови Зеланд 7. септембра 1962. године), Нови Зеланд је раније изабрао свог првог омбудсмана. Наиме, Нови Зеланд је изабрао свог првог омудсмана истог дана када је донет и Закон, тј. 7. септембра 1962, с тим што је ступио на дужност 1. октобра 1962. године.[15] Норвешка је, међутим, свог првог омбудсмана изабрала 12. децембра 1962. године, а са радом је почео од јануара 1963. године.[16] Стога се Нови Зеланд узима као четврта земља света која је увела институцију омбудсмана.

Занимљиво је објашњење откуда то да је омбудсман из скандинавског круга отишао у једну тако удаљену државу, каква је Нови Зеланд. У ширим круговима се често поставља ово питање, но за то постоји објашњење. Као што је то већ речено, многе ствари су персонално обојене, па је то случај и са ширењем институције омбудсмана.

Највећу заслугу за увођење институције омбудсмана у политички систем Новог Зеланда има човек који је иначе генерално заслужан за њено ширење, а то је први дански омбудсман Стефан Хурвиц.

Наиме, на захтев Секретаријата Уједињених нација Стефан Хурвиц је написао текст „Искуство Парламентарног комесара у неким скандинавским земљама“ („The Experience of Parliamentary Commissioners in Certain Scandinavian Countries“), који је служио као уводно излагање на семинару Судска

[14] Hill Larry B, “The Model Ombudsman, Institutionalizing New Zealand’s Democratic Experiment”, *Princeton University Press*, 1976., стр. 4.

[15] в. Bryan Gilling, The Ombudsman in New Zealand (Dunmore Press in association with the Historical Branch, Department of Internal Affairs, Palmerston North, 1998).

[16] Audvar Os, The Norwegian ombudsman for public administration: 25 years of service, енглеско издање, 1988., стр. 6.

и друга правна средства против незаконите управне делатности или злоупотребе управних овлашћења (Judicial and other Remedies against the Illegal Exercise or Abuse of Administrative Authority). Тај семинар је одржан на Цејлону у месту Кенди (Kandy) 4-15. маја 1959. године, а Хурвиц му није и лично присуствовао. Скандинавија јесте далеко од Новог Зеланда, али Цејлон (данас Шри Ланка) му је ближи. Семинару су између осталих присуствовали представници Новог Зеланда, Хенри Мејсон (Hon. Henry Greathead Rex. Mason), који је у то време био државни тужилац Новог Зеланда и Џон Робсон (Dr John L. Robson) заменик министра правде. Наравно, поред сазнања за нову институцију, потребно је било и да постоје спремност и воља за њено увођење.[17] По повратку на Нови Зеланд, Хенри Мејсон и Џон Робсон су представили ову институцију у земљи и наишли на позитивну реакцију. Штавише, захваљујући Робсону, Хурвицов текст је и објављен у новозеландском часопису „Политичке науке“ септембра 1960. године.[18] Током 1961. године новозеландска Влада је утврдила предлог за доношење Закона о Парламентарном комесару (The Parliamentary Commissioner (Ombudsman) Act). Ни у овој земљи све прве реакције нису биле повољне за увођење шведске институције у земљу Комонвелта, али су отпори нестали када је предлог закона објављен. Један од високих функционера Новог Зеланда је написао „мој Департман је био снажно против читаве идеје. Сматрали смо то обичним политичким маневром, а у ствари смо можда и били у праву. Но, сада, после скоро три године искуства, једнако снажно смо за ову идеју колико смо били против“.[19] У почетку су се увођењу омбудсмана противили и запослени у државној управи, укључујући функционере. Удружење Јавних службеника (које је обухватало 46.000 запослених) Новог Зеланда је у почетку износило бројне аргументе против омбудсмана. Један читав број свог часописа су посветили овој теми под насловом: „Закон о Омбудсману очигледна подвала“.[20] Међутим, већ три године након усвајања овог закона на Новом Зеланду исто удружење је променило ставове, а 1967. године само малобројни су били још увек против омбудсмана.[21] Као што је већ речено, Генерални Гувернер је 7. септембра потписао сагласност и истог дана је иза-

[17] У Србији се за институцију омбудсмана знало веома рано, али је, због непостојања воље за њено увођење, Србија једна од последњих земаља које су је увеле у свој систем.

[18] Hurwitz, Stephan**, „**The Scandinavian Ombudsman“ *Political Science,* September 1960., 12: 121-142. Иначе, наслов оригиналног текста је промењен за потребе часописа, али је садржина иста.

[19] Walter Gellhorn, The Ombudsman in New Zealand, *California Law Review,* Vol. 53, p. 1155-1211 (1965), стр. 1155.

[20] „Ombudsman Bill Sheer Humbug“, *Public Service Journal*, Vol. 48, August 1961.

[21] Kent M. Weeks, ”Public Servants in the New Zealand Ombudsman System”, *Public Administration Revue,* Wiley, Hoboken, New Jersey, Vol. 29, 6, November/December 1969, стр. 636,

бран први омбудсман сер Гај Полс (Sir Guy Powles). Према томе, захваљујући тексту Стефана Хурвица и његовом називу институције омбудсмана на енглеском језику (Parliamentary Commissioner), омбудсман је на Новом Зеланду назван парламентарним комесаром, а касније се са тим називом наставило у земљама енглеског говорног подручја, пре свега у Уједињеном Краљевству и у земљама под британским утицајем.[22]

Постоје и покушаји у литератури да се прикаже да је Нови Зеланд самостално дошао на идеју о увођењу омбудсмана. Међутим, то треба опет довести у везу са првим промотивним путовањима Стефана Хурвица у Велику Британију и текстом на енглеском језику о овој институцији, који је припремио недуго након избора на функцију данског Омбудсмана, као чланцима које је објавио на енглеском језику у америчким и британским часописима. Хурвиц је на ову тему водио и разговоре са британским професорима и имао наступ на телевизији. Занимљиво је да је након појављивања на британској телевизији, а после повратка у Данску, Хурвиц примао писма са притужбама Британаца на рад британске управе![23] Нови Зеланд је увек посматрао дешавања у Великој Британији, па и промоцију идеје омбудсмана, тако да је тачно да су у овој земљи расправе на ову тему почеле и раније, али се углавном прихвата да је прекретница настала након семинара на Цејлону.

Увођење институције омбудсмана на Новом Зеланду је имало велики значај. Пре свега, то је прва земља Комонвелта која је учинила такав корак, а истовремено, тиме је у енглеском говорном подручју извршен битан утицај. Првобитни назив ове институције на Новом Зеланду је касније прихваћен и у Уједињеном Краљевству, а то је био случај и са још неким земљама енглеског говорног подручја. Међутим, није само назив био преузиман, већ су преузимана и бројна решења из новозеландског закона. Стога се може рећи да је Нови Зеланд био други важан корак у ширењу институције омбудсмана по свету. „Увођење омбудсмана у правни систем Новог Зеланда је отворила врата омбудсман концепта у енглеском говорном подручју и поплочало пут за бројне варијанте омбудсмана од којих су многе биле базиране на моделу Новог Зеланда, а које су сукцесивно установљаване у другим земљама Комонвелта током шездесетих и седамдесетих година“.[24]

---

[22] Од 1975. године Нови Зеланд званично ову институцију зове само омбудсманом, а напушта термин „парламентарни комесар“. Тада је донет Закон о омбудсманима (Ombudsmen Act), пошто Нови Зеланд има два омбудсмана, од којих је један главни омбудсман (Chief Ombudsman).

[23] Ровaт, исто, стр. 132.

[24] *Righting wrongs: the ombudsman in six continents*, Ed. Roy Gregory and Philip Giddings, IOS Press, Amsterdam, Berlin, Oxford, Tokyo, Washington, DC, 2000, стр. 7.

4. ДРУГИ ТАЛАС

Недуго након Новог Зеланда и Норвешке, ова институција се јавља на афричком континенту. Прва афричка земља која је увела институцију омбудсмана, под називом „Стална комисија за притужбе“ (Permanent Commission of Enquiry) била је Танзанија 1966. године.[25] Несумњиво под британским утицајем, исте године омбудсман стиже и у Јужну Америку, у бившу британску колонију Гвајану. „Уобичајено је да бивше колонијалне територије обликују своје политичке институције по земљи са којом су биле у колонијалном односу. Иако је то генерално тачно и за Гвајану, постоје ипак и битне разлике. Можда је једна од таквих најупечатљивијих та што је служба Омбудсмана установљена у овој бившој британској колонији на тлу Јужне Америке пре него што је уведена у Британију“.[26] Уједињено краљевство, Хаваји и две канадске покрајине Алберта и Нови Брунсвик створиле су институцију обмудсмана 1967. године.

Након стицања независности и доношења устава од 12. марта 1968. године, институцију омбудсмана је увео Маурицијус. На примеру ове земље се види, с једне стране, пионирска мисија Стефана Хурвица у Уједињеном Краљевству, британски утицај на Маурицијус, а са друге стране, утицај Новог Зеланда, о чему је било речи. Наиме, још 1961. године, након упознавања са овом институцијом у Уједињеном Краљевству и разговора које је Хурвиц на ту тему имао, британски експерти су наставили са мисијом. Још почетком шездесетих година, пре стицања независности Маурицијуса, у Уједињеном Краљевству су вођене дискусије о стварању високо рангираног суда који би решавао спорове везане за злоупотребе јавне власти. Битан утицај је имала и чињеница да је професор де Смит (Stanley Alexander de Smith) 1960. године био Уставни Комесар за Маурицијус. Он је за време свог боравка на Маурицијусу пропагирао идеју омбудсмана, иако га тада ни Уједињено Краљевство, а ни Нови Зеланд нису имали. Чак је касније и написао текст под насловом „Омбудсман за Маурицијус“, који је објављен 1965. године.[27] У свом закључку, професор де Смит је предложио да се на Маурицијусу прихвати модел Новог Зеланда, са одређеним изменама. Он је између осталог, написао да се „омбудсман не може купити као конфекција, већ се мора сашити по

[25] J. Hatchard, The Institution of the Ombudsman in Africa with Special Reference to Zimbabwe, *The Internationa and Comparative Law Quarterly* Vol. 35, No. 2 (Apr., 1986), стр. 255; P. M. Norton, ‘The Tanzanian Ombudsman’, *The International and Comparative Law Quarterly*, XXH, October 1973, стр. 603.

[26] H. A. Lutchman, The office of Ombudsman in Guyana, *Caribbean Studies,* Vol. 13, No. 1 (Apr., 1973), Institute of Caribbean Studies University of Puerto Rico, San Juan, Puerto Rico, стр. 62.

[27] “An Ombudsman for Mauritius”, према годишњем извештају Омбудсмана Маурицијуса за период јануар-децембар 2008. године.

мери“.[28] С друге стране, након стицања независности и стварања институције омбудсмана, Маурицијус је остао забележен у историји.

Маурицијус је изабрао оригинални шведски назив за ову институцију, а није прихватио новозеландски назив: Парламентарни комесар. С друге стране, за Маурицијус важи куриозитет да је не само прихватио оригинални шведски назив за ову институцију, већ је за првог омбудсмана Маурицијуса 1970. године био изабран Швођанин, пензионисани судија Гунар Линд (Gunnar Lindh). Овај необичан и незабележен у другим земљама потез, објашњава се на Маурицијусу тиме што је ова институција настала у Шведској, што је то земља у којој постоји највеће искуство у овој области. Иначе, Маурицијус није сам пронашао судију Линда, већ је премијер Маурицијуса написао писмо премијеру Шведске са молбом да му препоручи неку погодну личност за ову функцију, и шведски премијер је предложио судију Линда. Међутим, судија Линд је на Маурицијусу провео само две године, а 1972. године је поднео оставку.[29]

Од 1969. године омбудсман постоји и у Северној Ирској.

5. ТРЕЋА ФАЗА

Током седамдесетих година долази до даљег развоја институције омбудсмана по свету, при чему се поред развијених земаља, омбудсман све више јавља и у земљама у развоју.

Близина са Новим Зеландом, али и интерес који је још од раније био присутан за ову институцију у Аустралији, довели су до стварања омбудсмана, најпре у појединим државама Аустралије, а затим и на федералном нивоу. Наиме, још 1963. године Влада државе Викторија је основала Парламентарни комитет да проучи ово питање. Држава Тасманија је чак припремила предлог Закона о омбудсману 1970. године, који је прихваћен у доњем дому тасманијског парламента, али није био изгласан и у горњем дому. Званично, први закон о омбудсману усвојен је у аустралијској држави Западна Аустралија 1971. године и то тако што је рађен по моделу Новог Зеланда.[30] Након тога је омбудсман уведен и у остале аустралијске државе (последња га је увела Тасманија 1979. године), с тим што је на федералном нивоу Закон донет 1976, године, а први омбудсман (Commonwealth Ombudsman) изабран јула 1977. године.

---

[28] “An Ombudsman cannot be bought off the peg; he must be made to measure.”

[29] Circumstances Leading to the Resignation of Mr. Gunnar Lindh, Mauritius Legislative Assembly, 1972 – 4 странице.

[30] Rowat, The Ombudsman Plan, стр. 139.

Истовремено, институција омбудсмана се шири и по Европи. Након Швајцарске, где је град Цирих први створио омбудсмана 1971. године, то је учинила и Француска 1973. године. Због великих отпора који су постојали приликом увођења омбудсмана у Француској (Медијатор), он је установљен као омбудсман извршне власти, а не као представник парламента, а то је случај и у неким афричким земљама. С друге стране, карактеристика француског медијатора је била и у томе што грађани нису могли директно да му се обраћају, него само посредно преко посланика или сенатора, слично као у Уједињеном Краљевству. Штавише, у Француској је законом од 29. марта 2011. године уведена институција Заштитника права (Défenseur des droits), који представља наследника Медијатора, а Заштитника и даље не бира Парламент, већ га именује председник Републике.

Потом омбудсмана уводи 1975. године Португалија, а као колективно тело уводи га и Аустрија 1977. године, под називом Народно правобранилаштво.[31] Те исте године, омбудсман је основан и у швајцарском кантону Цирих (почео са радом 1979. године).[32] Република Ирска је омбудсмана створила 1980. године. Током 1981. године институција омбудсмана је установљена и у Холандији и Шпанији (на националном нивоу). Исланд је донео свој први закон о омбудсману 1987. године, а Кипар је закон о омбудсману (Комесар за управу) усвојио 1991. године.[33] За Белгију је карактеристично да је увођење омбудсмана кренуло кроз стварање локалних омбудсмана за поједине градове (први је био Антверпен 1991. године). Потом долази до стварања Омбудсмана фламанске заједнице 1992. године, а 1995. године је створен и Медијатор Валоније. Исте године је омбудсман образован и на Малти.[34] Коначно, 1996. године у Белгији је створена и институција федералног омбудсмана, која се састоји од два омбудсмана: један омбудсман који говори холандски и други омбудсман који говори француски. Грчка је институцију омбудсмана увела 1998. године, под називом заштитник грађана.[35]

За Немачку је карактеристично да нема националног омбудсмана, надлежног за читаву државу. Једина таква, али специјализована, институција

---

[31] Детаљно о развоју институције омбудсмана у Европској унији видети: Д. Милков, „Омбудсман у земљама Европске уније“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. XXXVII, 3 (2003), стр. 229-241;

[32] У Швајцарској омбудсман имају још и град Базел (1986.) и Кантон Базел (1989.).

[33] За Републику Кипар је карактеристично да је њен омбудсман у категорији омбудсмана извршне власти, слично као у Француској и неким афричким земљама. Комесара за управу именује председник Републике на предлог Савета министара (Владе).

[34] Приликом стварања омбудсмана Малте консултант је био сер Џон Робертсон (John Robertson), који је био омбудсман Новог Зеланда од 1986-1994. године. Стога је омбудсман Малте рађен у великој мери по моделу Новог Зеланда.

[35] Први грчки омбудсман професор Никифорос Диамандурос је био касније омбудсман Европске уније (2003-2014).

која је уведена још 1956. године јесте војни омбудсман.[36] Он штити права војних лица на читавој територији СР Немачке, односно штити грађане од неправилног рада војних органа. Поред тога, у Немачкој постоје омбудсмани у четири покрајине (земље), који се називају повереницима грађана (Bürgerbeauftragte). Најпре је ову институцију увела покрајина Рајнланд Пфалц (Rheinland-Pfalz) 1974. године, а затим Шлезвиг Холштајн (Schleswig-Holstein) 1988. године. Након уједињења Немачке још две покрајине из некадашње источне Немачке су увеле омбудсмана, а то су Мекленбург-Западна Померанија (Mecklenburg-Vorpommern) 1995. године и Тирингија (Thüringen) 2000. године.

За Италију је такође карактеристично да не постоји један национални омбудсман за читаву државу, него да га имају поједине провинције. Прва га је увела Тоскана још 1974. године, а данас постоји у шеснаест од двадесет провинција. Исто тако, у овој земљи постоје и регионални омбудсмани (укупно петнаест).

Последња земља Европске уније која је увела институцију омбудсмана, јесте Луксембург 2003. године. У Луксембургу, као у Немачкој, постоји одбор за петиције при парламенту и Луксембуржани су дуго времена то сматрали довољним за заштиту права грађана.

У источноевропским земљама, као и у државама које су припадале Совјетском савезу ова институција није радо и брзо прихваћена. Пољска је била прва која је увела институцију омбудсмана јула 1987. године (посебан Закон о правобраниоцу права грађана – како се Пољски омбудсман зове – ступио је на снагу јануара 1988. године), а затим је Мађарска уставним променама из октобра 1988. године створила уставни основ за увођење омбудсмана, при чему је посебан Закон о парламентарном поверенику за људска права донет тек јуна 1993. године, док је са правим радом служба мађарског омбудсмана почела јуна 1995. године. Мађарска је поред општег омбудсмана имала и два специјализована. То су: Парламентарни повереник за права националних и етничких мањина и Парламентарни повереник за заштиту података и слободу информисања. Међутим, 2011. године је донет нови Закон о омбудсману, по којем је предвиђен један јединствен омбудсман. Поред тога, омбудсмана је увела и Литванија 1994. године (први омбудсман изабран 1995. године), Грузија 1996. године, Русија, Румунија, Молдавија, Узбекистан и Украјина 1997. године, Андора 1998. године, Естонија, Албанија и Чешка 1999. године, Словачка и Азербејџан 2001. године. У Киргизији и Казахстану је омбудсман уведен 2002. године, а 2003. године у Јерменији и Бугарској

[36] Занимљиво је да је нацрт Закона о војном омбудсману припремио посланик немачког Бундестага Паул Ернст (Paul Ernst), који је провео у егзилу у Шведској десет година од 1938-1948. године. Више о овоме http://www.spiegel.de/spiegel/print/d-43064882.html.

(донела закон о омбудсману маја 2003. године, ступио на снагу од 1. јануара 2004. године, а први омбудсман је изабран априла 2005. године). Летонија је свој Закон о омбудсману донела априла 2006. године (ступио на снагу јануара 2007. године).

Нестанак бивше СФРЈ са политичке мапе значио је и рађање институције омбудсмана на овим просторима. Дотадашњи отпори коју су постојали у погледу увођења омбудсмана, остали су касније само у Србији, а све остале републике бивше СФРЈ су релативно брзо створиле ову институцију.

Почетни интерес за институцију омбудсмана јавио се на простору бивше Југославије шездесетих година. Прва и до сада једина научна монографија на ову тему академика Миодрага Јовичића појавила се 1969. године под насловом „Омбудсман – чувар законитости и права грађана". Након четири године у Уставном суду Србије организован је научни скуп посвећен омбудсману. Тај први скуп посвећен је практично стицању почетних сазнања о овој институцији, али није наишао на шири одјек у научној и стручној јавности. Коначно, 1989. године је у организацији Правног факултета у Новом Саду одржан међународни научни скуп на тему омбудсман. На том скупу је учествовао главни шведски омбудсман, генерални директор аустријске службе омбудсмана, истакнути професори из Париза и Лондона, као и бројни научници и стручњаци из свих република бивше СФРЈ. Тај скуп је одиграо значајну улогу у упознавању наше стручне и опште јавности са институцијом омбудсмана и резултирао је предлогом за увођење ове институције у наш правни систем. То је био управо период када се припремао тадашњи српски устав, међутим, његови творци нису имали разумевања за институцију омбудсмана. Одбојност према „туђим" институцијама и непознавање проблематике, имали су сигурно велику улогу у томе да на писане закључке са овог скупа, у којима се констатује потреба увођења омбудсмана, није уследила практично никаква реакција.

Након тога, било је још неких појединачних покушаја и предлога посланика, како у Народној скупштини Србије, тако и у тадашњој Савезној скупштини, али без резултата.

Све бивше југословенске републике увеле су омбудсмана у свој систем, али под различитим називима. Прва је тако поступила Хрватска, која је још Уставом из 1990. године предвидела „пучког правобранитеља", а посебан Закон је донет 1992. године, док је први омбудсман изабран јуна 1993. године. Словенија је, такође, Уставом из 1991. године предвидела Заштитника људских права. На основу таквог уставног овлашћења, донет је посебан Закон о заштитнику људских права децембра 1993. године, а ступио је на снагу јануара 1994. године. Државни збор Републике Словеније именовао је првог словеначког омбудсмана 29. септембра 1994. године, а почео је да ради 1. јануара 1995. године. Дејтонским мировним споразумом склопљеним

новембра 1995. године постигнут је општи оквирни споразум за мир у Босни и Херцеговини, а тај споразум садржи и једанаест анекса, који се односе на поједина питања. Анекс 6 се односи на људска права, а у његовим оквирима се налазе и одредбе о омбудсману. Анексом 6 Дејтонског споразума предвиђено је постојање Комисије о људским правима, која се, у ствари, састоји из два дела: из службе омбудсмана и дома људских права. Свог посебног омбудсмана (као трочлано колективно тело) имале су и Федерација Босне и Херцеговине и Република Српска све до почетка 2010. године. Марта 2006. године измењен је Закон о омбудсману за заштиту људских права БиХ и проширена му је надлежност и на контролу рада ентитетских органа управе. Међутим, ентитетски омбудсмани су престали са радом тек почетком 2010. године. Сада у БиХ постоји само једна институција омбудсмана за читаву БиХ. Седиште јој је у Бања Луци, а има своје бирое и у Сарајеву, Мостару и Брчком. У питању је трочлано тело састављено од по једног представника сваког од три конститутивна народа БиХ.

Република Македонија је веома рано, одмах након отцепљења од Југославије, предвидела институцију омбудсмана под називом Народни правобранилац. Међутим, у овој републици се доста оклевало са конкретним увођењем омбудсмана. Наиме, требало је да протекне чак шест година од доношења македонског устава (1991. године) да буде донет и посебан Закон о народном правобраниоцу (фебруар 1997.) и да први македонски омбудсман буде именован (3. јула 1997. године). Црна Гора је јула 2003. године донела Закон о заштитнику људских права и слобода, којим је установила свог омбудсмана.[37] Први црногорски омбудсман је изабран 21. октобра 2003. године.

У Србији је интересовање за институцију омбудсмана дуго било, пре свега, научног карактера, а тек од 2002. године чине се и први конкретни практични кораци на овом плану. Први наш пропис у којем се спомиње институција омбудсмана је Закон о утврђивању одређених надлежности аутономне покрајине.[38] Њиме је предвиђена нормативна могућност да аутономна покрајина образује институцију омбудсмана. Аутономна покрајина Војводина је донела своју Одлуку о покрајинском омбудсману крајем 2002. године.[39] Први војвођански омбудсман изабран је 24. септембра 2003. године. Недуго након тога, донет је још један пропис у којем се помиње ова институција, а то је Закон о локалној самоуправи.[40] У њему је предвиђено (члан 126) да јединице локалне самоуправе могу образовати грађанског браниоца (омбудсмана), с тим што је назив ове институције промењен у заштитника грађана

[37] „Службени лист Републике Црне Горе“, број 41 од 10 јула 2003. године.

[38] „Службени гласник Републике Србије“, број 6 од 07. фебруара 2002. године.

[39] „Службени лист Аутономне покрајине Војводине“, број 23 од 31. децембра 2002. године.

[40] „Службени гласник Републике Србије“, број 9 од 26. фебруара 2002. године.

Законом о локалној самоуправи из 2007. године (члан 97). Такву могућност је до сада искористио мали број општина и градова. Коначно, последња од свих република бивше Југославије, Србија је донела Закон о заштитнику грађана септембра 2005. године. У року од шест месеци од ступања на снагу Закона, требало је да Народна скупштина Републике Србије изабере првог српског омбудсмана, Заштитника грађана. То се, међутим, није догодило све до 29. јуна 2007. године. Тада је изабран први Заштитник грађана Републике Србије.[41]

ЗАКЉУЧАК

Институција омбудсмана није настала као инструмент за заштиту људских права. Омбудсман је настао случајно, због специфичних околности у којима се почетком XVIII века нашао шведски краљ Карло XII. Након пораза од руске војске код Полтаве нашао се изолован у Отоманском царству. Желео је да контролише стање у домовини, па је поставио свог повереника, који се на шведском језику каже „омбудсман“. Скоро је сигурно да институција под овим именом не би постојала да није било ових догађаја. Заштита људских права је додата овој институцији тек знатно касније и то углавном у земљама тзв. нове демократије.

Од 1809. године када је у данашњем облику створен шведски омбудсман прошло је више од сто година док ову институцију није створила друга земља – Финска. Међутим, до праве експанзије омбудсмана је дошло тек након стварања данског омбудсмана 1953. године. Од тада па до данас стално се повећава број земаља које имају омбудсмана. Данас се може рећи да омбудсман представља стандардну и неопходну демократску институцију, присутну у великој већини држава.

[41] Драган Милков, „Заштитник грађана Републике Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1-2/2008, 197-215.

Dragan L. Milkov, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
d.milkov@pf.uns.ac.rs

The Arise and Development of the Ombudsman Institution

Abstract: *With regard to the establishment and development of the ombudsman institution, there are different views and even misconceptions. The Ombudsman Institution did not originate as an instrument for the protection of human rights. The Ombudsman was created by chance, due to the specific circumstances in which, at the beginning of the 18th century, the Swedish king Charles XII found himself. After the defeat of the Russian army at Poltava he found himself isolated in the Ottoman Empire. He wanted to control the situation in his homeland, and he set up his own representative, who in Swedish language is called the "Ombudsman". It is almost certain that an institution under this name would not have existed if there were no such events. However, as it often happens, once created institution continues to work and when it is no longer necessary. This happened with the Swedish Ombudsman, the Ombudsman was not abolished after the King's return, but he continued his work, with the role being changed. He became a parliamentary representative in charge of controlling the administration. The protection of human rights has been added to this institution only much later, mainly in the countries of the so-called new democracy.*

Since 1809, when the Swedish ombudsman was created, more than a hundred years have passed since this institution was not created by another country – Finland. However, the real expansion of the ombudsman came only after the creation of the Danish Ombudsman in 1953. Since then, the number of countries with an ombudsman has steadily increased. Today, it can be said that the ombudsman is a standard and necessary democratic institution, present in the vast majority of states.

Keywords: *control of administration, parliamentary control of administration, ombudsman, arise of ombudsman, development of ombudsman.*

Датум пријема рада: 12.09.2018.

Оригинални научни рад 341.63
doi:10.5937/zrpfns52-18945

Др Маја Станивуковић, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
M.Stanivukovic@pf.uns.ac.rs

ЈАВНОСТ И ТАЈНОСТ АРБИТРАЖЕ[1]

Сажетак: *Уобичајено је да се као једна од предности арбитраже истиче тајност поступка. Међутим, тајност није изричито предвиђена као начело арбитражног поступка ни у међународним изворима арбитражног права ни у националним законима о арбитражи. У овом раду испитана је претпоставка да је тајност све мање карактеристика арбитраже и арбитражног поступка и разлози због којих се то догодило. Један од подстицаја таквом развоју догађаја дала је појава инвестиционе арбитраже у последње две деценије. У том смислу, објашњен је значај УНЦИТРАЛ-ових правила о јавности (транспарентности) у инвестиционој арбитражи и њихово поље примене. Даљи подстицај дају интереси разних актера као што су арбитражне институције, арбитри, пуномоћници, невладине организације и јавно мњење, а не треба заборавити ни интерес великог броја држава и привредних друштава за развој међународне правне регулативе којом ће се омогућити што већа глобализација трговине и инвестиција и потиснути у други план национално трговинско и инвестиционо право. Испитано је шта је све обухваћено правилима о јавности поступка у инвестиционој арбитражи и на који начин се та правила рефлектују на међународну трговинску арбитражу.*

Кључне речи: *тајност, поверљивост, јавност, транспарентност, инвестициона арбитража, трговинска арбитража.*

1. УВОД

Уобичајено је у старијим уџбеницима да се као једна од предности арбитраже истиче поверљивост или тајност поступка:

[1] Овај рад написан је у оквиру пројекта Правног факултета у Новом Саду: „Правна традиција и нови правни изазови.“

„Једно од основних начела – и једна од главних предности – међународне арбитраже је да је поверљиве природе.“[2]

Насупрот овом увреженом схватању, одавно је установљено да не постоји општа обавеза чувања поверљивости арбитражног поступка.[3] Тајност није изричито предвиђена као начело арбитражног поступка ни у међународним изворима арбитражног права као што су Њујоршка конвенција о признању и извршењу страних арбитражних одлука, Модел-закон УНЦИТРАЛ-а о међународној трговинској арбитражи и Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи, нити у националним законима о арбитражи.[4]

С друге стране, животно искуство нам говори да се типична међународна арбитража одвија далеко од очију јавности, без обзира на то да ли је тајност изричито уговорена.[5] Имена арбитара, предмет спора, странке и одлука обично остају скривени и непознати.[6] У поступку учествује мали број лица. Поред странака и њихових заступника, то могу бити сведоци и вештаци и, евентуално, секретар арбитражног суда. Са тако маленим бројем учесника лако је одржати поверљивост, ако је уговорена или ако се подразумева.

По мишљењу једног дела доктрине, арбитражна клаузула садржи у себи прећутну клаузулу о поверљивости поступка.[7] Пословни људи верују да уговарањем арбитраже могу да заштите своје пословне тајне и свој пословни углед и реноме од штете коју би њихово откривање могло да проузрокује.[8] Несумњиво, стварна или фиктивна поверљивост арбитраже је један од њених маркетиншки најјачих адута.

---

[2] Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, edited by E. Gaillard, J. Savage, пасус 1132.

[3] J. Paulsson, N. Rawding, The Trouble with Confidentiality, *Arbitration International*, 3/1995, 303.

[4] На пример, Закон о арбитражи Републике Србије не помиње то начело, као ни многи други национални закони.

[5] E. de Brabandere, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law, Procedural Aspects and Implications*, Cambridge University Press, 2014, 148.

[6] N. Blackaby et al. (eds.), *Redfern & Hunter on International Arbitration*, 6th edition, Oxford University Press, 2015, пасус 2.145.

[7] *S.D. Myers, Inc. v. Government of Canada,* UNCITRAL, Procedural Order No. 16 (*concerning confidentiality in materials produced in the arbitration*), 13 May 2000, пасус 8.

[8] У истраживању које је 2015. године спровео универзитет Квин Мери (Queen Mary), правници у привредним друштвима су рангирали поверљивост и приватност као другу по реду највреднију карактеристику арбитраже. Наведено према Sh. Tung, B. Lin, The Arbitrator and the Arbitration Procedure, More Transparency in International Commercial Arbitration: To Have Or Not To Have? у књизи: Ch. Klausegger et al. (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration,* 2018, 78.

У овом раду полазимо од претпоставке да је традиционална поверљивост арбитраже знатно ослабила и да је под сталним ударом промена, те трагамо за разлозима због којих се то догодило. На први поглед, чини се да је главни подстицај таквом развоју догађаја дала појава инвестиционе арбитраже у последње две деценије. Будући да се у инвестиционој арбитражи често решава о питањима од јавног интереса, јавност захтева да се упозна са током поступка и садржином одлуке, па је тако у овој области први пут омогућено заинтересованим грађанима и стручњацима да задовоље радозналост и да се боље обавесте о детаљима арбитражних спорова. Као што се наводи у преамбули Конвенције о јавности (транспарентности) у инвестиционој арбитражи,

> „[постоји] потреба за одредбама о транспарентности у решавању спорова између улагача и државе заснованих на међународним уговорима како би се узео у обзир јавни интерес који је инволвиран у таквим арбитражама.“[9]

У инвестиционој арбитражи све чешће су доступни не само подаци о именима странака и арбитара као и арбитражна одлука, већ и поднесци, процесне наредбе и ток усмене расправе. Овај тренд се из инвестиционе прелива и у трговинску арбитражу, мада у овој другој по правилу није присутан јавни интерес.

Према неким студијама,[10] још већи притисак за објављивање информација о арбитражи врше арбитражне институције и сами арбитри и пуномоћници у арбитражном поступку. Због појачане конкуренције у области арбитраже, они имају изражен интерес да докажу сопствену стручност и начин на који воде поступак и доносе одлуке и понекад га стављају изнад интереса странака за поверљивошћу поступка. Тај се интерес не може остварити ако читав арбитражни поступак остане обавијен велом тајне. Ова констатација важи једнако у трговинској, као и у инвестиционој арбитражи.

Образложење за систематско објављивање одлука и списа предмета налази се често и у потреби да се развије материјално и процесно право у одређеној области. Чињеница је да све већи број међународних предмета бива поверен арбитражи и да се развој међународног трговинског и инвестиционог права, као и пратећег процесног арбитражног права не може остварити без увида у раније материјалне и процесне одлуке.

---

[9] United Nations Convention on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration, UN Doc.A/RES/69/116, Annex.

[10] C. Rogers, Transparency in International Commercial Arbitration, *University of Kansas Law Review*, volume 54, 2006, 1313-1319.

Несумњиво је да ће све учесталији захтеви за објављивање одлука и других података довести до увођења веће јавности и у трговинској арбитражи. Неизвесно је, ипак, до које мере ће се у томе ићи и колико ће то бити добро и корисно за трговинску арбитражу.

2. УНЦИТРАЛ-ОВА ПРАВИЛА О ЈАВНОСТИ (ТРАНСПАРЕНТНОСТИ)

Један од важних хабова за развој арбитражног права, УНЦИТРАЛ, усвојио је 2013. године Правила о јавности (транспарентности) у арбитражи која се води између улагача и државе на основу међународног уговора (у даљем тексту: Правила о транспарентности или УПТ),[11] а убрзо затим је у оквиру исте организације усвојена и Конвенција о јавности (транспарентности) у арбитражи која се води између улагача и државе на основу међународног уговора (у даљем тексту: Конвенција о транспарентности или Маурицијуска конвенција), која је отворена за потписивање и ратификацију.[12]

Као што се већ из наслова види, поље примене УПТ је троструко ограничено. Она се не примењују на све арбитраже које се воде по арбитражним правилима УНЦИТРАЛ-а (у даљем тексту: УАП), већ само на оне између улагача и државе пријема који буду покренути на основу међународног уговора (*treaty*) који је закључен после 1. априла 2014. године, и то под условом да државе које су тај уговор закључиле нису искључиле њихову примену.[13] Датум 1. април 2014. године узет је као почетни јер су УПТ тог дана ступила на снагу. Полази се од претпоставке да државе које закључују међународни уговор о заштити улагања у коме је садржана арбитражна клаузула која даје улагачу право на арбитражу по правилима УНЦИТРАЛ-а знају за постојање УПТ као допунских правила и да ће се постарати да искључе њихову примену, уколико не желе да им се подвргну.

---

[11] United Nations General Assembly, UNCITRAL, Report of the Working Group II (Arbitration and Conciliation) on the Work of its 58th Session, New York, 4–8 February 2013, UN Doc. A/CN.9/765, 13 February 2013.

[12] Конвенција је ступила на снагу 18. октобра 2017. године, шест месеци после ратификације Швајцарске као треће државе чланице. [према вебсајту УНЦИТРАЛ-а на дан 9. фебруара 2018. године http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention_status.html]. Видети и Резолуцију Генералне Скупштине УН бр. 69/116 од 10. децембра 2014. године (General Assembly Resolution 69/116 of 10 December 2014, UN Doc.A/RES/69/116) http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/69/116. У домаћој литератури видети: М. Јовановић, Нови правни оквир за транспарентност у међународној инвестиционој арбитражи, *Правни живот*, бр.11/2015, стр. 239—254.

[13] УПТ, члан 1, став 1.

Истовремено, УНЦИТРАЛ је усвојио и одговарајућу измену арбитражних правила УНЦИТРАЛ-а из 2010. године. У члану 1, додат је нови став 4 који предвиђа:

„4. У арбитражи између улагача и државе која је покренута на основу међународног уговора који предвиђа заштиту улагања или заштиту улагача, ова Правила као саставни део обухватају и УНЦИТРАЛ-ова Правила о транспарентности у арбитражи која се води између улагача и државе на основу међународног уговора („Правила о транспарентности"), под условима садржаним у члану 1 Правила о транспарентности."

Тако, од 1. априла 2014. године, УПТ постају саставни део УНЦИТАЛ-ових арбитражних правила, ако у међународном уговору о коме је реч, који предвиђа могућност арбитраже на основу тих арбитражних правила није искључена њихова примена.

Поред аутоматске примене на коју би морало неко време да се чека, јер би до првих спорова на основу међународних уговора закључених после 2014. године требало да протекне извесно време, могућа је такође и примена УПТ на основу споразума странака или држава уговорница.[14] Наиме, УПТ се примењују на све арбитраже између улагача и државе пријема који буду покренути на основу међународног уговора који је закључен пре поменутог датума, ако су се странке у спору, улагач и тужена држава, сагласиле са њиховом применом.[15] Такође, примењују се ако се државе уговорнице међународног уговора тако споразумеју после наведеног датума.[16] Државе уговорнице би свој споразум могле огласити давањем заједничке интепретативне изјаве у складу са чланом 31, став 3 Бечке конвенције о уговорном праву:[17]

„Владе држава уговорница [навести државе уговорнице] споразума [навести наслов међународног уговора] деле став да термин „Арбитражна правила УНЦИТРАЛ-а" који се појављује у члановима [навести чланове и поновити наслов датог међународног уговора], као саставни део обухватају и Правила УНЦИТРАЛ-а о транспарентности."[18]

---

[14] Видети детаљно М. Јовановић, 252-253.

[15] УПТ, члан 1, став 2а.

[16] УПТ, члан 1, став 2б.

[17] Lise Johnson, Nathalie Bernasconi-Osterwalder, New UNCITRAL Arbitration Rules on Transparency: Application, Content and Next Steps, August 2013, 24. http://ccsi.columbia.edu/files/2014/04/UNCITRAL_Rules_on_Transparency_commentary_FINAL.pdf [20. jul 2018].

[18] Ibidem. Наведени текст је предложио Секретаријат УНЦИТРАЛ-а у документу УН-а A/CN.9/784.

Први начин одређивања примене УПТ назива се енглески *opt out*, а други *opt in*. То значи да је у првом случају (ако је међународни уговор закључен после 1. априла 2014. године) потребно изричито искључење у међународном уговору или сагласној изјави држава уговорница да се Правила не би применила,[19] док је у другом случају (за уговоре закључене пре тога), потребна изричита инкорпорација УПТ да би се она применила. Већ 2015. године, могућност споразумне инкорпорације је искоришћена у једном предмету, те су УПТ примењена у арбитражи спроведеној по УАП на основу сагласности странака у спору. Дата арбитража је покренута на основу „старог" међународног уговора који је ступио на снагу 2001. године.[20]

Од међународних уговора који су на снази, Србија има само један двострани споразум, са Канадом[21], који је закључен после релевантног датума. Према томе, за све остале међународне уговоре (којих има 48), потребно је, да би се Правила о транспарентности примењивала, да се странке у спору (улагач и тужена држава), или Србија и друга држава уговорница из тих међународних уговора, споразумеју о њиховој примени. Поред тога, треба имати у виду да Споразум са Канадом садржи и одредбу о приступу јавности усменој расправи и документима (члан 31) која, у мери у којој је супротна са Правилима о транспарентности, искључује примену тих правила.[22]

Маурицијска конвенција је инструмент којим уговорне стране у инвестиционим међународним уговорима закљученим пре 1. априла 2014. године дају изричити пристанак на примену УПТ у споровима који буду покренути на основу тих међународних уговора, без обзира на то да ли се арбитража покрене на основу УАП или неких других арбитражних правила. Сходно томе, ако би Србија постала чланица Конвенције, тиме би се обавезала на примену УПТ у свим арбитражама покренутим на основу ранијих 48 међународних инвестиционих уговора чија је чланица. Међутим, ако улагач (тужилац) не би био држављанин државе чланице Маурицијске конвенције, био би потребан и његов пристанак да би се УПТ применила на дати поступак (Маурицијска конвенција, члан 2, став 2).

---

[19] Странке у спору не могу искључити примену УПТ у споровима на основу међународног уговора који је закључен после релевантног датума. J. Paulsson, G. Petrochilos, *UNCITRAL Arbitration*, Kluwer Law International 2017, 399.

[20] *Iberdrola, S.A. and Iberdrola Energia. S.A.U. v. Bolivia* (PCA Case No. 2015-05). Арбитража је покренута на основу двостраног споразума о заштити улагања између Шпаније и Боливије. Ch. Leathley, D. Paez, Uncitral Transparency Rules Applied fot the First Time in Investor-State Arbitration, Herbert, Smith, Freehills, PIL Notes, 26 October 2015, https://hsfnotes.com/publicinternationallaw/2015/10/26/uncitral-transparency-rules-applied-for-the-first-time-in-investor-state-arbitration/ [21. jul 2018]. Репозиторијум је према споразуму странака био Стални арбитражни суд у Хагу: http://www.pcacases.com/web/view/115

[21] Закључен 1. септембра 2014, ступио на снагу 27. априла 2015.

[22] УПТ, члан 1, став 7.

На крају треба додати да је могућа и шира примена Правила о транспарентности, у инвестиционим арбитражама које се воде по другим арбитражним правилима уколико се странке тако споразумеју.[23] Управо је у једном ИЦСИД-овом предмету први пут дошло до примене Правила о транспарентности у пракси.[24]

3. РАЗЛОЗИ ЗА ДОНОШЕЊЕ ПРАВИЛА О ТРАНСПАРЕНТНОСТИ

УПТ су ступила на снагу 1. априла 2014. године. Да би се разумело зашто је до тога дошло треба се вратити деценију и по уназад. Почетак миленијума обележила је појава већег броја арбитража између улагача и државе које су се водиле или на основу арбитражних правила ИЦСИД-а или УНЦИТРАЛ-а. Основ за надлежност била је унапред дата сагласност држава да буду тужене због евентуалног кршења међународних споразума о заштити улагања. Арбитражне клаузуле којима се прихвата надлежност арбитара налазиле су се у тим споразумима и давале су могућност улагачу да бира између ова два скупа арбитражних правила (понекад и неких других). Улагачи су се у већем броју случајева опредељивали за ИЦСИД, а отприлике двоструко ређе за УНЦИТРАЛ арбитражу.[25] Између два конкурентска система, постојала је једна значајна разлика – док је УНЦИТРАЛ-ова арбитража могла да остане потпуно тајна, то није био случај са ИЦСИД-овом.[26] Арбитражна правила ИЦСИД-а, тачније речено, Административни и финансијски правилник ИЦСИД-а садржи одредбу која обавезује Генералног секретара ове институције да објави све важне податке о покретању, вођењу и завршетку сваког поступка,[27] посебно о начину конституисања и саставу сваког арбитражног суда и одбора. Затим, Генерални секретар у регистру такође заводи све важне податке који се односе на захтеве за допуну, исправку, тумачење, ревизију и поништај арбитражне одлуке, као и застој са извршењем одлуке.[28]

---

[23] УПТ, члан 1, став 9.

[24] *BSG Resources Limited v. Republic of Guinea* (ICSID Case No. ARB/14/22). Ch. Leathley, D. Paez, Uncitral Transparency Rules Applied fot the First Time in Investor-State Arbitration.

[25] Око 448 арбитражних поступака покренуто је на основу арбитражних правила ИЦСИД-а, а око 251 на основу арбитражних правила УНЦИТРАЛ-а. Подаци узети 8. фебруара 2018. са сајта http://investmentpolicyhub.unctad.org

[26] Ово разлика је само једна од манифестација фрагментације међународног инвестиционог права. О фрагментацији у међународном праву уопште, видети код С. Ђајић, Фрагментација међународног права и специјални правни режими. Зборник Правног факултета у Новом Саду, бр. 2/2016, 439-459.

[27] Административни и финансијски правилник ИЦСИД-а, члан 22.

[28] Ibidem, члан 23.

Уколико се обе странке сагласе, објављују се и арбитражне одлуке у целини,[29] „како би се помогло развоју међународног права у односу на улагања,“[30] а у супротном, ИЦСИД је дужан да одмах у својим публикацијама објави изводе из правног образложења арбитражног суда.[31] Наведена правила и повећани број спорова, поклопили су се са светским развојем интернета, те је тако ускоро на вебсајту ИЦСИД-а освануо обиман материјал о арбитражним споровима какав је раније био углавном недоступан науци и широј јавности. По први пут могло се „завирити“ у оно што се до тада дешавало у затвореној арбитражној „судници“. Ускоро су се појавили и независни академски и комерцијални вебсајтови као што је ИТА (*Investment Treaty Arbitration, www.italaw.com*),[32] ИСЛГ (*Investor-State Law Guide*)[33] и Оксфордов *Investment Claims*[34] који су објављивали (и објављују) не само одлуке арбитражних судова ИЦСИД-а, него понекад, али знатно ређе, и одлуке донете на основу правила УНЦИТРАЛ-а.[35] Проширио се и дијапазон доступних докумената, тако да су поред арбитражних одлука (које су често укључивале и одвојена мишљења), почеле да се објављују и процесне наредбе, мишљења вештака и други документи. Већа доступност одлука је била један од фактора који је допринео и једном новом феномену: појави преседана у инвестиционој арбитражи,[36] јер су арбитри сада могли лакше да се упознају са ставовима својих колега по сличним питањима који су заузети у ранијим

---

[29] Овај услов потиче из Вашингтонске конвенције која предвиђа да ИЦСИД не објављује одлуку без пристанка странака (члан 48, став 5).

[30] Енгл: „*with a view to furthering the development of international law in relation to investments.*“Административни и финансијски правилник ИЦСИД-а, члан 22, став 2.

[31] Арбитражна правила ИЦСИД-а, члан 48, став 4.

[32] Главни уредник је професор Ендру Њукомб (Andrew Newcombe) са Унивезитета Викторија у Канади. Овај вебсајт креиран је 2004. године и редовно објављује документе везане за споразуме о заштити инвестиција и инвестициону арбитражу, укључујући и арбитражне одлуке. https://www.uvic.ca/law/facultystaff/facultydirectory/newcombe.php

[33] Овај веб претраживач покренули су 2011. године два позната канадска адвоката и инвестициона арбитра, Грег Терепоски (Greg Tereposky) и Кристофер Томас (Christopher Thomas). Сајт омогућава детаљно претраживање индексираних арбитражних одлука донетих у инвестиционој арбитражи.

[34] http://oxia.ouplaw.com/. Оксфорд университи прес (Oxford University Press) је уређивач ове базе података која садржи преко 1340 арбитражних одлука на дан 14. јула 2018.

[35] УНКТАД је такође почео да објављује на свом вебсајту Инвестмент полиси хаб (*Investment Policy Hub*), http://investmentpolicyhub.unctad.org, арбитражне одлуке, одвојена мишљења и одлуке државних судова о тужбама за поништај арбитражних одлука.

[36] G. Kaufmann-Kohler, Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?, The 2006 Freshfields Lecture, *Arbitration International,* 3/2007, 357; T. Cheng, Precedent and Control in Investment Treaty Arbitration, Fordham International Law Journal, 4/2006, 1014; E. De Brabandere, Arbitral Decisions as a Source of International Investment Law, у књизи: T. Gazzini, E. De Brabandere (eds.), *International Investment Law. The Sources of Rights and Obligations,* Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, 245.

споровима. Арбитри су почели да се позивају на одлуке претходних арбитражних трибунала, мада нису били обавезни да то чине. Понекад су цитати на ранију праксу били једини или доманинанти правни извор за доношење њихове одлуке.

Врло брзо, већ у првим годинама миленијума, поставило се и питање легитимности инвестиционе арбитраже. Један од многих разлога који су против ње навођени, била је и недовољна транспарентност. Према речима једног аутора: транспарентност је нужан услов за легитимност система решавања спорова између инвеститора и државе.[37] Пишући пре петнаест година о кризи легитимности у инвестиционој арбитражи, једна ауторка овако образлаже тај приговор:

> „Будући да је инвестициона арбитража заснована на моделу трговинске арбитраже у коме постоји јака презумција поверљивости поступка, процес решавања спора није транспарентан мада у њему учествује суверена држава. То значи да је на минимум сведен приступ поднесцима и доказима лицима која нису странке (улачаг или суверена држава), да нема прилике за учешће пријатеља суда (amici curiae), а и саме одлуке су често поверљиве и нису доступне јавности“.[38] [фусноте су изостављене]

Ауторка истиче и значајну улогу невладиних организација које су се врло брзо побуниле против политике одлучивања иза затворених врата о питањима која су улазила у њихов домен интересовања.

Један други аутор, у тексту из 2003. године, наводи како је тренд ка већој транспарентности рапидан и како брише све пред собом.[39] Већ те године, процесне наредбе и арбитражне одлуке у неким инвестиционим споровима постале су доступне на интернету, а одржана је и прва усмена расправа отворена за јавност. Тај велики преокрет се догодио у арбитражама вођеним на основу споразума НАФТА у којима је и тај аутор учествовао као адвокат на страни САД-а. НАФТА је споразум о слободној трговини, али садржи и једно поглавље о заштити улагања (поглавље 11) у коме је садржана и арбитражна клаузула на основу које улагачи из држава уговорница могу да туже једну од три државе уговорнице – САД, Канаду и Мексико.

[37] M. Douglas, The Importance of Transparency for Legitimising Investor-State Dispute Settlement: An Australian Perspective, цит. према C. Trehearne, Transparency, Legitimacy, and Investor-State Dispute Settlement: What Can We Learn from the Streaming of Hearings? *Kluwer Arbitration Blog*, 9. June 2018. http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/06/09/transparency-legitimacy-investor-state-dispute-settlement-can-learn-streaming-hearings/?print=pdf

[38] S. D. Franck, The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions, *Fordham Law Review*, Volume 73, 2005, 1544-1545.

[39] B. Legum, Trends and Challenges in Investor-State Arbitration, *Arbitration International,* 2/2003, 144-145.

САД и друге земље извознице капитала су, према овом аутору, изложене притиску да отворе ове поступке за јавност због великог интересовања јавности за спорове који се воде на основу инвестиционих међународних уговора. Сваки такав спор по његовом искуству тангира низ јавних и државних интереса. Као пример за јавни интерес, непосредно везан за административну меру која је била предмет тужбе, износи предмет *Метанекс*, у коме је тужилац тврдио да пропис Калифорније којим је забрањен један адитив за бензин ради заштите јавног здравља (да би се спречило да пијаћа вода има укус терпентина) представља повреду НАФТА-е. Организације и групе које се баве заштитом животне средине у САД-у виделе су у овој арбитражи покушај да се помоћу одредаба међународног уговора, које по њиховом мишљењу служе искључиво заштити интереса корпорација, закочи примена неопходних прописа о заштити животне средине усвојених у демократској процедури. Томе треба додати и интерес пореских обавезника за сваки спор велике вредности који се води против државне касе. Постојала је јака жеља друштвених организација и медија да сазнају шта се поводом таквих тужби „кува“ у арбитарској кухињи. Због тога су, на пример, у предмету *Метанекс* арбитри омогућили увид јавност у транскрипте (записнике) са усмене расправе.[40] САД и Канада су међу првима од држава, у своје ревидиране моделе БИТ-ова из 2004. године унеле и обавезу транспарентности.[41] Може се рећи да је НАФТА био „један од првих инвестиционих споразума у коме је узета у обзир и потреба да се обезбеди већа транспарентност“[42] и споразум који је „вероватно постигао највиши ниво транспарентности у области инвестиционе арбитраже“.[43]

4. ШТА ЈЕ ОБУХВАЋЕНО ПРАВИЛИМА О ЈАВНОСТИ ПОСТУПКА?

4.1. Имена странака и чињеница да је покренут арбитражни спор

У арбитражном поступку по правилима ИЦСИД-а, обавеза је Генералног секретара, предвиђена у правилу 22 Административног и финансијског правилника, да објави регистрацију сваког захтева за арбитражу, што подразумева навођење имена странака и датума регистрације. У време када је

[40] *Methanex v. United States*, Transcripts for Merits Hearing (2004), http://www.naftalaw.org.

[41] S.D. Franck, фуснота 90.

[42] E. de Brabandere, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law,* 158.

[43] *Biwater Gauf v. Tanzania* (ICSID Case No. ARB/05/22), Procedural Order No. 3, 29. септембар 2006, пасус 131.

ова обавеза установљена, 1968. године, било је предвиђено вођење регистра арбитражних спорова који би био доступан јавности, уз објављивање релевантних података у папирним публикацијама Центра. Међутим, са доласком интернета, регистар и информације садржане у њему постале су доступне много широј јавности. Осим тога, на вебсајту ИЦСИД-а одмах по регистрацији, поред поменутих објављује се и низ других података: о предмету спора (нпр. *agricultural enterprise*), о економском сектору (нпр. *Agriculture, Fishing & Forestry*), инструментима на које се тужилац позива (нпр. *BIT Canada – Serbia* 2014, *BIT Serbia – Cyprus* 2005),[44] меродавним правилима поступка (нпр. *ICSID Convention – Arbitration Rules*). Поред имена странака објављују се и њихово држављанство[45] и имена њихових заступника.

Пре усвајања УПТ, могло се догодити да се инвестициона арбитража по правилима УНЦИТРАЛ-а започне и оконча без икаквог увида јавности.[46] То ће сада бити све ређе случај, уколико пре УПТ почну да се примењују. Као хронолошки прва „обавеза на транспарентност" на основу члана 2 УПТ јавља се обавеза објављивања података о почетку арбитражног поступка. За разлику од ИЦСИД-овог правила 22, које обавезује генералног секретара да објави релевантне податке, у УНЦИТРАЛ-овој арбитражи не постоји увек институција која би регистровала захтев за арбитражу. По УАП (члан 3, ст. 1 и 2), тужилац обавештење о арбитражи шаље другој (туженој) странци и тренутак када она прими то обавештење сматра се почетком арбитражног поступка. Због тога и „обавеза на транспарентност" терети делимично и странке, које имају обавезу да доставе обавештење о арбитражи репозиторијуму (*repository*) чија су улога и начин одређивања, описани у члану 8 УПТ.[47] Релевантни тренутак од када ова обавеза ступа у дејство је тренутак покретања поступка. Обе стране имају обавезу обавештавања и било која од њих може обавестити репозиторијум о покретању поступка, али на различит начин. Ако то чини тужени, довољно је да репозиторијуму пошаље

[44] Подаци су, примера ради, узети из последњег спора који је регистрован против Србије, 22. марта 2018. године.

[45] Тужена под одређеним условима може бити и нека федерална јединица или јединица локалне самоуправе, тако да навођење држављанства и код тужене стране има смисла.

[46] Тако је, на пример, све до пре пар година била тајна информација о постојању арбитражног спора вођеног по УАП између мађарског привредног друштва Цивиш и Републике Србије, на основу двостраног споразума о заштити и унапређењу инвестиција између СРЈ и Мађарске од 20. јуна 2001. године. Вест о постојању тог спора објавио је онлајн часопис *IA Reporter* 19. aprila 2016. godine под насловом: *Balkans update: Unpublicized Treaty cases come to light – Medusa v. Montenegro and Civis v. Serbia*. Предмет је окончан арбитражном одлуком 2010. године.

[47] Према овом члану, репозиторијум је Генерални секретар УН-а или институција коју буде именовао УНЦИТРАЛ. Репозиторијум је доступан на интернету: http://www.uncitral.org/transparency-registry/registry/index.jspx

обавештење о арбитражи које је примио од тужиоца. Ако пак то чини тужилац, поред обавештења о арбитражи мора репозиторијуму послати и потврду да је доставио обавештење о арбитражи туженом. Разлог за овај додатни захтев је евидентан – да се не би догодило да репозиторијум буде обавештен о арбитражи пре туженог.[48] Када прими прописане акте, репозиторијум има обавезу да одмах обавести јавност о именима странака у спору, о сектору привреде у коме се спор појавио и о међународном уговору на основу кога је спор покренут. Видљива је сличност са ИЦСИД-овом праксом, али постоји и једна разлика, јер репозиторијум објављује само имена странака, али не и њихово држављанство. Држављанство тужиоца може бити предмет спорења између странака, па се изостављањем тог податка избегава могућност да се репозиторијум упушта у субјективну оцену ове чињенице о којој тек треба да се изјасни арбитражно веће.[49]

Рацио ових одредаба је да се јавност обавести о чињеници да је у току арбитражни спор. Инвестициона арбитража се по овој карактеристици суштински разликује од комерцијалне арбитраже, јер ниједна арбитражна институција, колико нам је познато, нема обавезу да објави податке о покретању арбитражног спора нити имена странака у спору. Поменимо само арбитражни суд МТК (ICC) и Лондонски суд међународне арбитраже (LCIA) – ни једна ни друга институција не објављује податке о регистрацији нових спорова.

4.2. Имена арбитара и имена пуномоћника

Поред имена странака, Генерални секретар ИЦСИД-а на вебсајту ове институције објављује и имена арбитара и њихове функције у већу (председник, арбитар тужиоца, арбитар туженог) чим буду именовани и прихвате именовање. Такође, објављују се имена пуномоћника странака. Објављивање имена арбитара у комбинацији са објављивањем арбитражних одлука, омогућило је пуномоћницима странака да проучавају искуство и ставове арбитара о важним питањима која се често понављају у инвестиционој арбитражи и да на основу тога одређени број арбитара добије значајан број именовања у истој улози. Могло би се готово рећи да су се одређени арбитри „специјализовали“ за тачно одређене функције у арбитражном већу, на пример Брижит Стерн за функцију арбитра туженог, а Чарлс Брауер за функцију арбитра тужиоца. Према УНЦТАД-овом вебсајту Стернова је до сада имала 87 именовања управо на ту функцију од 2003. до 2017. године, а Брауер 42 именовања на ову другу функцију, почевши од 1997. до 2017.

[48] J. Paulsson, G. Petrochilos, 423.
[49] *Ibidem*.

године.[50] Доступност информација омогућила је такође да се прате узастопна именовања истог арбитра од исте странке или истог адвокатског друштва која су у одређеним (ретким) случајевима довела и до изузећа у ИЦСИД-овом арбитражном поступку.[51] Сматра се да уз помоћ објављених података о спору странке и њихови пуномоћници могу изводити и преко потребне закључке о ефикасности појединих арбитара, посебно председника већа, а повећава се и одговорност арбитара за донету одлуку.[52] Слично се може рећи и за перформансе пуномоћника, јер објављени подаци омогућавају странкама да утврде колико искуство имају у инвестиционим споровима и какав успех у спору су поједина адвокатска друштва као пуномоћници странака остварила.

Имајући у виду важност објављивања састава арбитражног већа и пуномоћника странака, помало чуди чињеница да УПТ не помињу овај податак као релевантан. То не значи, међутим, да састав арбитражних већа која поступају по УНЦИТРАЛ-овим правилима остаје до краја непознат, будући да одлуке на крају ипак буду објављене, за шта се најчешће постара победничка странка.[53]

Све ово је у знатној мери утицало и на трговинску арбитражу. По први пут у својој историји, међународни арбитражни суд МТК је 2016. године одлучио да почне да објављује имена арбитара, њихово држављанство и податке о томе ко их је именовао и у ком својству су поступали у предмету у коме су именовани (као арбитар појединац, председавајући, арбитар тужиоца или арбитар туженог).[54] Како би се сачувала поверљивост поступка, не објављује се број предмета нити имена странака и пуномоћника, а странке могу споразумно да искључе ову могућност. Омогућено је претраживање по имену арбитра и по земљи његовог односно њеног држављанства, а може се утврдити и који је арбитар учествовао у истој арбитражи са другим ар-

[50] UNCTAD, Investment Policy Hub, Arbitrators and Annulment Committee Members [17. август 2018].

[51] Видети опширније, у књизи: M. Kinnear, F. Nitschke, Disqualification of Arbitrators under the ICSID Convention and Rules у књизи: C. Giorgetti (ed), *Challenges and Recusals of Judges and Arbitrators in International Courts and Tribunals*, Brill, Leiden, Boston, 2015, 57 и даље.

[52] C. Rogers, 1323; B. Coppo, Confidentiality in the Arbitration Rules of the Milan Chamber, у књизи: *The Rise of Transparency in International Arbitration* (eds. A. Malatesta, R. Sali), Juris, 2013, 150.

[53] Због све већег значаја арбитраже, за ову област се специјализовало неколико стручних часописа доступних онлајн, чији агилни новинари успевају да сазнају овакве податке, чак и када су заштићени поверљивошћу. То су пре свега *IA Reporter* и *GAR*. У тексту о новооткривеним арбитражама на Балкану, који је поменут у фусноти 46, новинар је незнаним путем успео да дође до имена арбитара у спору између мађарске фирме Цивиш и Републике Србије.

[54] ICC Begins Publishing Arbitrator Information in Drive for Improved Transparency, ICC (27. јун, 2016), https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-begins-publishing-arbitrator-information-in-drive-for-improved-transparency/ [17. јул 2018.]

битром.[55] Ови подаци који су фасцинантни сами по себи били би још кориснији за проучавање арбитраже када би се објавила и држављанства странака.

Ни друге институције више не скривају имена арбитара. На пример, Стокхолмски институт за арбитражу у часопису *Stockholm International Arbitration Review*, већ дуги низ година објављује одлуке у којима се наводе имена арбитара и пуномоћника странака.[56] Имена арбитара остају наведена у оригиналу и у редигованој одлуци Арбитражне институције Привредне коморе Милана. Поједини аутори сматрају да је опредељење арбитражне институције о томе да ли ће објављивати имена арбитара у анонимизованим арбитражним одлукама, од кључног значаја за арбитре и да они треба да буду унапред обавештени о томе.[57]

4.3. Арбитражна одлука и начин окончања спора

Правило 22 Административног и финансијског правилника ИЦСИД-а предвиђа обавезу Генералног секретара да на одговарајући начин објави информацију о датуму и начину окончања сваког арбитражног поступка покренутог у оквиру Центра. Та одредба ипак не гарантује да ће свака ИЦСИД-ова одлука бити објављена.[58]

Према члану 48, став 5 Вашингтонске конвенције ИЦСИД не објављује арбитражну одлуку без пристанка странака. Од 2006. године и измена Арбитражних правила ИЦСИД-а које су тада усвојене, ако пристанка странака нема, ИЦСИД је дужан да одмах у својим публикацијама објави изводе из правног образложења арбитражног суда (Арбитражна правила ИЦСИД-а, члан 48, став 4).[59] Странкама се обично поставља питање да ли су сагласне са објављивањем одлуке на првој седници арбитражног суда.[60] Ако је сагласност добијена, Центар одлуку, када буде донета, објављује у пуном тексту на два места – у часопису *the ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*[61]

---

[55] Подаци се могу наћи на следећој адреси: https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/icc-arbitral-tribunals/ [17. јул 2018].

[56] C. Rogers, фуснота 93. Вид. такође вебстраницу поменутог часописа, где се изричито помиње оваква политика објављивања арбитражних одлука: http://www.jurispub.com/Bookstore/International/Stockholm-International-Arbitration-Review-SIAR.html

[57] B. Coppo, 150.

[58] Један мали број одлука остао је необјављен. C. Schreuer et al, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2nd ed. Cambridge University Press, 2009, 837.

[59] Међутим, Секретаријат још увек не објављује систематски изводе из одлука, вероватно због тога што су се други постарали да те одлуке буду доступне у интегралном тексту.

[60] Ch. Schreuer et al, 835-6.

[61] Одлуке арбитражних судова објављују се у још две познате публикације: *ICSID Reports* који издаје *Lauterpacht Centre for International Law* и *International Legal Materials* (ILM), који издаје ASIL (*American Society of International Law*).

и на вебсајту ИЦСИД-а.[62] Странке нису везане чланом 48, став 5 Вашингтонске конвенције, који је упућен само Центру, односно ограничава само његово право на објављивање одлуке условом да мора да прибави сагласност странака.[63] Уколико није закључила споразум о поверљивости арбитражне одлуке, странка има право да објави одлуку по свом нахођењу, и упркос противљењу друге странке.

Већина других арбитражних правила предвиђа да се арбитражна одлука не сме објавити без пристанка странака. Тако УАП у првобитној верзији из 1976. године, у члану 32, ставу 5, траже сагласност обе странке за објављивање арбитражне одлуке. У УАП из 2010. године, одредба је проширена на следећи начин:

> „5. Арбитражна одлука може да се објави уз пристанак свих странака или када се њено приказивање захтева од странке због неке њене законске обавезе, ради заштите или вршења неког права или у вези с поступком пред државним судом или неким другим надлежним органом.“

Очигледно је да је УНЦИТРАЛ-ов режим објављивања одлуке строжи од ИЦСИД-овог јер текст одредбе обавезује и странке као учеснике у арбитражном поступку, тако да оне не би смеле појединачно да објаве одлуку ако се друга страна томе противи.

Међутим, са доласком УПТ правило из члана 32, став 5 УАП се мења, јер се пристанак странака више не тражи. Поједини документи међу којима се истиче арбитражна одлука, обавезно се и аутоматски објављују (члан 3, став 1 УПТ).[64]

Док Правила МТК не садрже изричиту одредбу о објављивању одлука, Правила ЛЦИА су на страни поверљивости: члан 30 став 3 ЛЦИА предвиђа да ни арбитражна одлука ни њени делови не смеју да се објаве без претходне писане сагласности странака и арбитара.

За сада, ван контекста инвестиционе арбитраже, арбитражне одлуке се још увек ретко објављују у пуном тексту, без интервенција.[65]

Ипак, постоје јасне назнаке да се и у трговинској арбитражи ситуација убрзано мења. Доктрина се одавно залаже за објављивање,[66] са све више

---

[62] https://icsid.worldbank.org.

[63] Видети *Biwater Gauf v. Tanzania* (ICSID Case No. ARB/05/22), Procedural Order No. 3, 29. септембра 2006, пасус 119, у коме се цитира прво издање коментара Конвенције: C. Schreuer, *The ICSID Convention, A Commentary*, Cambridge University Press, 2002, 819-828.

[64] J. Paulsson, G. Petrochilos, 429.

[65] E. de Brabandere, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law,* 158.

[66] J.D.M. Lew, The Case for the Publication of Arbitration Awards, у књизи J. C. Schultsz, A.J. van den Berg (eds), *The Art of Arbitration: Essays on International Arbitration Liber Amicorum Pieter Sanders 12 September 1912–1982*, Kluwer Law and Taxation Publishers 1982, 223.

аргумената.[67] Многе институције (на пример МТК,[68] СЦЦ, ЦАМ, Швајцарске коморе итд.), објављују изводе из одлука или редиговане верзије арбитражних одлука из којих су избрисана имена странака и други подаци који би могли да помогну у идентификацији странака и спора.[69] Арбитражна одлука у том облику понекад се назива и „анонимизована" или „санитаризована". Додуше, и за објављивање у том облику већином се тражи пристанак обеју странака или бар одсуство приговора једне од странака.

4.4. Процесне наредбе

Арбитражна правила ИЦСИД-а тренутно не уређују питање објављивања других одлука арбитражног суда, као што су одлуке о надлежности и процесне наредбе. До сада је Центар поступао са овим одлукама и наредбама на исти начин као и са коначном арбитражном одлуком. Према предлогу за измену Арбитражних правила ИЦСИД-а, уводи се изричита одредба којом ће се проширити доступност ових докумената, ради развијања доследне арбитражне праксе.[70]

То је већ уведено у УПТ која предвиђају аутоматско објављивање не само арбитражних одлука, него и одлука о надлежности и процесних наредби (члан 3, став 1: *the following documents shall be made available to the public: ....orders, decisions and awards of the arbitral tribunal*.)

Један од најчешће цитираних предмета којем се арбитражни суд бавио питањем тајности различитих врста докумената у арбитражном поступку по правилима ИЦСИД-а је предмет *Бајвотер Гауф против Танзаније* (*Biwater Gauff* v. *Tanzania*).[71] Питање се поставило када је тужилац захтевао да

[67] A. Malatesta, R. Sali (eds.), *The Rise of Transparency in International Arbitration: The Case for the Anonymous Publication of Arbitral Awards*, Juris 2013; J. Karton, A Conflict of Interests: Seeking a Way Forward on Publication of International Arbitral Awards, *Arbitration International*, 2012, 447; P. Comrie-Thomson, A Statement of Arbitral Jurisprudence: The Case for a National Law Obligation to Publish International Commercial Arbitral Awards, *Journal of International Arbitration,* 2/2017, 275; Chang-fa Lo, On a Balanced Mechanism for Publishing Arbitral Awards, *Contemporary Asia Arbitration Journal,* 235 (2008).

[68] Почевши од деведесетих, одлуке МТК се редовно објављују у изводима или у редигованом облику, и то у следећим публикацијама: *ICC Bulletin*, *Collection of ICC Arbitral Awards, Yearbook Commercial Arbitration,* и *ASA Bulletin*. На вебсајту ICC Digital Library, доступан је бесплатно списак 640 објављених одлука уз навођење публикације у којој су објављене http://library.iccwbo.org/dr-awards.htm#horizontalTab12 [24. јул 2018].

[69] Сличну праксу уводи код нас и Београдски арбитражни центар. Видети члан 9, став 2 Правилника БАЦ-а. http://www.arbitrationassociation.org/wp-content/uploads/2015/02/Pravilnik-Beogradskog-Arbitraznog-Centra.pdf

[70] The ICSID Rules Amendment Process, стр. 3.
https://icsid.worldbank.org/en/documents/about/icsid%20rules%20amendment%20process-eng.pdf

[71] Видети у домаћој литератури: П. Ђундић, Учешће лица која нису странке у арбитражном поступку и заштита јавног интереса пред арбитражним судом ИКСИД, Зборник Правног факултета у Новом Саду, бр. 3/2012, 321, 333-335.

арбитражни суд донесе привремену меру којом би туженој (Танзанији) забранио да на интернету објави процесну наредбу арбитражног суда.[72] У новој процесној наредби, арбитражни суд је на 43 странице образложио да без посебног споразума странака о тајности, нема општег правила које би од њих захтевало да чувају тајност поступка, као што нема ни општег правила којим би се наметнула транспарентност у ИЦСИД арбитражи. При том се изјаснио, појединачно, о могућности објављивања разних докумената који се размењују у арбитражном поступку. Када су у питању процесне наредбе заузео је следећи став:

> „С обзиром на третман арбитражних одлука, и третман таквих материјала у инвестиционој арбитражи уопште, требало би да постоји претпоставка да је дозвољено објављивање одлука, наредби и упутстава арбитражног суда.“
> „Ипак, будући да се природа и предмет таквих одлука, наредби и упустава арбитражног суда веома разликују, ...о објављивању ове категорије докумената треба да одлучује арбитражни суд, од случаја до случаја.“[73]

Сличну тенденцију примећујемо и у трговинској арбитражи. У пракси МТК већ су објављиване процесне наредбе у анонимизованом облику, систематизоване по појединим значајнијим питањима. На пример, објављене су збирке процесних наредби које се односе на обезбеђење арбитражних трошкова (*security for costs*), језик арбитраже, рокове, итд. у поступку по арбитражним правилима МТК.[74]

4.5. Поднесци и докази

Арбитражна правила ИЦСИД-а не регулишу питање доступности поднесака. Из тога се изводи закључак да странке могу слободно да објаве сопствене поднеске.[75] Ипак, у предмету *Бајвотер против Танзаније*, арбитражни суд је ограничио ту могућност, бар док је спор у току, јер би „неједнако објављивање поднесака могло да створи погрешан утисак о овом поступку.“[76]

---

[72] Тужена је објавила записник са припремног рочишта и Процесну наредбу број 2 на вебсајту ИТА. Арбитражни суд је одлучивао о захтеву тужиоца за одређивање привремене мере у Процесној наредби број 3. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0089.pdf

[73] *Biwater Gauf v. Tanzania* (ICSID Case No. ARB/05/22), Procedural Order No. 3, 29. септембра 2006, пасуси 152 и 153.

[74] Видети списак објављених процесних наредби по појединим темама, на сајту: http://library.iccwbo.org/dr-proceduraldecisions.htm

[75] C. Schreuer et al, 698; *Biwater Gauf v. Tanzania*, пасус 131.

[76] Видети такође М. Јовановић, 246-247.

Други разлог је био тај што би поднесци једне стране могли да садрже детаље о документима које је друга страна предала у току поступка предаје доказа.[77] Исто се односило и на изјаве сведока и вештака, приложене у поднесцима.

У службеним објашњењима уз прву верзију Арбитражних правила ИЦСИД-а наводи се да:

> „Није забрањено да странке објаве своје поднеске. Међутим, странке се могу споразумети да то не учине, нарочито ако сматрају да би објављивање могло да заоштри спор (*exacerbate the dispute*).“[78]

У предмету *Абаклат и други против Аргентине*, арбитражни суд се позвао на ову одредбу и констатовао да би у том поступку, ризик заоштравања спора био још већи због агресивног тона појединих страначких поднесака, те је ради „очувавања конструктивне атмосфере и уредног одвијања арбитражног поступка”, забранио објављивање поднесака.[79]

УНЦИТРАЛ-ова правила о транспарентности наводе да ће следећи документи бити доступни јавности (члан 3, став 1):

> „обавештење о арбитражи, одговор на обавештење о арбитражи, тужба, одговор на тужбу, све даље писане изјаве и писани поднесци странака, табеларни списак у коме се наводе сви докази приложени у наведеним поднесцима и у мишљењима вештака и изјавама сведока, уколико је списак те врсте припремљен у поступку, али не и сами докази...“.

Арбитражни суд је дужан да пошаље ове поднеске репозиторијуму чим их добије, а репозиторијум је дужан да их објави, уз поштовање члана 7 који регулише третман поверљивих и заштићених информација.[80] Такође у УПТ се као разлог који би могао спречити објављивање поднесака, помиње то што би њихово објављивање могло негативно утицати на дигнитет арбитражног поступка (*integrity of the proceedings*).[81]

---

[77] *Biwater Gauf v. Tanzania,* пасус 158.

[78] *Rule 30, Note F, 1 ICSID Reports 9.* Цитирано у спору *Abaclat and others (case formerly known as Giovanna a Beccara and others) v. The Argentine Republic,* (ICSID Case No. ARB/07/5), Procedural Order No. 3 (Confidentiality Order), 27 јануар 2010, пасус 71 и у спору *Biwater Gauf v. Tanzania,* пасус 125.

[79] *Abaclat and others (case formerly known as Giovanna a Beccara and others) v. The Argentine Republic,* пасуси 102 и 103.

[80] Видети детаљније, М. Јовановић, 249.

[81] Примери које УПТ дају за негативан утицај на дигнитет арбитражног поступка су: ако би објављивање могло да спречи да се прикупе или предају докази, ако би водило застрашивању сведока, адвоката који заступају странке у спору или чланова арбитражног већа или у другим сличним изузетним околностима (члан 7, став 7). У Коментару УПТ се наглашава да овај изузетак треба уско тумачити и да је у Радној групи било немогуће постићи консен-

Заоштравање спора до кога би могло доћи због објављивања података не фигурира као изузетак у члану 7 УПТ. Како објашњавају коментатори, члан 3, став 1 УПТ предвиђа објављивање поднесака већ у току поступка што није случајно, јер је том одредбом изричито одбачено гледиште које је било предмет расправе Радне групе током израде УПТ, према коме би објављивање требало предвидети тек пошто се поступак оконча, да се не би негативно одразило на ток арбитражног поступка.[82] Ова је одредба (којом се налаже обавезно, аутоматско и истовремено објављивање поднесака странака) такође у супротности са досадашњом праксом инвестиционих арбитара који су били много опрезнији када је у питању објављивање поднесака у току трајања спора и најчешће су то забрањивали.[83]

На крају треба приметити, да упркос подржавању „транспарентности", правила не предвиђају објављивање доказа, бар не аутоматско. Наиме, у ставу 2 и 3 члана 3 УПТ наведено је:

> „Уз поштовање члана 7 [поверљиве и заштићене информације], извештаји вештака и изјаве сведока, изузев доказа који су им приложени, учиниће се доступним јавности, на захтев било ког лица, који буде поднет арбитражном суду."
> „Уз поштовање члана 7 [поверљиве и заштићене информације], арбитражни суд може да одлучи, на сопствену иницијативу или на захтев било ког лица, после консултација са странкама у спору, да ли ће и како учинити доступним доказе и све друге документе предате арбитражном суду или издате од арбитражног суда који нису обухваћени ставовима 1 или 2 овог члана. То може на пример да се обезбеди стављањем ових докумената на одређени вебсајт како би се учинили доступним."

Из наведеног видимо да чињеница да докази нису аутоматски доступни јавности не значи да су аутори УПТ желели да ограниче њихову доступност, већ само да су тражили практично решење којим би се избегао терет, односно утрошак времена и новца који би био неопходан да би се аутоматски ставио на увид јавности читав спис спора.[84]

У предмету *БСГР против Гвинеје* (*BSG Resources Limited v. Guinea*), у коме је уговорена примена УПТ, странке су се споразумеле да и докази поднети у поступку, буду стављени на увид јавности.[85]

зус о неким даљим примерима изузетних околности осим ова два која су изричито наведена. Lise Johnson, Nathalie Bernasconi-Osterwalder, 23.

[82] J. Paulsson, G. Petrochilos, 430.

[83] E. de Brabandere, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law,* пасус 157.

[84] J. Paulsson, G. Petrochilos, 430.

[85] Ibidem, 409.

4.6 Изношење детаља о предмету у медијима

Веома рано, већ у предмету *Амко против Индонезије* из 1981. године, у ИЦСИД арбитражи се поставило питање да ли странка у току поступка може медијима да саопшти информације о спору и току поступка. Индонезија је тражила привремену меру од арбитражног суда којом ће се забранити тужиоцу да подстиче писање штампе о спору са образложењем да се тиме може заоштрити спор и нанети штета њеној економији. Нема одредаба о овоме у Вашингтонској конвенцији нити у Арбитражним правилима ИЦСИД-а, али се Индонезија позвала на опште начело поверљивости арбитражног поступка. Одговор тужиоца је био да Конвенција и Арбитражна правила не забрањују странкама да говоре о предмету и о статусу арбитраже у јавности или уопште. Арбитражни суд је дао за право тужиоцу и одбио да донесе привремену меру, с позивом на недостатак правног основа, мада је напоменуо да постоји добро и поштено, практично правно правило да странке у правном спору треба да се у сопственом интересу уздрже о предузимања било чега што би могло да погорша и заоштри спор, чиме би се његово решавање учинило још тежим. [86] То је став арбитара у предмету *Амко против Индонезије* који ће после њих следити и други инвестициони арбитри.

На пример, у предмету *Металклад против Мексика*, тужена држава је тражила привремену меру којом би се забранило објављивање сваке информације о предмету. Арбитри су између осталог, навели: „Мада се често каже да је један о разлога за избор арбитраже избегавање публицитета, странке ипак имају право да јавно говоре о арбитражи, изузев у случају када су закључиле уговор којим се предвиђа ограничење тог права.“[87] На основу тога, одбили су да донесу тражену привремену меру, али су додали да се

> „арбитражном суду ипак чини да би било од интереса за уредно одвијање арбитражног поступка и да би помогло одржавању сарадње између странака, ако би током поступка обе странке ограничиле јавну дискусију о предмету на минимум, уз једини услов да поштују споља наметнуту обавезу објављивања којом је једна од њих правно везана.“[88]

Ситуација се обрнула у предмету *Бајвотер против Танзаније*, у коме је тужилац (улагач) тражио привремену меру због тога што је Танзанија на интернету објавила записник са прве процесне конференције и Процесну

[86] Decison on Request for Provisional Measures in Arbitration between *Amco Asia Corporation et al. and Indonesia*, 24 *I.L.M.* 365 (1985), пасус 5, [20. јула 2018. на сервису Hein Online].

[87] *Metalclad Corp.* v. *The United Mexican States*, (ICSID Case No. ARB(AF)/97/1), Decision on a Request by the Respondent for an Order Prohibiting the Claimant from Revealing Information, 27. октобар 1997, пасус 9.

[88] *Ibidem*, пасус 10.

наредбу бр.2 која је после тог састанка донета. У Процесној наредби број 3 у којој су одлучивали о захтеву тужилаца да се заштити поверљивост, арбитри су препоручили странкама следеће:

> „Ради избегавања сваке сумње, странке могу да се упусте у јавну дискусију о предмету, под условом да таква јавна дискусија буде ограничена на неопходно и да не буде коришћена као инструмент којим ће се странке антагонизовати, заоштрити њихова неслагања, извршити непримерен притисак на једну од њих или потенцијално отежати решавање спора, или како би се заобишле одредбе ове Процесне наредбе.“[89]

Арбитри су у овом предмету посебну пажњу поклонили равнотежи између интереса транспарентности и интереса да се заштити дигнитет и уредно одвијање арбитражног процеса (*procedural integrity of the arbitration*).[90] Док поступак траје постоји очигледна тензија између ова два интереса.[91] Када се арбитражни поступак оконча доношењем коначне одлуке, интереси заштите дигнитета и уредног одвијања арбитражног процеса више нису актуелни, па се тада детаљи о предмету могу слободно објављивати у медијима.[92] Стога су арбитри, цитирајући претходне одлуке у предметима *Левен* и *Металклад,* донете на основу споразума НАФТА, закључили да би било „корисно за уредно одвијање арбитражног поступка уколико би обе странке ограничиле јавно расправљање о предмету на оно што се сматра неопходним (*Левен*, пасус 26), „уз једини услов да поштују споља наметнуту обавезу објављивања којом је једна од њих правно везана (*Металклад*, пасус 10).“[93]

У трговинској арбитражи ситуација је нешто друкчија. Када је у питању Лондонски суд међународне арбитраже, сматра се да општа обавеза чувања поверљивости арбитраже, предвиђена у члану 30, Правила из 2014. године, обухвата и обавезу да се чува као тајна и сама чињеница да је арбитража покренута и да је у току.[94] Међутим, када је у питању арбитражни суд МТК, обавеза чувања поверљивости није изричито предвиђена у арбитражним

---

[89] *Biwater Gauf v. Tanzania*, Procedural Order No. 3, пасус 149. Готово идентичан текст се налази и у процесној наредби Арбитражног суда у предмету *Abaclat and others (case formerly known as Giovanna a Beccara and others) v. The Argentine Republic,* Procedural Order No. 3, пасус 71.

[90] *B Biwater Gauf v. Tanzania*, пасус 112.

[91] *Ibidem,* пасус, 140.

[92] *Ibidem,* пасус 142.

[93] *Ibidem,* пасус 138.

[94] G. Bianco, Article 2. Publication of information at the commencement of arbitral proceedings, у књизи: D. Euler et al. (eds.), *Transparency in International Investment Arbitration: A Guide to the UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration*, Cambridge University Press, 2015, 82.

правилима из 2017. године. Мада ова институција не објављује податке о покренутом спору, странке у начелу нису везане обавезом поверљивости ако о томе не постоји посебан споразум или док арбитражни суд на захтев једне од њих не донесе такву процесну наредбу (могућност да арбитражни суд донесе такву процесну наредбу предвиђена је у члану 22, став 3 арбитражних правила МТК). Странка би, дакле, могла без лоших последица, објавити податак да је покренула МТК арбитражу или да је МТК арбитража покренута против ње под условом да није закључила споразум о чувању поверљивости поступка и да арбитражи суд није донео такву процесну наредбу.

У Упутствима УНЦИТРАЛ-а о организовању арбитражних поступака (2016), која су превасходно намењена за организовање трговинске арбитраже, пасуси 50-54 посвећени су споразумима о чувању поверљивости арбитражног поступка. Ови пасуси гласе:

> „50. Широко је прихваћено гледиште да се у трговинској арбитражи подразумева правило о повељивости и да је поверљивост пожељна и корисна карактеристика међународне трговинске арбитраже. Међутим, у домаћим законима и арбитражним правилима не постоји јединствени приступ о томе до које мере су учесници у арбитражи обавезни да чувају поверљивост података о арбитражном поступку.
> 51. Ако је поверљивост странкама важна или приоритетна и ако нису задовољне уређењем тог питања у меродавном арбитражном праву или арбитражним правилима, странке се могу споразумети о жељеном режиму поверљивости у мери у којој им је то дозвољено меродавним арбитражним правом.
> 52. Споразум о чувању повељивости може да обухвати једно или више од следећих питања: (а) материјал или информације које ће се држати у тајности (*нпр. чињеница да је у току арбитража, идентитет странака* и арбитара....)....“

Као што се види, споразумом се може предвидети да странке морају да држе у тајности чињеницу да је у току арбитража и идентитет својих противника у спору. Према томе, у одсуству споразума, ни у комерцијалној арбитражи, у већини случајева таква обавеза не терети странке.

4.7. Усмена расправа и записници са расправе

4.7.1. Усмена расправа

Објављивање записника са расправе, а поготово емитовање тока расправе преко медија, били су до почетка овог века незамисливи. Чак је и при-

ступ расправи био строго ограничен. Правило је било да се усмена расправа држава *in camera*, без присуства јавности, да је арбитражни поступак, а посебно усмена расправа, приватног карактера. То се променило 2002. године, када је у инвестиционој арбитражи *УПС против Канаде* арбитражни суд, уз сагласност странака у спору, дозволио да се усмена расправа о приговору ненадлежности одржи уз присуство јавности.[95] Поступак се водио на основу Споразума НАФТА и арбитражних правила УНЦИТРАЛ-а, у организацији ИЦСИД-а. Јавност је искључена у деловима усмене расправе који су се односили на поверљиве информације странака. Настављајући у овом правцу, Канада је 7. октобра 2003. године дала изјаву којом се унапред сагласила са тим да се расправе на основу НАФТА-е одржавају јавно и обавезала се да ће од тужилаца-улагача тражити да се и они сагласе, а од арбитражног суда да спроведе одговарајуће логистичке припреме за „отворену" расправу. Истог дана су и САД дале такву изјаву, а Мексико је пристао на то наредне године. У изјавама држава чланица је речено да се расправа може преносити преко кабловске телевизије или преко интернета.[96]

Недуго потом, промењена су и Арбитражна правила ИЦСИД-а тако да сада предвиђају (члан 32, став 2) следеће:

> „Осим ако се нека од странака успротиви, суд, после консултације са Генералним секретаром, може да дозволи да и друга лица, осим странака, њихових заступника, саветника и адвоката, сведока и вештака за време давања исказа, те службеника суда, присуствују расправи или посматрају целу расправу или њен део, под условом да се за то обезбеди одговарајући логистички аранжман. Арбитражни суд у оваквом случају утврђује поступак за заштиту поверљивих или заштићених информација."

Цитирана одредба и даље оставља могућност свакој од странака да се успротиви јавности усмене расправе, што оне најчешће и чине, тако да је већина расправа и даље затворена за јавност.[97] У предмету *Бајвотер Гауф*,

---

[95] *United Parcel Service of America, Inc*. v. *Government of Canada*, NAFTA/ UNCITRAL Arbitration Rules Proceeding, 7. децембар 2005. Оглас којим се јавност обавештава о томе може се видети на вебсајту ИЦСИД-а: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/Archive_%20Announcement6.html

Касније је и усмена расправа о меритуму отворена за јавност: http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/Archive_%20Announcement23.html

[96] *Elly Lilly and Co. v. Canada, Government of Canada* Submission on Procedural Issues, 2. мај 2014, пасус 138. https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3242.pdf [19.07.2018].

[97] E. de Brabandere, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law,* пасус 162. C. Schreuer et al, 699.

арбитражни суд је одбио захтев пет невладиних организација да присуствују усменој расправи јер се тужилац томе успротивио.[98]

Када међународни уговор на основу кога је арбитража покренута садржи посебне одредбе о јавности усмене расправе, ове одредбе имају предност у односу на вољу странака и обавезујуће су за странке у спору.[99] На пример Споразум о подстицању и заштити улагања између Србије и Канаде предвиђа у члану 31, став 2:

> „2. Рочишта одржана на основу овог дела споразума су отворена за јавност. Суд може одржати затворене делове рочишта, *in camera*, у мери у којој је то потребно да би се заштитиле поверљиве информације."

Претпоставка је по УАП да расправа није јавна, ако се странке нису друкчије споразумеле. УПТ, међутим, одступају од члана 28, став 3 УАП и као основно правило уводе да је усмена расправа у инвестиционој арбитражи отворена за јавност, а изузеци се односе на заштиту поверљивих информација и на одређене случајеве када арбитражни суд уз консултације са странкама, одлучи да је због одређених околности отежано организовати приступ јавности. Најважније је да у поступку по УАП и УПТ, за разлику од поступка по правилима ИЦСИД-а странке немају моћ ветоа, чак ни када су сагласне да не желе присуство јавности на расправи.[100] Усмена расправа у првом предмету спроведеном по УПТ, који смо већ помињали, *БСГР против Гвинеје*, може се погледати на јутјубу и то на два језика, енглеском и француском.[101] Међутим, прва искуства показују да не постоји велико интересовање јавности за ове снимке и да емитовање усмене расправе није много допринело легитимности инвестиционе арбитраже.[102] Исти је случај и са усменим расправама отвореним за јавност које до сада нису биле нарочито посећене.[103]

Ако се странке споразумеју да усмена расправа или делови расправе који нису поверљиве природе буду емитовани преко кабловске телевизије или преко интернета, појављује се ризик да ће се случајно у току расправе открити нека поверљива информација која није за уши јавности. Решење за

---

[98] *Biwater Gauf v. Tanzania*, Procedural Order No. 5, 2. фебруар 2007, пасуси 69–71.

[99] E. de Brabandere, *Investment Treaty Arbitration as Public International Law,* пасус 163.

[100] J. Paulsson, G. Petrochilos, 456.

[101] Hearing *BSGR v Guinea* (ARB/14/22 – March 2018)
https://www.youtube.com/playlist?list=PLTPAfLBOjfQIjsQdhKktyn5SGitGpitLT&spfreload=5

[102] C. Trehearne, 3. Први ИЦСИД-ов предмет у коме је усмена расправа преношена преко интернета био је Пак рим против Салвадора (*Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador* (ICSID Case No. ARB/09/12)).

[103] J. Paulsson, G. Petrochilos, 457.

тај проблем налази се у одложеном емитовању. На пример у предмету *БСГР против Гвинеје* интернет пренос је био одложен за један сат у односу на стварни ток расправе.[104]

На крају треба рећи да развој догађаја у комерцијалној арбитражи, бар за сада, није отишао тако далеко да се тражи јавност усмене расправе. Овај вид арбитаже остаје резервисан за непосредне учеснике у спору. На пример, Арбитражна правила МТК од 1. марта 2017. године предвиђају у члану 26, став 3: „Лица која не учествују у поступку неће имати приступ усменој расправи, осим уз одобрење арбитражног суда и странака." Правила ЛЦИА од 1. октобра 2014. године предвиђају у члану 19, став 4: „Свака усмена расправа се одржава без присуства јавности, осим ако се странке друкчије не сагласе у писаном облику."

4.7.2. Записници са расправе

Природно је да сличан режим као за приступ јавној расправи, важи и за доступност записника са расправе. Према Правилу 22 Административног и финансијског правилника ИЦСИД-а, Генерални секретар може да објави записник са расправе само ако се обе странке са тим сагласе. Сагласност се ретко добија. На пример, у Коментару Вашингтонске конвенције наводи се да је сагласност дата у предмету *Малезијан историкал салворс против Малезије* (*Malaysian Historical Salvors* v. *Malaysia*).[105] *У предмету Бајвотер Гауф*, арбитражни суд је препоручио странкама да се уздрже од објављивања записника са расправе.[106]

Ако странка жели да објави записник са расправе, треба да се обрати арбитражном суду за одобрење.[107] Странке немају право да објављују записник једнострано. У предмету *Ворлд дјути фри против Кеније* (*World Duty Free* v. *Kenya*), тужена је тражила од арбитражног суда привремену меру за заштиту тајности, јер је тужилац објавио аудио запис и писани записник са припремне конференције. Арбитри су заузели јасан став:

> „када није донета одлука да се усмена расправа отвори за јавност, странке не би требало да једнострано преносе записник са расправе."[108]

---

[104] *Ibidem*, фуснота 37.

[105] C. Schreuer et al, 700. *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. The Government of Malaysia* (ICSID Case No. ARB/05/10), Award, 17 May 2007, пасус 32.

[106] *Biwater Gauf v. Tanzania*, Procedural Order No. 5.

[107] Странке често траже одлуку о томе у облику привремене мере. Списак одлука о привременим мерама донетим у оквиру ИЦСИД-а може се наћи на вебсајту Центра: https://icsid.worldbank.org/en/Pages/process/Decisions-on-Provisional-Measures.aspx

[108] *World Duty Free* v. *Kenya* (ICSID CASE NO. ARB/00/7), *the Decision on a Request by Respondent for a Recommendation of Provisional Measures of 25 April 2001.* Одлука о привре-

По УПТ, записник са расправе се засебно третира, у смислу да расправа може бити затворена за јавност, али ће, свеједно, записник са расправе у делу који није поверљиве природе бити аутоматски доступан јавности.[109] Усмена расправа регулисана је у члану 6, а јавност записника у члану 3, став 1 УПТ који се односи на објављивање списа предмета.

У трговинској арбитражи, записници са расправе се не објављују. Они би могли да постану доступни јавности уколико би били употребљени као доказ у поступку поништаја арбитражне одлуке пред националним судом.

4.8. Већање о одлуци

Арбитражна правила ИЦСИД-а предвиђају да је већање тајно и од овога нема изузетка.[110] Ово се не мења ни са новим правилима о транспарентности. На пример, члан 3, став 3 УПТ предвиђа да арбитражни суд може да консултује странке о евентуалном објављивању докумената за које сматра да би требало да се објаве. Коментатори истичу да међу те документе свакако не спадају нацрти арбитражне одлуке и други документи који се односе на већање, на пример емаилови које арбитри размењују ради делиберације. Аутори наглашавају да је тајност већања од суштинског значаја за дигнитет арбитражног поступка, те да ове документе не треба укључити у појам из члана 3, став 3 УПТ који укључује „све друге документе предате арбитражном суду или издате од арбитражног суда“.[111]

5. ЗАКЉУЧАК

Наша хипотеза да је једна од традиционалних карактеристика арбитраже, поверљивост, односно, тајност поступка, током последњих деценија ослабила и уступила место транспарентности, је на основу претходно изложеног истраживања и потврђена. Транспарентност поступка је посебно одлика инвестиционе арбитраже, али се из тог домена прелива и у трговинску арбитражу. Ради што веће транспарентности у инвестиционој арбитражи, донета су 2013. године и посебна Правила УНЦИТРАЛ-а, као и Маурицијска конвенција која треба да обезбеди њихову што ширу примену. Транспарентност или јавност огледа се у томе да одмах на почетку поступка буду објављена имена странака и чињеница да је покренут арбитражни спор, да одмах

меним мерама није објављена, али се битан део њене садржине наводи у арбитражној одлуци у овом предмету. Видети: *Award*, 4. октобар 2006, пасус 16.

[109] J. Paulsson, G. Petrochilos, 430.

[110] Арбитражна правила ИЦСИД-а, члан 15, став 1.

[111] J. Paulsson, G. Petrochilos, 431.

буду позната имена арбитара и пуномоћника, да странке могу да износе детаље о предмету спора у медијима, да се усмена расправа преноси преко интернета, а записници са расправе објављују на вебасајтовима, исто као и процесне наредбе, поднесци и докази, а на крају и арбитражна одлука. Све ово је у знатно мањој мери присутно у трговинској арбитражи, али се и ту назиру обриси веће транспарентности у чињеници да МТК и друге институције сада објављују имена арбитара, да се све већи број одлука и процесних наредби објављује у редигованом облику и да је за заштиту тајности по многим арбитражним правилима потребно закључење посебног уговора. У прилог јавности раде многи интереси: арбитражних институција, арбитара, пуномоћника, невладиних организација, јавног мњења у туженим државама, а не треба заборавити ни интерес великог броја држава и привредних друштава за развојем међународне правне регулативе којом ће се омогућити што већа глобализација трговине и инвестиција и потиснути у други план национално трговинско и инвестиционо право. Једини који остају заинтересовани за тајност и приватност поступка су конкретни учесници у спору, били они привредна друштва или државе. Њихов интерес је заштићен утолико што се у одређеним случајевима могу супротставити објављивању, тражити да се арбитражна одлука и други списи редигују, да се расправа емитује одложено, да се јавност искључи са осетљивих делова расправе и сл. Ипак, то је далеко од оне некадашње тајне арбитраже због које су је многи пословни субјекти радо уговарали. Са све већим продирањем транспарентности, арбитража се претвара у нешто сасвим друго, са свим позитивним и негативним ефектима које та трансформација са собом носи.

Maja Stanivuković, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Stanivukovic@pf.uns.ac.rs

Confidentiality and Transparency in International Arbitration

Abstract: *It is very often heard that confidentiality is one of the principal advantages of arbitration. Nevertheless, confidentiality is not recognized as a general principle of arbitration and there are no provisions on confidentiality to be found in legal sources such as the New York Covention on Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, or the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. If arbitration is very often confidential, this comes from the nature of things rather than from hard and fast rules. This paper explores to what extent has confidentiality ceased to be the basic feature of arbitration in modern practice. The trend towards greater transparency has germinated mainly in the field of investment arbitration during the last two decades, but it had diffused accross international commercial arbitration. The UNCITRAL Rules on Transparency in Investment Arbitration are the result of that development that was driven by different forces and interests: those of arbitral institutions, arbitrators, legal counsel, non-governmental organizations, states and the general public. That development has enabled the system of quasi-precedent in investor-state arbitration and incited numerious challenges of arbitrators. It has informed the observers of gender and ethnic inequality prevailing in this line of legal business. Step by step, each segment of the arbitral procedure became open to the public in investor-state arbitrations: the names of the parties and the fact that the dispute is pending, the names of arbitrators and legal counsel, the arbitral award and the outcome of the dispute, procedural orders, memorials and exhibits, hearing and transcripts of the hearing. The things that would be just unheard of in the nineties, such as broadcasting of the hearing, started to happen in the new millenium. Influenced by this trend, the institutions predominantly operating in the field of commercial arbitration, such as the ICC, started revealing more of their own business. Although some of them, such as the LCIA still give great weight to confidentiality, it is generally difficult not to succumb in one way or another to the newest transparency trend, that is, like an irresistible force, changing the face of arbitration.*

Keywords: *confidentiality, transparency, investment arbitration, commercial arbitration.*

Датум пријема рада: 21.09.2018.

Оригинални научни рад 343.852:616.89
doi:10.5937/zrpfns52-18035

Др Снежана С. Бркић, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.Brkic@pf.uns.ac.rs

ПОСТУПАК ЗА ИЗРИЦАЊЕ МЕРА БЕЗБЕДНОСТИ ОБАВЕЗНОГ ПСИХИЈАТРИЈСКОГ ЛЕЧЕЊА И ЊЕГОВ ОДНОС ПРЕМА ОПШТЕМ И СКРАЋЕНОМ КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ[1]

Сажетак: *У фокусу овог рада је критички осврт на поједина законска решења у вези са покретањем и завршетком поступка за изрицање мера безбедности обавезног психијатријског лечења. Преиспитује се однос између тог посебног поступка и општег и скраћеног кривичног поступка и констатује да није адекватно решено питање њихове трансформације. Констатује се да су главни разлози проблема неадекватна законска терминологија, нови концепт ослобађајуће пресуде, као и погрешан став о правној природи поступка за изрицање мера безбедности психијатријског карактера.*

Кључне речи: *мере безбедности психијатријског карактера, ослобађајућа пресуда, посебни поступци, осуђени, трансформација поступка.*

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

У нашем кривичном законодавству предвиђене су две мере безбедности психијатријског карактера: обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи и обавезно психијатријско лечење на слободи (члан 81 и 82 КЗ).[2] Сврха ових мера је првенствено специјалнопревентивна: отклањање стања или услова који могу бити од утицаја да учинилац убудуће не врши кривична дела.

---

[1] Овај чланак је резултат рада на пројекту "Биомедицина, заштита животне средине и право" бр. 179079, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

[2] *Службени гласник РС,* бр. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16.

Материјалноправни услови за изрицање ових мера прописани су Кривичним закоником:

1) да је учињено кривично дело, односно противправно дело предвиђено у закону као кривично дело;

2) да је дело учињено у стању битно смањене урачунљивости или неурачунљивости;

3) да постоји озбиљна опасност да учинилац учини теже кривично или противправно дело законом одређено као кривично дело (код мере обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи), односно да постоји озбиљна опасност да учини противправно дело које је у закону предвиђено као кривично дело (код мере обавезног психијатријског лечења на слободи);

4) да је ради отклањања те опасности потребно његово психијатријско лечење у здравственој установи, односно да је довољно његово лечење на слободи.

Душевна болест окривљеног наступила после извршеног кривичног дела не искључује кривицу учиниоца и не може бити основ за изрицање ових мера безбедности. Та чињеница утиче само на ток општег кривичног поступка, уколико окривљени због те болести не може да учествује у поступку: истрага се прекида а главни претрес одлаже или се доноси решење о одбацивању оптужбе. Ако уопште није учињено противправно дело законом предвиђено као кривично дело, такође нема места изрицању наведених мера безбедности, већ се може покренути поступак задржавања и смештаја у психијатријску установу лица са менталним сметњама, без њиховог пристанка.[3]

Специфичан карактер наведених кривичних санкција захтева и неке посебности поступка у коме се изричу. У глави XXI ЗКП регулисан је поступак за изрицање мера безбедности обавезног психијатријског лечења (члан 522 до 532 ЗКП).[4] Законодавац регулише посебан поступак за изрицање наведених мера безбедности, само за случај да је дело учињено у стању неурачунљивости.[5] Ако је кривично дело учињено у стању битно смањене урачунљивости, ове мере се изричу пресудом којом се оптужени оглашава кривим у општем или скраћеном поступку. Због тога ту није ни потребна нека посебна процесна регулатива.

У фокусу овог рада је однос поступка за изрицање мера безбедности обавезног психијатријског лечења према општем и скраћеном кривичном поступку, као и њихове трансформације. При томе ћемо се критички осврт-

[3] Члан 21 – 37 Закона о заштити лица са менталним сметњама (*Службени гласник РС*, бр. 45/13).

[4] *Службени гласник РС*, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13. 45/13. 55/14.

[5] Више о неурачунљивости вид. код Драгише Дракића, "Анализа прописа о неурачунљивости кроз судску праксу", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2003, 301-318.

нути на поједина законска решења у вези са покретањем и завршетком овог посебног поступка.

2. ГЛАВНИ УЗРОК ПРОБЛЕМА

2. 1. Неадекватна законска терминологија

Почећемо од нове законске терминологије употребљене у ЗКП из 2011. године. Окривљени је лице против кога је подигнута оптужница која још није потврђена, или против кога је поднет оптужни предлог, приватна тужба или предлог за изрицање мере безбедности психијатријског карактера а главни претрес или рочиште за изрицање кривичне санкције још није одређен, односно израз који служи као општи назив за осумњиченог, окривљеног, оптуженог и осуђеног (члан 2, став 1, тачка 2 ЗКП). Оптужени је лице против кога је оптужница потврђена и лице за које је поводом оптужног предлога, приватне тужбе или предлога за изрицање мере безбедности обавезног психијатријског лечења одређен главни претрес или рочиште за изрицање кривичне санкције у скраћеном кривичном поступку (члан 2, став 1, тачка 3 ЗКП). Лице за које је правноснажном одлуком суда утврђено да је учинилац противправног дела одређеног у закону као кривично дело (осим ако се на основу одредаба КЗ сматра неосуђиваним), назива се осуђеним (члан 2, став 1, тачка 4 ЗКП). Сматрамо да је за лице према коме се води посебан поступак за изрицање мера безбедности обавезног психијатријског лечења недопустива употреба исте терминологије као за лице против кога се води кривични поступак. Тиме се неурачунљиво лице, коме се извршено противправно дело не може приписати у кривицу, неоправдано етикетира. Треба напоменути и то да поступак за изрицање наведених мера безбедности јесте посебан поступак који нема карактер правог кривичног поступка. Осим тога, то није у складу са одредбама и интенцијом Кривичног законика, који предвиђа објективно-субјективни појам кривичног дела. Према члану 14 КЗ, кривично дело је оно дело које је законом предвиђено као кривично дело, које је противправно и које је скривљено. Нема кривичног дела уколико је искључена противправност или кривица, иако постоје сва обележја кривичног дела одређена законом. У члану 23 КЗ експлицитно је речено да није кривично дело оно дело које је учињено у стању неурачунљивости. Ако неко дело није кривично дело, немамо право да његовог учиниоца називамо ни окривљеним, ни оптуженим, а поготово не осуђеним лицем. Апсурдно је да неурачунљиво лице коме је изречена мера безбедности обавезног психијатријског лечења буде третирано као осуђено лице а да при томе сам Кривични законик ни у једној одредби не спомиње могућност његове законске

рехабилитације. Таква рехабилитација је омогућена за учиниоце „правих“ кривичних дела, ослобођене од казне или осуђене на лакше кривичне санкције (члан 98 КЗ). Рекли бисмо да је употреба неадекватне правне терминологије последица непознавања онога на шта се закон односи и циљева који би се требали остварити његовим доношењем.[6]

Следећи терминолошки промашај законодавца огледа се у одредби члана 2, става 1, тачке 10 ЗКП из 2011. године, по којој се предлог за изрицање мере безбедности сматра оптужбом, која служи као општи назив за акт тужиоца у коме су наведена обележја кривичног дела или противправног дела одређеног у закону као кривично дело. Као што неурачунљиво лице не заслужује назив осуђеног лица, тако ни предлог за изрицање мере безбедности психијатријског лечења не заслужује назив оптужног акта. Оптужни акт је акт овлашћеног тужиоца сачињен у законској форми, којим се од надлежног суда тражи да се против одређеног лица одреди главни претрес и да му се суди.[7] Дакле, циљ оптужног акта је да преко њега дође до трансформације претходног у главни стадијум поступка, односно да се окривљени изведе пред судећи суд. Циљ тог суђења је да се утврди (не)основаност кривичноправног захтева државе и да се окривљени „приведе правди“, уколико за то постоје услови. Овде то није случај. Ако има изгледа за изрицање мера безбедности психијатријског лечења, ми унапред знамо да не очекујемо да се неурачунљивом лицу „пресуди“ јер није крив и није учинио кривично дело, а ако је то тако, онда га не треба ни „оптуживати“, већ само предлагати изрицање мере безбедности психијатријског карактера. Дакле, предлог за изрицање мере безбедности психијатријског карактера нема карактер оптужног акта, јер изостаје захтев да се окривљени огласи кривим и осуди по закону.[8]

2.2. Нови концепт ослобађајуће пресуде

Једна од новина коју доноси ЗКП из 2011. године везана је за нови концепт ослобађајуће пресуде. Она се више не доноси увек када дело које је предмет оптужбе није кривично дело, као што је то било према ЗКП из 2001. године (члан 355, тачка 1 ЗКП). Сада се као додатни услов тражи да нема услова за примену мере безбедности (члан 423, тачка 1 ЗКП). Овакав став је неприхватљив, а последица је горе наведене неадекватне законске терминологије. Ако има изгледа за примену мере безбедности, тада неће доћи до изрицања ослобађајуће пресуде, јер је законодавац на становишту да након

---

[6] Вид. Драгиша Дракић, “О стилу језика закона”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2012, 378.

[7] Снежана Бркић, *Кривично процесно право II,* Нови Сад 2016, 94.

[8] Иван Илић, „Маргиналије уз поступак за изрицање мера безбедности психијатријског лечења“, *Зборник радова студената докторских студија права,* Ниш 2014, 21.

доношења ослобађајуће пресуде више нема могућности за подношење предлога за изрицање мере безбедности, пошто је суд везан правноснажном пресудом и не може два пута водити кривични поступак против истог лица за исто дело.[9] Насупрот томе, сматрамо да неурачунљиво лице не може да сноси консеквенце својих поступака који му се не могу приписати у кривицу, и стога заслужује да се у таквим случајевима донесе ослобађајућа пресуда. Приговор везан за начело *ne bis in idem* би се лако избегао ако бисмо се вратили на раније решење, по коме лице коме је изречена мера безбедности нема статус осуђеног лица. До тог решења можемо доћи само ако схватимо да је поступак за изрицање мера безбедности психијатријског карактера нешто сасвим друго од правог кривичног поступка.

2.3. Погрешно схватање правне природе поступка за изрицање мера безбедности обавезног психијатријског лечења

Сви наши досадашњи процесни закони који су предвиђали овај поступак смештали су га у посебне врсте поступака. Тако га ЗКП из 1948. године регулише као поступак за примену здравствено-заштитних мера и заједно са поступком против малолетника смешта у нарочите врсте поступака у глави XXIII.[10] ЗКП из 1953. године предвиђа га као поступак за примену мера безбедности и смешта у део трећи, у коме се више не налази поступак према малолетницима.[11] Исто је учињено и у ЗКП из 1976.[12] и 2001. године,[13] који одвојено од тога регулишу скраћени и малолетнички поступак. У ЗКП из 2011. године, такође се налази у трећем делу закона који носи назив Посебни поступци, али овог пута у истом делу закона прописан је и скраћени поступак. Дакле, законодавац је осетио потребу да изрази неку посебност овог поступка, али није до краја истрајавао у томе да ли је та посебност истог или сличног карактера као и неспорне врсте посебних кривичних поступака, као што су малолетнички или скраћени кривични поступак. Другим речима, остало је отворено питање да ли тај поступак има или нема кривичноправну природу и у каквом је односу према општем кривичном поступку.

У уџбеничкој литератури о томе постоје различити ставови. Тихомир Васиљевић овај поступак обрађује међу посебним поступцима који регулишу

---

[9] Тако, Горан П. Илић и други, *Коментар Законика о кривичном поступку,* Београд 2012, 1009.

[10] *Службени лист ФНРЈ,* 97/48.

[11] *Службени лист ФНРЈ"*, бр. 40/53, 52/59, 5/60, 30/62 и *Службени лист СФРЈ*, бр. 12/65, 23/67, 50/67, 54/70, 6/73.

[12] *Службени лист СФРЈ*, бр. 4/77, 36/77, 14/85, 26/86, 74/87, 57/89, 3/90 и *Службени лист СРЈ*, бр. 27/92, 24/94, 13/01.

[13] *Службени лист СРЈ,* бр. 70/01, 68/02 и *Службени гласник РС,* бр.58/04, 85/05, 115/05, 49/07, 122/08, 20/09, 72/2009, 76/10..

решавање посебних и допунских процесних предмета, после завршеног поступања по главном процесном предмету или у току тог поступања. Како пре и независно од тога обрађује малолетнички и скраћени поступак, очигледно је да поступак изрицања мера безбедности обавезног психијатријског лечења не сматра кривичним поступком.[14] Драгољуб В. Димитријевић га обрађује међу посебним поступцима, где спадају и скраћени и малолетнички поступак.[15] Загорка Симић-Јекић сврстава овај поступак међу особене кривичне поступке.[16] Момчило Грубач га сврстава у посебне некривичне поступке, јер се у њему не решавају питања која се односе на кривично дело, иако му је правна природа предмета кривичног карактера.[17] Станко Бејатовић обрађује посебне кривичне поступке и помоћне кривичне поступке, али нигде не обрађује поступак за изрицање мера безбедности обавезног психијатријског лечења. Ово је можда његов пропуст, а можда је и резултат става да то није посебан поступак, већ само наставак општег кривичног поступка.[18] Војислав Ђурђић га обрађује међу посебним кривичним поступцима, истичући да поред осталих његових особености, он има изражене структуралне промене које се огледају у изостанку читавог претходног стадијума.[19] Ђорђе Лазин, Милан Шкулић и Саша Кнежевић га такође помињу међу посебним кривичним поступцима.[20] Миодраг и Владимир Симовић га приказују као посебан некривични поступак.[21]

На овом месту покушаћемо да ближе одредимо правну природу овог поступка. Поћи ћемо од правне дефиниције кривичног поступка. Кривични поступак је правни однос који настаје између основних процесних субјеката (суда и странака), поводом захтева за расправљање кривичноправне ствари, који претпоставља одређени степен сумње да је учињено кривично дело као услов заснивања конкретног односа, састоји се у вршењу њихових права и обавеза (процесних функција), с циљем правилне примене кривичног материјалног права, а у крајњој линији ради заштите друштва од криминалитета.[22] Из овог појма кривичног поступка изводимо пет основних процесних еле-

---

[14] Tihomir Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Beograd 1981, 723.

[15] Dragoljub V. Dimitrijević, *Krivično procesno pravo*, Beograd 1982, 332.

[16] Zagorka Simić-Jekić, *Krivično procesno pravo SFRJ*, Beograd, 1983, 378.

[17] Momčilo Grubač, *Krivično procesno pravo*, Beograd 2011, 527.

[18] Станко Бејатовић, *Кривично процесно право*, Београд 2016, 511, 557.

[19] Војилсав Ђурђић, *Кривично процесно право – посебни део*, Ниш 2017, 295.

[20] Ђорђе Лазин, *Посебни и помоћни кривични поступци*, Београд 1995, 119; Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд 2014, 456; Милан Шкулић, Татјана Бугарски, *Кривично процесно право*, Нови Сад 2015, 550; Саша Кнежевић, *Кривично процесно право – општи део*, Ниш 2015, 27.

[21] Miodrag N. Simović, Vladimir M. Simović, *Krivično procesno pravo II (Krivično procesno pravo – posebni dio)*, Istočno Sarajevo 2011, 339.

[22] Снежана Бркић, *Кривично процесно право I,* Нови Сад 2014, 42.

мената: процесне функције, процесне субјекте, објекат процеса, услове и циљеве процеса.

Посебан поступак за изрицање мера безбедности обавезног психијатријског лечења разликује се од правог кривичног поступка по објекту поступка, условима за његово покретање, процесним функцијама и процесним субјектима.

У правом кривичном поступку расправља се кривичноправна ствар. Дакле, предмет тих поступака је кривично дело, схваћено у објективно-субјективном смислу. Предмет посебног поступка за изрицање мера безбедности јесте противправно дело законом одређено као кривично дело. Поступак за изрицање мера безбедности обавезног психијатријског лечења води се онда када се у општем или скраћеном кривичном поступку појави сумња у урачунљивост окривљеног и када постоје изгледи за изрицање ових мера безбедности. Дакле, услов за покретање поступка за изрицање мера безбедности нису основи сумње да је учињено кривично дело, већ напротив, сумња да кривично дело не постоји, због околности која искључује кривицу. Следећи елемент по коме се поступак за изрицање мера безбедности психијатријског карактера разликује од правог кривичног поступка јесу процесне функције. Не бисмо се могли сложити са тиме да подношење предлога за изрицање ових мера безбедности треба третирати као оптужни акт, који је израз функције кривичног гоњења. Такође, неурачунљиво лице не би требало називати окривљеним, а нарочито не осуђеним. Због свега наведеног тај поступак није прост наставак кривичног поступка, јер нема исту правну природу.

Осим тога, поступак за изрицање мера безбедности психијатријског карактера разликује се од општег кривичног поступка по специфичном основу и специфичној процесној структури. Специфичан основ је овде посебност кривичне санкције: мере безбедности обавезног психијатријског лечења која се изриче неурачунљивом учиниоцу дела. Има мишљења да та мера нема кривичноправни већ медицински карактер, иако спада у кривичне санкције и изриче је кривични суд.[23] Специфичну структуру поступка карактерише изостанак претходног стадијума поступка: изостанак фазе истраге, стављања под оптужбу и судске контроле оптужбе. Управо због тога што предлог за изрицање мере безбедности по својој природи није оптужни акт, изостала је и његова судска контрола. Уместо тога води се посебан судски поступак у коме ће се утврдити постојање услова за изрицање такве мере.

Наш законодавац није на овом становишту, јер очигледно овај поступак третира као и сваки други кривични поступак и отуда нека неприхватљива

[23] Видети Ђорђи Марјановић, „О суштини мера безбедности у југословенском кривичном праву“, *Анали Правног факултета* 6/1987, 690.

решења везана за трансформацију једног поступка у други. Због тога би се морале променити неке важеће одредбе ЗКП које нису на линији поступка за изрицање мера безбедности неурачунљивим лицима као једног другачијег поступка, поступка *sui generis.*

3. КРИТИЧКИ ОСВРТ НА ПОЈЕДИНА ЗАКОНСКА РЕШЕЊА У ВЕЗИ СА ПОКРЕТАЊЕМ И ЗАВРШЕТКОМ ПОСТУПКА ЗА ИЗРИЦАЊЕ МЕРА БЕЗБЕДНОСТИ ОБАВЕЗНОГ ПСИХИЈАТРИЈСКОГ ЛЕЧЕЊА

Овај поступак нема самостални карактер, јер се надовезује на одређену фазу општег или скраћеног кривичног поступка у којој је утврђено да дело које је предмет оптужбе није кривично дело, али има услова за примену мере безбедности. То произлази из неколико различитих законских одредаба везаних за поједине фазе кривичног поступка. То се може десити у следећим случајевима: 1) у фази истраге (члан 308, став 1, тачка 1 ЗКП); 2) у фази испитивања оптужнице (члан 338, став 1, тачка 1 ЗКП); 3) приликом испитивања оптужног акта у скраћеном поступку (члан 503, став 1 ЗКП); 4) на главном претресу кад јавни тужилац измени подигнуту оптужбу у предлог за изрицање мере безбедности (члан 522, став 2 ЗКП). Предлог за изрицање мере безбедности обавезног психијатријског лечења може поднети само јавни тужилац. Оштећени као тужилац и приватни тужилац нису овлашћени да подносе такав предлог.[24]

Ако се у наведеним фазама поступка утврди да дело које је предмет оптужбе није кривично дело, а нема услова за примену мере безбедности, у првом случају јавни тужилац ће обуставити истрагу; у другом случају ванпретресно веће ће донети решење о томе да нема места оптужби и да се поступак обуставља; у трећем случају судија појединац ће донети решење о одбијању оптужног акта, а на главном претресу судећи суд ће изрећи ослобађајућу пресуду. При томе нису добро прецизиране одредбе члана 308, став 1, тачка 1 и члана 338, став 1, тачка 1 ЗКП. У првој наведеној одредби каже се да ће јавни тужилац обуставити истрагу ако дело које је предмет оптужбе није кривично дело, а нема услова за примену мере безбедности. Прва непрецизност односи се на општу формулацију „мере безбедности“, иако овде долазе у обзир само мере безбедности обавезног психијатријског лечења. Друга нелогичност је у томе што испада да ће сам јавни тужилац и то у

[24] ВСС, Кж1. бр. 2398/08 од 10.11.2008., наведено према Г. П. Илић и други, 1009; odgovori Krivičnog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda na sporna pravna pitanja nižestepenih sudova sa sednice od 14.11.2014.

току истраге моћи да утврди да ли има или нема услова за примену мера безбедности, иако знамо да је за таква утврђења резервисан управо овај посебан поступак за изрицање мера безбедности психијатријског карактера. Слична грешка је и у члану 338, став 1, тачка 1 ЗКП. Осим тога, овде се користи појам „примена" уместо „изрицање" мера безбедности. Основни предуслов примене мере безбедности јесте њено претходно изрицање, а овде је реч о њеном изрицању а не о примени. Логичније би било да у овим одредбама стоји да ће се поступак обуставити ако дело које је предмет оптужбе није кривично дело због неурачунљивости учиниоца а нема изгледа за изрицање мера безбедности обавезног психијатријског лечења.

Међутим, ако има услова за примену мера безбедности, неће се доносити поменуте одлуке. Уместо тога, јавни тужилац ће поднети суду предлог да окривљеном изрекне меру безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи, односно предлог за обавезно психијатријско лечење на слободи, ако за изрицање такве мере постоје услови предвиђени Кривичним закоником (члан 522, став 1 ЗКП). При томе се нигде не каже каква је судбина првобитног општег или скраћеног кривичног поступка. Једно од решења могло би бити и наступање мировања кривичног поступка, док се не заврши поступак за изрицање мера безбедности обавезног психијатријског лечења. Тада би се дефинитивно решила и судбина покренутог кривичног поступка, који би се обуставио у случају изрицања мере безбедности, односно који би се наставио у случају обуставе поступка за изрицање мере безбедности.

Питање је да ли ће јавни тужилац моћи директно да поднесе предлог за изрицање ових мера, ако није ни дошло до покретања кривичног поступка. Према једном становишту, он може поднети тај предлог већ приликом одлучивања о кривичној пријави.[25] Ми сматрамо да то није могуће због важећег механизма при покретању фазе истраге. Јавни тужилац је дужан да наредбу о спровођењу истраге донесе пре или непосредно после прве доказне радње коју су предузели јавни тужилац или полиција у предистражном поступку, а најкасније у року од 30 дана од дана када је јавни тужилац обавештен о првој доказној радњи коју је полиција предузела (члан 296, став 2 ЗКП). Ако се појави сумња у урачунљивост осумњиченог у току предистражног поступка, јавни тужилац мора наредбом покренути истрагу, да би после отварања истраге и обарања претпоставке урачунљивости могао поднети предлог за изрицање ове мере безбедности. На таквом становишту је била наша судска пракса и у време важења судског модела истраге.[26]

---

[25] Тако Ђ. Лазин, 127.

[26] ВСХ, IV Кж 124/90 од 27.9.1990, наведено према Тихомир Васиљевић, Момчило Грубач, *Коментар Законика о кривичном поступку,* Београд 2010, 997.

Постоји и једна специфична ситуација на главном претресу, где јавни тужилац може да измени подигнуту оптужницу односно оптужни предлог у предлог за изрицање мере безбедности (члан 522, став 2 ЗКП). Ако има изгледа за примену мере безбедности, тада неће доћи до изрицања ослобађајуће пресуде и обрнуто, ако јавни тужилац није предложио изрицање мере безбедности а дело је учињено у стању неурачунљивости, донеће се ослобађајућа пресуда. И ово решење је неприхватљиво, јер не одговара постојећим стандардима у кривичном поступку. Наиме, јавни тужилац може одустати од оптужнице, изменити је или је под одређеним условима проширити, али у сваком случају мора да се ради о акту исте природе, само са измењеном садржином. Међутим, предлог за изрицање мере безбедности по својој природи није оптужни акт, већ акт сасвим друге врсте.[27] Једино правилно решење би овде било вођење кривичног поступка до краја, доношење ослобађајуће пресуде и након њене правноснажности покретање поступка за изрицање мера безбедности.[28] Законодавац је очигледно хтео да овом флексибилношћу допринесе бржем вођењу поступка. Међутим, он у томе уопште није успео, јер се оваквим решењем уопште не добија на брзини. Ово стога што се сада у поступку за изрицање мера безбедности мора утврђивати и оно што би иначе било утврђено ослобађајућом пресудом: да је учињено дело које је законом одређено као кривично дело, да је оптужени учинилац и да је учинилац био неурачунљив у моменту извршења дела. Осим тога, одлука јавног тужиоца о измени оптужног акта почиваће на несигурној грађи, јер се до доношења пресуде на главном претресу не постижу никаква судска утврђења: може се радити само о одређеном утиску јавног тужиоца на основу његове оцене доказа. Када на главном претресу дође до описане трансформације у поступак за изрицање мера безбедности психијатријског карактера, поступак се наставља пред истим судом (судијом појединцем или већем). Неки аутори се због тога питају да ли је тада реч о посебном поступку.[29] По нашем мишљењу, исти састав суда не доводи у питање посебност овог поступка, с обзиром да је у питању други предмет расправљања. Други аутори истичу да је у том случају поступак за изрицање мера безбедности инкорпорисан у кривични поступак и да стога није самосталан.[30] Ми не мислимо тако зато што је другачија његова правна природа. Уосталом, већ смо констатовали да ниједан поступак за изрицање мера безбедности психијатријског карактера нема самосталан карактер, јер се надовезује на неку фазу општег или скраћеног поступка.

---

[27] Momčilo Grubač, Tihomir Vasiljević, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku trinaesto izdawe – prema Zakoniku iz 2011.,* Beograd 2014, 927.

[28] *Ibid.*

[29] И. Илић, 23.

[30] М. Шкулић, Т. Бугарски, 550.

Надаље, поставља се питање шта се дешава са првобитном оптужницом након њене измене. Ако то значи да је јавни тужилац одустао од ње, морала би се донети одбијајућа пресуда. Могло би се узети и да се та оптужница угасила, али такво решење наш ЗКП не предвиђа.[31]

О предлогу за изрицање мере безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи, односно обавезног психијатријског лечења на слободи, одлучује, после одржаног главног претреса, суд који је надлежан за суђење у првом степену (члан 523 ЗКП). По завршетку главног претреса, суд ће одмах изрећи одлуку и објавити је с битним разлозима. Суд може донети четири врсте одлука: а) одбијајућу пресуду; б) ослобађајућу пресуду; в) решење о обустави поступка за примену мере безбедности; и г) решење о изрицању мере безедности обавезног психијатријског лечења.

Ако суд утврди да оптужени у време извршења кривичног дела није био неурачунљив, решењем ће обуставити поступак за изрицање мере безбедности. Одмах по објављивању решења о обустављању поступка за изрицање мера безбедности, јавни тужилац може дати усмену изјаву да се одриче права на жалбу и поднети оптужницу или оптужни предлог за исто кривично дело. Главни претрес ће се одржати пред истим већем или судијом појединцем, а раније изведени докази се неће поново изводити, осим ако суд не одлучи другачије. Овде поново уочавамо нејасан став законодавца у вези односа општег или скраћеног кривичног поступка са поступком за изрицање мера безбедности. Не видимо зашто би јавни тужилац поново подизао оптужни акт, кад суд није одговорио ни на првобитни. Осим тога, можда би постојала потреба и да се настави истрага са којом се до тада стало.

Ако суд на основу изведених доказа, утврди да је оптужени учинио одређено противправно дело које је у закону одређено као кривично дело и да је у време извршења дела био неурачунљив, решењем ће оптуженом изрећи меру безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи, односно обавезног психијатријског лечења на слободи, уколико су испуњени и остали кривичноматеријални услови. При одлучивању коју ће меру безбедности изрећи, суд није везан за предлог тужиоца. У решењу којим је изрекао меру безбедности, суд ће под условима предвиђеним овим закоником одлучити и о имовинскоправном захтеву. Против решења о изрицању мере безбедности обавезног психијатријског лечења жалбу могу, у року од осам дана од дана пријема решења, изјавити лица из члана 433, став 1 и 2 ЗКП. То значи да жалбу могу изјавити странке, бранилац и оштећени. У корист оптуженог жалбу могу изјавити и његови процесни супституте (брачни друг, лице са којим живи у ванбрачној заједници или

[31] M. Grubač, T. Vasiljević, 927.

другој трајној заједници живота, сродници по крви у правој линији, законски заступник, усвојитељ, усвојеник, брат, сестра и хранитељ). У Законику опет не пише шта се тада дешава са првобитним кривичним поступком. Сматрамо да би се тада фаза истраге морала обуставити, ако је у току ње дошло до покретања поступка за изрицање мера безбедности. Ако је у то време био у току главни претрес, после изрицања мере безбедности он би се морао завршити ослобађајућом пресудом.[32]

4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Поступак за изрицање мера безбедности обавезног психијатријског лечења неурачунљивом лицу јесте поступак *sui generis.* Он се разликује од општег и скраћеног кривичног поступка по предмету поступка, условима за његово покретање, процесним субјектима, као и по процесним функцијама. Осим тога, он се одликује специфичним основом и специфичном структуром. Нови ЗКП из 2011. године очигледно није на том становишту, већ га сматра простим наставком општег или скраћеног поступка. То је довело до неких неприхватљивих решења у вези са покретањем и завршетком поступка за изрицање мера безбедности психијатријског карактера. Из тих решења произлази да се трансформација општег или скраћеног поступка у поступак за изрицање мера безбедности може обавити простим преласком из једне у другу процесну форму, а да претходно није одговорено каква је судбина првобитно започетог општег или скраћеног поступка. Главни узрок проблематичних законских решења је неадекватна процесна терминологија, која лице којем је изречена мера безбедности психијатријског лечења сматра осуђеним лицем а предлог за изрицање мере безбедности третира као оптужни акт. Логична последица тога је нови концепт ослобађајуће пресуде, која се сада не доноси у случају кад има места изрицању мера безбедности. Међутим, таква решења нису у складу са Кривичним закоником, који усваја објективно-субјективни појам кривичног дела и по коме кривично дело не постоји у случају неурачунљивости. Ми се залажемо за повратак на решење ЗКП из 2001. године, према коме се ослобађајућа пресуда доноси увек онда када се утврди да предмет оптужбе није кривично дело, што подразумева и измену процесне терминологије за лице према коме је поднет предлог за изрицање мере безбедности. Такође, требало би разрешити све недоумице у вези са преласком из једне у другу процесну форму.

Иначе, у последње време се често поставља питање легитимитета кривичноправне реакције на делинквентна понашања душевних болесника.

[32] *Ibid.,* 931.

Неурачунљивим лицима недостаје способност за кривицу, а с обзиром да кривица представља конститутивни елемент кривичног дела, не може се сматрати да неурачунљива лица чине кривична дела.[33] Законска терминологија „противправно дело које је законом одређено као кривично дело" само у формалном смислу је помирено са доследном применом објективно-субјективног појма кривичног дела. Зато се критикује самостално изрицање мера безбедности неурачунљивим лицима, које у системском смислу представља двоструки изузетак: у односу на допунски карактер мера безбедности као кривичних санкција[34] и у односу на правило да се кривичне санкције изричу учиниоцима кривичних дела.[35] Могуће алтернативе би биле замена ових санкција здравствено-социјалним мерама које би се изрицале у административном поступку или у ванпарничном поступку. Ипак, неки аутори истичу да мере безбедности психијатријског карактера не треба искључити из кривичноправног система, већ увести неке модификације, као што је принцип сразмерности, који би ове мере искључио за учиниоце лакших дела, временско ограничење ових мера, даље ширење мера безбедности психијатријског лечења на слободи, као и омогућавање условног отпуста код ове категорије лица.[36] Други предлажу да се кривични суд ограничи само на констатацију да је неурачунљиви учинилац учинио противправно дело законом одређено као кривично дело, да би потом други облик суда (ванпарнични суд) таквом учиниоцу одредио конкретну меру психијатријског лечења.[37] О овим и сличним. предлозима би ваљало размислити и због тога што у овом тренутку нисмо спремни за тако радикалну ревизију Кривичног законика, али и зато што је прелазак на потпуно другачије моделе решавања у другим земљама показало извесне слабости.

---

[33] Снежана Соковић, „Самостално изрицање мера безбедности медицинског карактера:оправданост и одрживост" у: Славко Ђорђевић (ур.): *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније (књига 5),* Правни факултет Крагујевац 2017, 139.

[34] Видети Toma Živanović, *Osnovni problemi krivičnog prava i druge studije,* Beograd 1986, 229 i dalje.

[35] С. Соковић, 138.

[36] Зоран Стојановић, *Мере безбедности психијатријског лечења – принудно психијатријско лечење као кривична санкција,* Београд 2014, 168-169.

[37] Милан Шкулић, „Начело кривице и мере безбедности", *Ревија за криминологију и кривично право* 1/2017,46.

Snežana S. Brkić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.Brkic@pf.uns.ac.rs

The Procedure for Imposing Security Measures of Compulsory Psychiatric Treatment and Relation to the General and Simplified Criminal Procedure

Abstract: *In the focus of this paper is a critical review of certain legal solutions related to the initiation and completion of the procedure for pronouncing the security measures of compulsory psychiatric treatment. The relationship between this special procedure and the general and simplified criminal procedure is reexamined and finds that issue of their transformation is not adequately solved. It is noted that main causes of the problem are inadequate legal terminology, a new concept of acquittal, as well as the wrong attitude about legal nature of the special procedure for pronouncing security measures of psychiatric sharacter.*

Keywords: *security measures of psychiatric sharacter, acquittal, special procedures, convicted, proces transformation.*

Датум пријема рада: 24.06.2018.

Оригинални научни рад 341.24:340.132
doi:10.5937/zrpfns52-19021

Sanja V. Đajić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.Djajic@pf.uns.ac.rs

THE *ACHMEA* CASES – STORY ON TREATY INTERPRETATION, FORUM COMPETITION AND INTERNATIONAL LAW FRAGMENTATION[1]

Abstract: *In this article the author examines decisions rendered by the UNCITRAL arbitral tribunal in an investment case Achmea v. Slovakia and judgment of the European Court of Justice regarding the compatibility of the investor-State dispute settlement provision in an intra-EU BIT with EU law relating the Achmea arbitral award on the merits. Given that the ECJ found incompatibility between the two such decision might have wide-ranging consequences. Here the author assesses arguments in different decisions from the perspective of fragmentation of international law, more precisely from the perspective of concepts and arguments developed within the International Law Commission Report on Fragmentation of International Law. While the fragmentation issue was discussed at the early stages of arbitral proceedings it was later abandoned and remained unmentioned by the ECJ. The cause of different takes on the relationship between dispute settlement provisions in intra-EU BIT and EU law could well be described not as a normative but rather as a conflict between different forums. Jurisdictional conflict thus gave rise to the problem of fragmentation in its strict sense – inability of a state to perform two treaty obligations simultaneously.*

Keywords: *Achmea, fragmentation, treaty interpretation, investment arbitration.*

[1] The author gratefully acknowledges the support of the University of Novi Sad Faculty of Law Project *Legal Tradition and New Challenges for Law.* This article is the result of research conducted for this project under the individual research theme „Globalisation and Fragmentation of Contemporary International Law: International Law between Coherent System and Disintegration“.

I. INTRODUCTION

A recent decision of the European Court of Justice (ECJ) in *Achmea* case (2018) represents another stage in an ongoing debate on the relationship between EU law and international investment arbitration regarding intra-EU BITs. *Achmea* is not the only case where the issue of intra-EU BITs was raised but it is the case where the ECJ had the last and quite consequential word on applicability of arbitration clauses in intra-EU BITs. This article will not tackle all possible aspects of the *Achmea* case but will merely try to assess the arguments adopted by different international forums, such as the UNCITRAL investment tribunal and European Court of Justice, against the discussion on fragmentation of international law. This article will begin with the overview of relevant case law, starting from the two arbitral awards handed down by the UNCITRAL investment tribunal. The overview will chronologically follow the proceeding under Article 267 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), which led to the decision of the European Court of Justice in 2018. These cases will then be assessed from the perspective of fragmentation of international law given that the development of this case is illustrative of inherent inconsistencies between different forums and most notably of the competition of different sub-systems of international law.

II. BACKGROUND

The European Court of Justice has recently handed down a decision in the *Achmea* case acting upon the request for a preliminary ruling submitted by the German Federal Court of Justice on the basis of Article 267 of the TFEU.[2] The request was submitted in relation to the case between the Slovak Republic and Achmea BV concerning the UNCITRAL arbitral tribunal's award of 7 December 2012[3] under the Agreement on encouragement and reciprocal protection of investments between the Kingdom of the Netherlands and the Czech and Slovak Federative Republic (hereinafter: "Dutch-Slovak BIT" or "BIT").[4] The ECJ ruled that provision of the applicable BIT, which provided for the jurisdiction of an arbitral tribunal to settle investment dispute between an EU national as an investor, and an EU Member State, on the basis of an intra-EU BIT is contrary to

[2] *Slowakische Republic (Slovak Republic) v. Achmea BV,* European Court of Justice, Case C-284/16, Judgment of the Court (Grand Chamber), 6 March 2018.

[3] *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*), Final Award, 12 December 2012.

[4] The CSFR concluded Bilateral Agreement on the Promotion and Protection of Investments with The Netherlands, which was signed on 29 April 1991 and came into force on 1 October 1992. The Slovak Republic became an independent State on 1 January 1993. It succeeded to the CSFR-Netherlands BIT as of the day of its independence.

Articles 267 and 344 of the TFEU, which in turn preclude the operation of such BIT dispute settlement clause. This decision significantly affects similar provisions to be found in around 200 BITs in application between EU Member States. In other words, it could be argued that this decision might affect jurisdiction of potential arbitral tribunals constituted under intra-EU BIT.[5] It could also be detrimental for the enforcement of such an arbitral award, at least within EU.

The background of this case is complex because it consists of the particular investment dispute that was launched by Eureko (subsequently changed to Achmea B.V.) against Slovak Republic on the ground that the host state breached several BIT guarantees granted to Dutch investors. In the course of the proceedings Slovakia raised several preliminary objections against the jurisdiction of the arbitral tribunal but to no avail. Interestingly, Slovakia also made an argument that subsequent treaties replace earlier treaties when they relate to the same subject-matter in the context of preventing fragmentation of international law.[6] European Commission joined Slovakia arguing that by upholding its jurisdiction the arbitral tribunal would risk fragmentation of both international and EU law.[7] This argument was easily dismissed by the arbitral tribunal.

Additional background to the *Achmea* case is a long ongoing debate about propriety of intra-EU BITs given that competence of the EU has been changed by Article 207 of the TFEU which transferred competence from the Member States to the EU regarding foreign direct investments and the protection of investments. With the entry into force of the Lisbon Treaty, the EU gained exclusive competence in respect of foreign direct investment as part of the common commercial policy (TFEU, Art. 207(1), Art. 3(1)(e)).[8] In 2012 the European Parliament and

---

[5] For the contrary view, see Csongor István Nagy, "Intra-EU Bilateral Investment Treaties and EU Law After *Achmea*: '*Know Well What Leads You Forward and What Holds You Back'*", *German Law Journal* 4/2018, 981-1015 ("The above considerations showcase that the *Achmea* ruling's scope is much narrower than the echo it is generating. Hence, although the CJEU's anti-arbitration attitude revealed itself, the status of intra-EU BITs is not fully settled." – *Ibidem*, at 996).

[6] *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*), Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26 October 2010, para. 72.

[7] *Ibidem*, paras. 185-186.

[8] Article 207 (ex Article 133 TEC)

1. The common commercial policy shall be based on uniform principles, particularly with regard to changes in tariff rates, the conclusion of tariff and trade agreements relating to trade in goods and services, and the commercial aspects of intellectual property, foreign direct investment, the achievement of uniformity in measures of liberalisation, export policy and measures to protect trade such as those to be taken in the event of dumping or subsidies. The common commercial policy shall be conducted in the context of the principles and objectives of the Union's external action.

Article 3

1. The Union shall have exclusive competence in the following areas:

· (e) common commercial policy.

the Council of European Union adopted the *Regulation on establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries*, which, *inter alia*, states: "Following the entry into force of the Treaty of Lisbon, foreign direct investment is included in the list of matters falling under the common commercial policy. In accordance with Article 3(1)(e) of the Treaty on the Functioning of the European Union ('TFEU'), the European Union has exclusive competence with respect to the common commercial policy. Accordingly, only the Union may legislate and adopt legally binding acts within that area. The Member States are able to do so themselves only if so empowered by the Union, in accordance with Article 2(1) TFEU."[9] In 2015 the European Commission initiated infringement proceedings against Austria, the Netherlands, Romania, Slovakia and Sweden asking them to terminate bilateral investment treaties between them.[10] Following the *Achmea* decision "the Commission has intensified its dialogue with all Member States, calling on them to take action to terminate the intra-EU BITs, given their incontestable incompatibility with EU law."[11]

III. EUREKO B.V. (ACHMEA B.V.) V. THE SLOVAK REPUBLIC (JURISDICTION)[12]

Achmea (originally Eureko) is a Dutch private limited liability company engaged in providing financial services for a range of insurance products, including health insurance, pension products, asset management and banking. Claimant complained that various legislative measures introduced by the Respondent after a change in government in July 2006 constituted a systematic reversal of the 2004 liberalisation of the Slovak health insurance market that had prompted Eureko to invest in the Slovak Republic's health insurance sector.[13] On 28 February 2008 Eureko had filed the complaint with the European Commission arguing that Slovakia's policies were contrary to basic EU law principles that had been a corner-

[9] Regulation (EU) No 1219/2012 of 12 December 2012, entered into force on 9 January 2013, Official Journal of the EU L 351/40, recital 1.

[10] *Commission asks Member States to terminate their intra-EU bilateral investment treaties*, European Commission – Press Release, 18 June 2015 (available at: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-5198_en.htm).

[11] *Communication from the Commission to the European Parliament and the Council*, COM(2018) 547, 19 July 2018, p. 2 (available at: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0547&from=EN (15.9.2018.)).

[12] *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*), Award on Jurisdiction, Arbitrability and Suspension, 26 October 2010 (hereinafter: *Achmea*, Award on Jurisdiction).

[13] *Ibidem*, para. 7.

stone of Eureko's confidence in investing in the Slovak Republic.[14] European Commission launched an infringement procedure against the Slovak Republic under Article 226 of the EC Treaty that was pending at the time of rendering the award on jurisdiction.

On 1 October 2008 the Claimant initiated investment arbitration on the basis of Article 8 of the BIT.[15] According to the Claimant the reversal of the liberalization measures led to several violations of the provisions of the Dutch-Slovak BIT.[16] Slovakia responded with several objections challenging *ratione personae* and *ratione materiae* jurisdiction. Respondent also submitted the Intra-EU jurisdictional objection based on the Slovakia's membership in the EU.

By its Intra-EU jurisdictional objection Slovakia argued that Slovak Republic's membership in the EU deprives the Tribunal of jurisdiction because "(i) the European Community treaty ('EC Treaty') governs the same subject matter as the BIT and therefore the BIT should be considered terminated and/or inapplicable pursuant to Articles 59 and 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties ('VCLT' or 'Vienna Convention'), (ii) the arbitration clause in the BIT cannot apply because it is incompatible with the EC Treaty, as the ECJ has exclusive jurisdiction over Eureko's claims, and (iii) clauses such as Article 4 of the BIT relating to free transfer of capital have been held by the European Court of Justice ('ECJ') to be incompatible with EU law, which is supreme."[17] Tribunal invited European Commission and the Netherlands to submit their positions on the issue of intra-EU BITs.[18] The Netherlands argued that the Dutch-Slovak BIT was still in force and that the tribunal

---

[14] *Ibidem*, para. 55.

[15] Relevant parts of Article 8 provide as follows:

(1) All disputes between one Contracting Party and an investor of the other Contracting Party concerning an investment of the latter shall if possible, be settled amicably.

(2) Each Contracting Party hereby consents to submit a dispute referred to in paragraph (1) of this Article, to an arbitral tribunal, if the dispute has not been settled amicably within a period of six months from the date either party to the dispute requested amicable settlement.

(3) …

(5) The arbitration tribunal shall determine its own procedure applying the arbitration rules of the United Nations Commission for International Trade Law (UNCITRAL).

(6) The arbitral tribunal shall decide on the basis of the law, taking into account in particular though not exclusively:

· the law in force of the Contracting Party concerned;

· the provisions of this Agreement, and other relevant Agreements between the Contracting Parties;

· the provisions of special agreements relating to the investment;

· the general principles of international law.

[16] Claimant invoked the following substantive guarantees envisaged in the Dutch-Slovakia BIT: prohibition of expropriation, fair and equitable treatment, full protection and security, and free transfer of profits and dividends.

[17] *Achmea*, Award on Jurisdiction, para. 19 (references omitted).

[18] *Ibidem*, paras. 31, 34.

had jurisdiction under Article 8 of the BIT.[19] European Commission argued against intra-EU BITs as an "anomaly within the EU internal market" and challenged compatibility of such BITs with mandatory provisions of EU law and EU judicial system.[20] The arguments of the European Commission were complex and invariably against intra-EU BITs. Such agreements were designated as incompatible with EU legal system, which rests on the principles of autonomy and supremacy of EU law. Supremacy of EU law requires the compatibility of all Member States international agreements with EU treaties. The principle of supremacy of EU law thereby replaced the principle of *pacta sunt servanda* for intra-EU international agreements.[21] The Commission challenged the propriety of intra-EU BITs on the basis of potential discrimination between EU investors from different Member States, also incompatible with EU law.[22] Finally, the European Commission argued that resort to outside dispute settlement mechanism would "inevitably promote competing judicial and arbitral mechanisms, increase 'forum shopping' by litigants and contribute to the risk of further fragmentation of international law."[23] Policy reasons against BIT arbitration are that they enhance mistrust in the courts of EU Member States and administration of justice in the European Union. While the Commission argued that Article 59 of the VCLT did not terminate the Dutch-Slovak BIT[24] it nevertheless found that certain provisions of the BIT had become inapplicable due to operation of Article 30 of the VCLT, including Article 8 which sets forth investor-State arbitral mechanism.[25] The European Commission also warned about the practical consequences of the fragmentation given the pending infringement proceeding before the ECJ which could potentially reach a different conclusion. It suggested that arbitral tribunal should stay the proceeding (like the ITLOS tribunal did in the MOX Plant case) until the adoption of the final decision by the ECJ.[26]

The tribunal rejected all objections lodged by Slovakia and all arguments submitted by the European Commission. The first task for the tribunal was to solve the interplay between international and EU law. Applicability of international law, and thereby of the Vienna Convention on the Law of Treaties, was beyond doubt. As for the EU law the tribunal first designated it as a part of German law, applicable as the *lex loci arbitri* under UNCITRAL rules because the agreed place of arbitration was Frankfurt in the Federal Republic of Germany.[27] In the opinion

[19] *Ibidem*, para. 161.
[20] *Ibidem*, paras. 177-179.
[21] *Ibidem*, paras. 179-182.
[22] *Ibidem*, paras. 183-184.
[23] *Ibidem*, para. 185.
[24] *Ibidem*, para. 187.
[25] *Ibidem*, para. 193.
[26] *Ibidem*, paras. 194-196.
[27] Article 16 of the UNCITRAL Arbitration Rules and § 1043 of the German Arbitration Law, the Tenth Book of the German Code of Civil Procedure. See, ibidem, para. 224.

of the tribunal it was a German arbitration subject to German laws. Therefore, primary rules are international as they are first to be applied in assessing the consent of the parties, whereas EU law comes as secondary in order to check whether such consent can be qualified or circumscribed by operation of legal provisions that lie outside the text of the BIT.[28] The conclusion was that the relevant legal framework for jurisdiction included BIT, international law and EU law. Later in the course of discussion on applicable law the tribunal noted that Article 8(6) of the BIT allowed for inclusion of EU law as "the law in force of the Contracting Party concerned" and as "other relevant Agreements between the Contracting Parties" and as part of "the general principles of international law".[29]

The tribunal rejected the submission that the BIT had been automatically terminated in accordance with the rules set out in the VCLT Article 59, mainly because there was no notification of termination as required by Article 65 of the VCLT, but also because Article 59 of the VCLT applies when there are successive treaties "relating to the same subject-matter."[30] Given that Article 59 leads to the termination of the entire treaty the degree of overlapping must be substantial and the tribunal did not find that the required level of incompatibility between the BIT and EU law existed, nor that there was a "clear intention that the BIT should be terminated by any of the CSFR Association Agreement, the Association Agreement, the Accession Treaty or the Lisbon Treaty."[31] There was no evidence demonstrating the will to terminate the BIT by operation of the EU law. As regard to the substantive compatibility of the protection guaranteed by the BIT and the protection provided for by EU law, the tribunal could not find sufficient identity between the two:

"Thus, EU law does not provide substantive rights for investors that extend as far as those provided by the BIT. There are rights that may be asserted under the BIT that are not secured by EU law…. Nor can it be said that the provisions of the BIT are incompatible with EU law. The rights to fair and equitable treatment, to full protection and security, and to protection against expropriation at least, extend beyond the protections afforded by EU law; and there is no reason why those rights should not be fulfilled and upheld in addition to the rights protected by EU law."[32]

---

[28] *Achmea*, Award on Jurisdiction, para. 226.

[29] *Ibidem*, para. 289.

[30] Article 59 of the VCLT, as an argument against jurisdiction of a BIT-based arbitration as incompatible with EU membership, was used in previous investment cases and in none of them was successful. See, *Eastern Sugar BV v. Czech Republic*, SCC Case 088/2004, Partial Award, 27 March 2007.

[31] *Achmea*, Award on Jurisdiction, para. 244.

[32] *Ibidem*, paras. 262-263.

An additional and essential difference in investment protection favouring BITs the tribunal derived from the procedural advantage of an investor to initiate UNCITRAL proceeding against the State which, in the opinion of the tribunal, could not "be equated simply with the legal right to bring legal proceedings before the national courts of the host state; and, moreover, the *locus standi* of an investor under the BIT, with its broad definition of 'indirect' investments under Article 1, is unlikely to be replicated under the court procedures of an EU Member State."[33]

Second objection based on Article 30 of the VCLT was dismissed along the similar lines given that incompatibility was not present to the extent to render Article 8 of the BIT inapplicable. The tribunal offered two additional explanations: any incompatibility would be assessed on the basis of applicable law which leaves the matter for the merits and not for jurisdiction.[34] The second was that "no rule of EU law prohibits investor-State arbitration."[35]

The third objection was based on the argument that EU law should prevail over international agreements but also that only the European Court of Justice has exclusive competence to interpret EU law. The tribunal rejected this objection on the ground that it belongs to the merits stage but it did open the discussion on possibilities of being deprived of jurisdiction on the basis of EU law:

"The only basis – beyond the arguments already discussed in relation to VCLT Articles 30 and 59 – on which the Tribunal might arguably be deprived of jurisdiction on the basis of the status of EU law is that the Tribunal needs to consider and apply EU law in order to decide the present case and yet is entirely precluded from considering and applying any such EU law by the Parties' consent derived from Article 8 of the BIT or German law."[36]

However, the tribunal rejected this proposition on the ground that it might not be precluded from applying EU law.[37] It concluded, at this stage, that it can apply EU law both as a matter of international and as a matter of German law, and thereby possibly EU law doctrines "including those of supremacy, precedence, direct effect, direct applicability".[38]

---

[33] *Ibidem*, para. 264.

[34] *Ibidem*, para. 273.

[35] *Ibidem*, para. 274.

[36] *Ibidem*, para. 280.

[37] "The argument that the ECJ has an 'interpretative monopoly' and that the Tribunal therefore cannot consider and apply EU law, is incorrect. The ECJ has no such monopoly. Courts and arbitration tribunals throughout the EU interpret and apply EU law daily. What the ECJ has is a monopoly on the final and authoritative interpretation of EU law: but that is quite different. Moreover, even final courts are not obliged to refer questions of the interpretation of EU law to the ECJ in all cases. The *acte clair* doctrine is well-established in EU law." – *Ibidem*, para. 282.

[38] *Ibidem*, para. 289.

IV. ACHMEA B.V. (EUREKO B.V.) V. THE SLOVAK REPUBLIC (MERITS)[39]

On the merits the arbitral tribunal found Slovakia responsible for the breach of its obligations under the Dutch-Slovak BIT and ordered Slovakia to pay over EUR 22 million in damages and over EUR 3 million in costs to Achmea. During the proceedings on the merits the Respondent raised again the problem of interaction of the BIT with the substantive provisions of the EU law. The argument was that "the subject matter of the dispute is governed by the EU law" so the tribunal does not have jurisdiction given the lack of instructions on particular issues (such as whether restrictions on the distribution of profits from public health insurance would be in breach of EU law, etc.).[40] The tribunal summarily rejected this argument finding that intra-EU objection was dismissed in its preliminary award on jurisdiction which is of *res judicata* character and binding upon the parties. In other words, the tribunal did not revert to the applicability of EU law as a jurisdictional issue. However, it did revert to the applicability of EU law within the discussion on liability, as promised in its Award on Jurisdiction.[41] The tribunal without much difficulty dismissed any dilemma having found that there existed strict division of EU law and BIT in the dispute at hand:

"In the present case, the Treaty sets out standards of treatment that the Contracting Parties have expressly agreed to apply to investors of the other Contracting Party. Insofar as they are applicable to the facts in the present case, nothing in those Treaty standards is in conflict with any provision of EU law. Nothing in this Award amounts to, or implies, a decision that Respondent or Claimant has acted in conformity with EU law or contrary to EU law in any respect. This Award has no bearing upon any question of EU law. This Award relates only to the compliance by Respondent with the terms of the obligations it has assumed under the agreement that it made in the Treaty in relation to its treatment of a class of persons of which Claimant is a member;"[42]

While it may be argued that the tribunal did not foreclose the applicability of EU law as a matter of principle, the facts of the cases did come as close as possible both to the application of EU law and to the conflict with the ECJ given both the infringement procedure and exclusive jurisdiction of the ECJ to have final say on interpretation of EU law.

---

[39] *Achmea B.V. v. The Slovak Republic*, UNCITRAL, PCA Case No. 2008-13 (formerly *Eureko B.V. v. The Slovak Republic*), Final Award, 12 December 2012 (hereinafter: *Achmea*, Final Award).

[40] *Ibidem*, para. 149.

[41] *Achmea*, Award on Jurisdiction, paras. 287-290.

[42] *Achmea*, Final Award, para. 276.

V. SLOWAKISCHE REPUBLIC (SLOVAK REPUBLIC) V. ACHMEA BV, EUROPEAN COURT OF JUSTICE[43]

Following the arbitral award of 7 December 2012 Slovakia brought an action to set aside the award before the High Regional Court in Frankfurt am Main in Germany.[44] The action was dismissed and Slovakia appealed on a point of law before the Federal Court of Justice, which stayed the proceeding and referred the question to the European Court of Justice for a preliminary ruling on the basis of Article 267 of the TFEU. The referring court noted that the 1991 BIT "constituted an agreement between Member States, so that in the event of conflict the provisions of EU law take precedence, in the matters governed by them, over the provisions of the BIT."[45] The questions referred to the ECJ were whether arbitration clause in an intra-EU BIT, which provides for an investor-state arbitration between a national of one Member State and another Member State for investment disputes arising under such intra-EU BIT, was precluded by Articles 18(1), 267 and 344 of the TFEU.[46] Advocate General, in his Opinion, argued that there was no incompatibility between the TFEU and investor-State dispute settlement clauses in intra-EU BITs.[47]

As many as 15 states submitted written observations. Majority of states, who had been more often than others respondents in investment cases under intra-EU BITs,[48] sided with Slovakia. As observed by the Advocate General: "Faced with such economic reality, it is hardly surprising that the Member States in the second group have intervened in support of the argument put forward by the Slovak Republic, which is itself the respondent to the investment arbitration at issue in the present case."[49] However, as also noted by the Advocate General, none of these states, except Italy, denounced intra-EU BITs.[50]

The ECJ responded to questions arising under Articles 267 and 344 of the TFEU simultaneously. Having relied on the principle of the autonomy and primacy of the EU legal order, and exclusive jurisdiction of the ECJ for all disputes as between Member States concerning the interpretation or application of the Treaties,

---

[43] Case C-284/16, Judgment of the Court (Grand Chamber), 6 March 2018.

[44] Slovakia brought an action to set aside the 2010 Award on Jurisdiction before German courts but it was not successful (Ibidem, para. 11) It seems that no request for preliminary ruling was initiated by German courts on the basis of Article 267 of the TFEU in this case.

[45] Case C-284/16, *op. cit*., para. 13.

[46] *Ibidem*, para. 23.

[47] Opinion of Advocate General Wathelet, delivered on 19 September 2017, Case C-284/16, Slowakische Republik v Achmea BV.

[48] For example, as of October 2017, Spain was respondent in 33 cases under intra-EU BITs, Czech Republic in 26 cases, Hungary and Poland in eleven cases. See, *ibidem*, para. 35.

[49] Case C-284/16, op. cit., para. 36.

[50] *Ibidem*, paras. 37-38. Even Italy did not denounce all of its intra-EU BITs leaving the one with Malta in force. Also, all EU Member States are parties to the Energy Charter Treaty.

the Court first proceeded to examine whether an arbitral tribunal, such as the one established under Article 8 of the Dutch-Slovak BIT, could be considered a court or tribunal of a Member State within the meaning of Article 267 of the TFEU. The answer was negative which meant that such arbitral tribunal was not entitled to make a reference to the ECJ for a preliminary ruling.[51] ECJ further noted that commercial and investment arbitrations are different[52] to the extent that Article 19(1) of the TEU cannot be applied in relation to the latter which leaves investment decisions outside the scope of judicial system of the EU, which in turn prevents investor-state disputes "from being resolved in a manner that ensures the full effectiveness of EU law, even though they might concern the interpretation or application of that law"[53]. The ECJ came to this conclusion despite the fact that *Achmea* tribunal did not in effect apply EU law. While the arbitral tribunal did say that it was competent to apply EU law as part of applicable law under the BIT it nevertheless declined to do so. Despite the fact that in this particular case the autonomy or even supremacy of EU law was not in danger, the ECJ still denied the right to Article 8 of the BIT to exist: "Article 8 of the BIT is such as to call into question not only the principle of mutual trust between the Member States but also the preservation of the particular nature of the law established by the Treaties."[54] Consequently, the ECJ found that Article 8 of the BIT had an adverse effect on the autonomy of EU law.[55] The final decision of the ECJ was that Articles 267 and 344 of the TFEU must be interpreted as precluding a provision in an international agreement concluded between Member States, such as Article 8 of the Dutch-Slovakia BIT.

VI. FRAGMENTATION DISCOURSE

Fragmentation of international law as such was not at the heart of the *Achmea* problem either before the UNCITRAL arbitral tribunal or before the ECJ. Still, much of the arguments raised by the parties and by the courts laid bare anxieties

[51] Case C-284/16, *op. cit*., para. 49.

[52] This alleged difference made by the ECJ was strongly criticized by commentators: "The above distinction—commercial arbitration is based on party autonomy, while investment arbitration on a treaty—is difficult to conceive. The treaty is based on the party autonomy of two sovereigns, and by the use of its dispute settlement mechanism the investor accepts it. It is painfully difficult to argue that arbitration between a state and an investor is not based on the 'freely expressed wishes of the parties.' The second circumstance referred to in the above excerpt may cause a similar headache: Commercial and investment arbitration may equally involve the application of EU law, let alone that investment arbitral tribunals quite often encounter purely contractual disputes, which could equally be subject to commercial arbitration." – Nagy, 992.

[53] Case C-284/16, *op. cit*., para. 56.

[54] *Ibidem*, para. 58.

[55] *Ibidem*, para. 59.

within international legal system as well as fragmentation on both normative and jurisdictional level. Against the background of the ILC's seminal *Report on Fragmentation*,[56] fragmentation can be assessed from different angles. Given that the investment tribunal discussed the application of Articles 30 and 59 of the Vienna Convention on the Law of Treaties regarding the relationship between obligations arising under the BIT and EU law, it follows that it was the identity or proximity of a subject-matter of different treaties that potentially created normative conflict. This opened up the discussion about fragmentation through the emergence of a special law as an exception to the general law thereby causing fragmentation as differentiation between types of special law.[57] Regardless of the general rules of international law and "a strong presumption against normative conflict"[58] favouring harmonization and systemic integration, here we have the discussion of two different sub-systems and possibly of two self-contained regimes. Despite the fact that two different sets of international rules are to be reconciled by reference to general international law,[59] much of it depends, as these cases demonstrate, on jurisdiction of the forum which will resolve such normative conflict. Thus this becomes less the relationship between general and special legal norms, or between special sets of norms, simply due to the jurisdiction of the courts involved where each court has strong incentive for self-preservation which is mixed with a presumed duty to avoid conflicts with general rules of international law. This opposition, or fragmentation, materialized not only because of the possible normative conflict between the two different sets of rules, but equally because these conflicts were assessed by forums each belonging to the legal framework that gave rise to the initial normative conflict.

1. Normative conflict between international investment law and EU law

The problem of normative conflict has been in focus of international scholarship for a long time before the International Law Commission tackled the issue in its *Report on Fragmentation*. The problem has seen different articulations: as

---

[56] International Law Commission, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, UN Doc. A/CN.4/L.682, 13 April 2006.

[57] *Ibidem*, at 30-31, 33-34.

[58] *Ibidem*, para. 37.

[59] Rodoljub Etinski, "Means Of Interpretation of International Treaties and Determinants of Their Significance", *Collected Papers of the Faculty of Law University of Novi Sad* (*Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*) 4/2017, 603-624.

Sanja Djajić, "Mapping The Good Faith Principle in International Investment Arbitration: Assessment of Its Substantive and Procedural Value", *Collected Papers of the Faculty of Law University of Novi Sad* (*Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*) 3/2012, 207-233.

conflicts and mere divergences,[60] as conflicts between permissive and prescriptive norms,[61] conflicts between different law-making treaties,[62] conflicts as strict or loose incompatibility,[63] etc. According to Jenks direct incompatibility in the strict sense arises "where a party to the two treaties cannot simultaneously comply with its obligations under both treaties."[64] While a variety of remedies were detected in the *Report on Fragmentation* and in literature, there are two that might be apposite for the *Achmea* discussion. The first is the resolution through the general rules of international law such as the application of *lex specialis* or *lex posterior* principles or through the rules of Articles 30 and 59 of the VCLT for resolving the conflicts arising under successive treaties. These are the rules of general international law that serve precisely this purpose to resolve normative conflicts. However, there have been other suggestions in relation to the conflict between different treaty regimes: differences that exist between law-making treaties due to their complex origins, norm structures and dispute settlement mechanism may call for application of analogy with conflict of laws rules.[65] Therefore, in order to solve the conflict one needs to look for conflicts of laws regulations within treaty regimes,[66] *i.e.* for special conflict of laws rules.

In the course of arbitral proceeding the main argument raised by Slovakia was the one of the normative conflict between international investment law and EU law. In Slovakia's opinion such normative conflict led to termination or at least to inapplicability of the BIT as a whole or alternatively of its Article 8. In order to illustrate the overlapping between the guarantees in the BIT and guarantees provided for in the EU law to foreign investors, Slovakia offered an overview of parallelism of guarantees. The purpose was two-fold: to prove the identity of subject-matter of two different treaties as a prerequisite for application of Articles 30 and 59 of the VCLT, and to prove that EU law provides guarantees to investors to the same extent as the BIT. The *Achmea* tribunal did not find that there was a conflict that would warrant the termination.[67] Indeed, the overlap between EU law and BIT was not mutually exclusive but rather a matter of convergence. This

[60] Wilfred Jenks, 'Conflict of Law-Making Treaties', *British Yearbook of International Law,* 1953, 401-453, at 425-427.

[61] Erich Vranes, "The Definition of 'Norm Conflict' in International Law and Legal Theory", *European Journal of International Law*, 2/2006, 395–418.

[62] Jenks, 425-427.

[63] *Report on Fragmentation*, *op. cit*., para. 24.

[64] Jenks, 426.

[65] Jenks, 403.

[66] Tobias Lock, *The European Court of Justice and International Courts*, Oxford 2015, 40.

[67] "Moreover, the BIT establishes extensive legal rights and duties that are neither duplicated in EU law nor incompatible with EU law. The protections afforded to investors by the BIT are, at least potentially, broader than those available under EU law (or, indeed, under the laws of any EU Member State)." – *Achmea*, Award on Jurisdiction, para. 254.

habitual convergence could be seen as a natural result of the fact that they are addressing different subject-matters.[68] Therefore, not every overlap can produce conflict that affects the applicability or validity of an international instrument, but sometimes the overlapping can induce fragmentation.

There was another normative conflict in the *Achmea* case that seemed to have been more fundamental for the general issue of interaction between intra-EU BITs as part of international investment law, on one hand, and as part of EU law, on the other. EU law requires that all treaties between Member States must conform with obligations arising under EU Treaties. General international law (apart from Article 103 of the UN Charter and *jus cogens* norms), makes no reference to any hierarchy as between treaties. Hence, *apriori* precedence of EU law over intra-EU BITs is difficult to accommodate under general rules of international law. However, this supremacy rule can be seen as a conflict of laws rule envisaged for resolution of different treaty regimes.[69] Therefore, rules on how to resolve conflicts between different treaty obligations are fundamentally different depending on the legal order that is in position to resolve the conflict.

There was another normative conflict looming large behind the *Achmea* case before the ECJ. A year after the *Achmea* arbitral award on the merits was delivered, another investment tribunal handed down arbitral award on the basis of Romania-Sweden BIT, another intra-EU BIT. In the *Micula v Romania* case[70] the tribunal awarded damages to the claimant for the breach of fair and equitable treatment that was caused by the Romania's withdrawal of certain investment incentives, such as tax and customs duties exemptions. Romania argued, and the European Commission confirmed, that this revocation was mandatory in the course of Romania's accession to the European Union. The tribunal rejected this defence and found that the claimant's legitimate expectations that such incentives would stay in place for the period of ten years, as guaranteed by the revoked legislation, were breached. The follow-up is quite telling about the relationship between the EU institutions and investment arbitration set up under the intra-EU BITs. European Commission practically banned the enforcement of the award with the argument that such enforcement would constitute a state aid incompatible with the

[68] August Reinisch, "Articles 30 and 59 o fthe Vienna Convention on the Law of Treaties in Action: The Decisions on Jurisdiction in the Eastern Sugar and Eureko Investment Arbitrations", *Legal Issues of Economic Integration*, 1/2012, 157-177, at 168.

[69] "The Commission asserts that where there is a conflict with EU law, the rule of *pacta sunt servanda* does *not* apply to agreements between EU Member States, because of the jurisprudence establishing that 'EU law takes supremacy not only over the national legal systems, but also over bilateral agreements concluded between Member States'." – *Ibidem*, para. 180.

[70] *Ioan Micula, Viorel Micula, S.C. European Food S.A, S.C. Starmill S.R.L. and S.C. Multipack S.R.L. v. Romania*, ICSID Case No. ARB/05/20, Award, 11 December 2013.

internal market within the meaning of Article 107(1) of the TFEU.[71] While Romania was banned to allow the enforcement of the award as a matter of EU law, this did not prevent claimants to search for other avenues to enforce the award.[72] *Micula* case vividly illustrates the issue of treaty conflict due to incompatibility of obligations of Romania under two different treaties, TFEU (Article 107) and the ICSID Convention (Articles 54-55). The similar prospect was imminent in *Achmea* case given that any award on damages could be in conflict with prohibition of state aid. This conflict perfectly fits the concept of direct incompatibility in the strict sense as seen by the ILC *Draft Articles on Fragmentation*:

"A strict notion would presume that conflict exists if it is possible for a party to two treaties to comply with one rule only by thereby failing to comply with another rule. This is the basic situation of incompatibility. An obligation may be fulfilled only by thereby failing to fulfil another obligation."[73]

In final stages of the *Achmea* saga, both before the investment tribunal and the ECJ, there was no attempt to employ the strategy of systemic integration. While the *Achmea* tribunal did resort to the VCLT during the jurisdictional stage of the proceeding it fully abandoned reference to general international law during the merits stage. The ECJ never approached the issue from the standpoint of general international law, the position the European Commission held before the investment tribunal, but from the position that principles of supremacy and autonomy of EU law order were the criteria for settling fragmentation. The normative conflict may have just turned into a normative war,[74] or more precisely into a jurisdictional war.

2. Jurisdictional conflict between investment tribunals and ECJ

The existing treaty conflict was not alleviated by the fact that two different jurisdictional clauses empowered different international courts to assess the matter.

---

[71] For an extensive overview of the measures employed by the European Commission following the award in the Micula v Romania case, see Maja Stanivuković, "Legitimate Expectations: A Commentary of Micula v. Romania", 14 *Transnational Dispute Management,* 1/2017.

[72] Micula brothers sought the annulment of the 2015 Commission's decision before the ECJ – *European Food and Others v. Commission,* Case T-624/15, Action submitted on 6 November 2015, OJ C 16, 18 January 2016, 45–46 (case is still pending). Micula brothers are still seeking enforcement before US and UK courts. See, Tom Jones, "Romania undoes enforcement of Micula award", *Global Arbitration Review*, 24 October 2017, available at: https://globalarbitrationreview.com/article/1149309/romania-undoes-enforcement-of-micula-award (23 September 2018); *Viorel Micula and others v Romania and European Commission (Intervener)*, Court of Appeal, UK, [2018] EWCA Civ 1801Case No: A3/2017/1853, 1855, 1856 & 1903, 27 July 2018.

[73] *Report on Fragmentation*, para. 24.

[74] For a critical overview of maximalist and polemical approach of actors involved in the discussion on the relationship between EU law and intra-EU BITs, see Panos Koutrakos, "The Relevance of EU Law for Arbitral Tribunals: (Not) Managing the Lingering Tension", *Journal of World Investment & Trade*, 6/2016, 873-894.

Such situations have been termed as a "parallelism of treaties, both in their substantive content and in their provisions for settlement disputes arising thereunder."[75] Had it been only one judicial body in place the treaty conflict would have been solved more easily, or perhaps would have remained merely unnoticed. It is not only the substantive law on which the resolution depends but resolution equally depends on the forum (and its jurisdiction) which will have the say in resolving the conflict. The resolution equally hinges on the substantive law and on the forum (and its jurisdiction) which will have the say in resolving the conflict:

"What is more, where a conflict between a BIT and EU law exists, the European courts and institutions must be expected to assess the consequences of such a conflict from a perspective that is different from the perspective of an arbitral tribunal. An arbitral tribunal will first and foremost apply the treaty invoked by the investor, and any conflicts between the norms contained in that treaty and the European treaties will have to be resolved in accordance with the relevant principles of international law. In particular, from the perspective of a treaty-based tribunal, EU law can only be relevant to the extent where international law so provides."[76]

In cases of jurisdictional conflicts when different tribunals are empowered to assess the conflict it is very likely that such tribunals will rather employ their own conflict of laws rules than rules of general international law. However, there are examples to the contrary. In the *Mox Plant* case the arbitral tribunal set up under Annex VII of the UNCLOS Convention provisionally suspended proceedings because there was "a real possibility that the European Court of Justice may be seised of the question whether the provisions of the 1982 Convention on which Ireland relies are matters relating to which competence has been transferred to the EC, and indeed that issues concerning the interpretation and application of the provisions of the Convention are as such matters of EC law. In these circumstances, whether, and if so to what extent, all or any provisions of the 1982 Convention fall within the competence of the EC or its Member States would fall to be decided by the European Court of Justice."[77] Suspension of the procedure was due to the tribunal's deference to the ECJ jurisdiction despite the fact the European Commission did not intervene in the matter as it did in the *Achmea* arbitration. There was nothing in the instrument providing for jurisdiction of the Annex VII arbitral

---

[75] *Southern Bluefin Tuna Case Australia and New Zealand v. Japan*, Award on Jurisdiction and Admissibility, August 4, 2000 rendered by the Arbitral Tribunal constituted under Annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea, para. 52. Available at: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_XXIII/1-57.pdf (accessed: 20 September 2018).

[76] Hanno Wehland, "The Enforcement of Intra-EU BIT Awards: Micula v Romania and Beyond", *The Journal of World Investment & Trade*, 6/2016, 942-963, at 943 (references omitted).

[77] *MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom)*, PCA Case no. 2002-01, President's Statement of June 13, 2003, para. 8.

tribunal in the *Mox* case which mandated suspension of the proceeding so it rather seems that the arbitral tribunal relied on international comity considerations.[78] The arbitral tribunal anticipated well the events that would unfold before the ECJ. Following the decision on suspension before the arbitral tribunal the European Commission instituted proceedings against Ireland for the breach of Article 292 of the EC Treaty. The Court in Luxembourg upheld the claim[79] and confirmed its exclusive jurisdiction in the matter.[80] The Annex VII arbitral tribunal extended the suspension until Ireland formally discontinued the arbitral proceeding.

Going back to *Achmea*, it was the jurisdictional conflict that was seen as crucial for finding that arbitration clause in Article 8 of the Dutch-Slovak BIT (and potentially similar provisions in other intra-EU BITs) was contrary to EU law and as such inapplicable. Opinion of the European Commission and decision of the ECJ, perhaps not surprisingly, were in favour of the ECJ jurisdiction to the exclusion of any other remedy available to investors protected under the intra-EU BITs. The special feature of the legal nature of the EU law was seen closely connected to the exclusive jurisdiction of the ECJ which always retains the power to have the final say on EU law matters. Given that there is no mechanism that could make investment tribunal refer to the ECJ for a preliminary ruling, absence of such mechanism was seen as incompatible with Articles 267 and 344 of the TFEU. It is not hard to see that other international courts would be in a difficult position to follow the ECJ in its ruling, not only for obvious reasons, such as inability to fully embrace the idea of exclusive jurisdiction of the ECJ but simply because they would not be guided by the same conflict of laws rules. While for the ECJ it is the primacy of founding treaties over any other treaties signed between Member States, for other international courts this would not be so much about hierarchy as much about the successive treaties relating to the same subject-matter. Therefore, it would not be far-fetched to assume that other international courts would follow in the footsteps of the *Achmea* arbitral tribunal and its discussion on the applicability of Articles 30 and 59 of the VCLT.

---

[78] "The Tribunal considers that a situation in which there might be two conflicting decisions on the same issues would not be helpful to the resolution of this international dispute. Nor would such a situation be in accord with the dictates of mutual respect and comity that should exist between judicial institutions deciding on rights and obligations as between States, and entrusted with the function of assisting States in the peaceful settlement of disputes between them." – *MOX Plant Case (Ireland v. United Kingdom),* PCA Case no. 2002-01, President's Statement of June 13, 2003, para. 11.

[79] Case C-459/03, Commission v Ireland, Judgment of the Court (Grand Chamber) of 30 May 2006.

[80] Nikolaos Lavranos, "Protecting Its Exclusive Juisdiction: The Mox Plant-Judgment of the ECJ", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 5/2006, 479-493.

VII. CONCLUSION

Much of the arguments heard in different *Achmea* litigations echo the anxieties inherent in fragmentation of international law on both normative and jurisdictional levels. While the cases did not disclose the real normative conflict between different treaties so strict to mutually exclude different treaty regimes, it seems that the animosity was rather generated by the maximalist approaches of different forums to reading its jurisdictional authority. There seem to be simultaneous causes and sources of fragmentation, leading to different remedies coming from different authorities.

Normative and jurisdictional overlapping tends to demonstrate the existence of decentralized sources of judicial authority, which may be difficult to overcome by rules of general international law, but rather by rules of those special authorities which per se may be seen as a cause of fragmentation. While these cases do not demonstrate so much normative conflicts inherent in the problem of fragmentation, they do demonstrate the conflict of law-making authorities and jurisdiction in international law.

Др Сања В. Ђајић, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.Djajic@pf.uns.ac.rs

Случај Ахмеа – пример тумачења међународних уговора, сукоба међународних судова и фрагментације међународног права

***Сажетак**: У раду ауторка анализира УНЦИТРАЛ арбитражне одлуке у инвестиционом спору Ахмеа против Словачке и одлуку Суда правде ЕУ о сагласности одредбе о решавању инвестиционих спорова између инвеститора и државе домаћина у двостраном инвестиционом споразуму закљученом између држава чланица ЕУ у предмету Ахмеа против Словачке. Суд правде ЕУ утврдио је несагласност ове одредбе са правом ЕУ што може имати далекосежне последице. Ауторка испитује аргументе који су изнети у овим одлукама из перспективе фрагментације међународног права, тачније из перспективе поставки и аргумената који су изнети у Извештају о фрагментацији међународног права Комисије УН за међународно право. Док се о фрагментацији и расправљало у раној фази арбитражног поступка ова расправа се касније изгубила и фрагментација као таква није ни поменута у одлуци Суда правде ЕУ. Узрок различитих и супротних одлука о односу одредби о решавању спорова у двостраном инвестиционом споразуму и права ЕУ није последица стварног нормативног сукоба већ више је последица чињенице да су о овом питању одлучивали различити судови. Судски конфликт је тако постао узрок фрагментације у њеном најужем значењу када држава није у могућности да истовремено испуни обавезе из различитих међународних уговора.*

***Кључне речи**: Ахмеа, фрагментација, тумачење међународних уговора, инвестициона арбитража.*

Датум пријема рада: 01.10.2018.

Оригинални научни рад 351.74/.75+355.02]:33(497.11)
doi:10.5937/zrpfns52-18207

Др Горан Б. Милошевић, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
G.Milosevic@pf.uns.ac.rs

Др Љубомир С. Стајић, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
Lj.Stajic@pf.uns.ac.rs

ИНДИКАТОРИ ЕКОНОМСКЕ БЕЗБЕДНОСТИ – ОСВРТ НА РЕПУБЛИКУ СРБИЈУ[1]

Сажетак: *Остварити безбедносне циљеве и законом утврђену надлежност државе, немогуће је без адекватних економских ресурса. То значи да су економски ресурси основа економске, а тиме и националне безбедности земље. Праћењем и процењивањем економских индикатора постаје јасно какви су резултати рада националне економије и шта се од њих очекује. Осим тога, тиме се обезбеђује и повратна информација о ризицима и претњама на вероватноћу неповољних економских збивања, односно, претњи изазивања криза по економску и политичку стабилност неке земље. Процена кретања економских индикатора, служи за доношење квалитативних одлука у области стратешког планирања употребе економских ресурса од значаја за безбедносни сектор. На основу ње се утврђују општи и појединачни планови и циљеви субјеката безбедности.*

Кључне речи: *безбедност, национална безбедност, економска безбедност, економски индикатори, економија, макроекономски резултати.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Економски проблеми у свим областима привредног и друштвеног живота у суштини, везани су за основни проблем људске делатности изражен

[1] Рад је заснован на истраживањима вршеним у оквиру научноистраживачког пројекта под називом „*Правна традиција и нови правни изазови*“ који се финансира из изворних прихода Правног факултета Универзитета у Новом Саду.

у једноставном становишту „ресурси су оскудни у односу на људске потребе“.[2] Људске потребе појединаца треба разликовати од потреба групе, односно од потреба друштва и државе. Потребе појединаца су уске и мотивисане појединачним личним интересима. Потребе друштва и државе су опште, колективне, и оне изражавају општи, заједнички интерес заједнице. Држава и друштво морају водити рачуна да потребе појединаца и лични интереси, не преузму доминацију над општим, заједничким интересима. Потчињавање општег интереса личном неминовно доводи до кризе привреде и друштва, а затим до дисфункционалности државних органа и институција.

Неједнакост потреба, у условима ограничености ресурса намећу питање економије избора. Економски избор у условима ограничености ресурса захтева рационалност у алокацији расположивих ресурса са аспекта економске ефикасности, будући да се исти ресурси могу употребити на алтернативне начине. Из аспекта националне привреде, алокација економских ресурса могућа је применом: 1) тржишта и 2) државном регулативом.[3] Посматрано кроз историју људског друштва, ниједна од њих није добила примат у чистом изворном облику. Као одговор на несавршеност тржишта у савременим привредама посебно је важна активност државе, њених органа и колективитета. Својом активношћу држава пружа јавне услуге којима задовољава јавне потребе свих грађана. Јавне потребе су све оне потребе које појединац не може да задовољи на индивидуалан начин, посредством тржишта, већ је за њихову реализацију потребно постојање државе са свим њеним органима и институцијама.[4] Полазећи од основног обележја, јавне потребе се могу груписати према:[5] функционисању економског и политичког система земље; међународној безбедности; националној безбедности; социјалној сигурности грађана; функционисању друштвених делатности; економској политици и привредном развоју и ванредним потребама грађана и државе.

Из аспекта наше анализе ефикасност државе у употреби економских ресурса заснива се на ефикасности остварења циљева националне и међународне безбедности. То практично значи, да функционисање државе, односно њена егзистенција у сфери безбедности, не може бити остварена без класичних функција државе. Држава данас, као и у прошлости своју без-

---

[2] Ресурси представљају материјалне и нематеријалне изворе стварања материјалног богатства и економског благостања једног друштва. Можемо разликовати: природне, људске и материјалне ресурсе.

Потребе подразумевају исказане жеље и захтеве појединца и колективитета за коришћењем одређених економских добара.

[3] Г. Милошевић, (2016), *Основи економије*, Нови Сад, стр. 23.

[4] Д. Гњатовић, (1999), *Финансије и финансијско право*, Београд, стр. 17.

[5] Б. Раичевић, М. Радичић, (1996) *Јавне финансије*, Н. Сад, стр. 206-207.

бедносну функцију остварује делатношћу државних органа, пре свих војске и полиције. Војска и полиција су основне полуге заштите безбедности државе и њених грађана. Поред војске и полиције неки задаци заштитног карактера поверени су суду, тужилаштву, безбедносним агенцијама, царини и другим органима државне управе. Наведени органи, вршећи послове из своје надлежности, истовремено остварују и заштитну функцију државе.

Остварити безбедносне циљеве и законом утврђену надлежност државе, немогуће је без адекватних економских ресурса. То значи да су економски ресурси основа економске, а тиме и националне безбедности земље. Улога државе у систему безбедности захтева развој и изградњу економских потенцијала. Недостатак или ограниченост економских ресурса нужно продукује пад привредних активности, пад економске безбедности, а тиме и смањење нивоа националне безбедности. Данас је могуће остварити економску безбедност, само ако економски потенцијали државе расту у складу са могућностима оног и оних који ту безбедност угрожавају.

2. ПРАЋЕЊЕ И ОЦЕНА ЕКОНОМСКИХ ИНДИКАТОРА ЕКОНОМСКЕ БЕЗБЕДНОСТИ

Систем националне безбедности је врло сложен и организован је преко хијерархијске структуре јасно одређених подсистема и микросистема. Подсистем, по правилу, остварује једну функцију, као део опште активности државе, док микросистем повезује више мањих активности и функционише на ужем простору.[6] У оквиру система националне безбедности, економска безбедност је њена функција, која остварује активност заштите економског система земље, као основе националне безбедности.

Економска безбедност као део функције система националне безбедности представља заштићеност економског интереса националне економије од свих видова, облика и носилаца угрожавања, односно она представља систем економско-безбедносне заштите земље уз одсутво стања било ког облика угрожавања економског потенцијала националне економије.[7] Системом развоја националне економије обезбеђују се услови за остварење циљева политике националне безбедности и то: развој независног и сувереног политички и економски стабилног и просперитетног друштва, учешће у изградњи повољног безбедносног окружења, укључивање у европске интеграције и остале регионалне и међународне структуре, као и сарадња са

[6] Љубомир Стајић, Радојица Лазић, (2015), *Увод у националну безбедност*, ЈП Службени гласник, Београд, стр. 76.

[7] Љ. Стајић, Г. Милошевић, (2017), *Финансијска делатност државе као фактор економске безбедности – осврт на Републику Србију*, Српска политичка мисао, стр. 177-178.

другим демократским друштвима.[8] Остварењем циљева националне безбедности, национална економија ствара амбијент остварења и економске безбедности као интегративног дела националне безбедности.[9]

Економска безбедност је део националне и елемент личне безбедности коју чине стање економске стабилности у смислу могућности нормалног развијања човека и функционисања економског система и економских односа једне земље, са израженим елементима заштићености од опасности угрожавања тог система и националне безбедности у ширем смислу.[10] Суштина, смисао и циљ економске безбедности састоји се у употреби стратегије функције државе да обезбеди нормално функционисање економског система, да као део националног система безбедности створи економске услове бесконфликтног стања, да отклони могуће угрожавање безбедности у разним видовима, а појаве економске несигурности сведе на толерантну меру. Подразумева стање стабилности привредног система и његове независности, отклањањем спољних и унутрашњих фактора угрожавања, заштиту националне економије, монетарне, техничко-технолошке и тржишне способности, да задовољи способност економије и економског система, очува и унапређује привреду и финансијску стабилност државе, као и мере државних органа за решавање проблема изласка из зоне економских опасности и превазилажење постојећег (непожељног) стања.[11]

Да би економска безбедност била остварљива, неопходно је остварити жељене циљеве у оквирима националне економије. Резултати економске активности земље подложни су цикличним осцилацијама. Та цикличност привреде захтева стално праћење, анализу и прилагођавање економских кретања жељеном циљу. Праћењем и анализом економских кретања уочавамо тренд кретања одређених економских показатеља који су од значаја не само за националну економију, већ и за националну безбедност. Економска процена и анализа обухвата: идентификацију привредних и финансијских претњи, превенцију ризика и мере ублажавања потенцијалних и стварних штетних последица, доступност изворима енергије, сировина, финансијских средстава и тржишта за одржавање економске моћи државе и социјалне безбедности човека.[12] Рационалност одлучивања и оптималност економског

---

[8] Види опширније: Стратегија националне безбедности Републике Србије „Службени гласник РС“број 88 од 28. октобра 2009.

[9] Елементи политике националне безбедности Републике Србије су: спољна политика, економска политика, политика одбране, политика унутрашње безбедности, политика заштите људских и мањинских права, социјална политика и политике у другим областима друштвеног живота.

[10] М. Бошковић, (2017), *Лексикон безбедности*, ЈП Службени гласник, Београд-Нови Сад, стр. 195.

[11] М. Бошковић, (2017), наведено дело, стр. 195-196.

[12] М. Бошковић, (2017), наведено дело, стр. 195.

избора у условима ограничених ресурса[13] у свери националне безбедности захтева и континуитет оцене кретања економских индикатора.

Оцењивање индикатора економске безбедности је процес организованог и континуираног праћења, вредновања, усмеравања и прилагођавања економских резултата националне економије. Реч је о непрекидном и трајаном процесу вредновања показатеља економске упешности националне економије, као условима за остварење циљева економске, а тиме и националне безбедности. Континуираним праћењем, вредновањем и усмеравањем резултата националне економије остварују се три веома важна циља, и то: а) повећава се ефикасност у сагледавању економских ризика безбедности; б) стварају се услови за пројектовање ефиксног плана развоја економског потенцијала; и в) стварају се услови за реално сагледавање економског потенцијала и потреба националне безбедности.

Праћењем и процењивањем економских индикатора постаје јасно какви су резултати рада националне економије и шта се од њих очекује. Осим тога, тиме се обезбеђује и повратна информација о ризицима и претњама (економским и безбедносним). Економски ризици указују на вероватноћу неповољних економских збивања и један су од облика системских ризика у области националне безбедности.[14] Они изражавају висок степен опасности, односно, претњу изазивања криза по економску и политичку стабилност неке земље. Таква информација има посебан значај, јер се на основу ње доносе многе одлуке, нарочито у области управљања системом националне безбедности.

Основни циљ праћења и процењивања економских индикатора економске безбедности, јесте подизање опште организационе способности система безбедности и остваривање стратегијских циљева. Процена кретања економских индикатора, служи за доношење квалитетних одлука у области стратешког планирања употребе економских ресурса од значаја за безбедносни сектор. На основу ње се утврђују општи и појединачни планови и циљеви субјеката безбедности. На основу такве процене, пројектују се краткорочне и дугорочне селективне одлука и методе ангажовања економских ресурса. Осим тога, оно има и важну стратегијску димензију, јер су стратегија и циљеви организације система безбедности предуслови за утврђивање критеријума и стандарда успешности.

Процес праћења, процењивања и усмеравања економских индикатора безбедности има бројне употребне димензије и даје мноштво релевантних информација за квалитетно одлучивање у готово свим аспектима и сегмен-

[13] Ђ. Попов, (2014), *Прилог економској анализи климатских промена*, Зборник радова – Правног факултета у Новом Саду, стр. 9.

[14] М. Бошковић, (2017), наведено дело, стр. 198.

тима управљања ресурсима безбедности, због чега се његова евалуативна и развојна димензија не могу раздвајати. На основу резултата кретања економских индикатора безбедности, предузимају се корективне активности, утврђују планови за побољшање индивидуалне и организационе успешности и предузимају друге мере и активности, значајне за остваривање циљева безбедности. Предности добро конципираног система праћења и оцењивања економских индикатора безбедности су бројне. Издвојићемо следеће:

– лакше укључивање субјекта безбедности у извршење постављеног циља;
– објективније процењивање реалног стања економске безбедности;
– подстицање и усмеравање економског развоја;
– веће повезивање и међусобни утицај економије и безбедносног система;
– јасно уочавање безбедносних ризика и економских предности смањења ризика;
– стварање предуслова за редовно анализирање економске способности смањења безбедносног ризика;
– обезбеђивање сагласности између носилаца економске политике и носилаца функција безбедносног сектора о потребама економског развоја;
– повратна информација о оствареној економској и безбедносној успешности у оствареним резултатима рада.

3. БРУТО ДОМАЋИ ПРОИЗВОД

Србија заостаје у реформским процесима, посебно у кључним сегментима: приватизацији и реструктурирању великих предузећа, политици конкурентности и институционалним реформама, што се одражава на кретање макроекономских резултата. У периоду од 2002. до 2008. године Србија је остварила значајан кумулативни реални раст бруто домаћег производа од 42,2 одсто уз релативну стабилност цена, што је значајан резултат економске политике остварен у условима транзиције и цикличних кретања светске привреде. Макроекономски индикатори су, након испољавања ефеката кризе, драстично погоршани у наредним годинама (нарочито у 2009. и 2012. години) као последица смањене домаће и иностране тражње, смањеног прилива страног капитала и повећане неликвидности привреде. Овај негативни тренд настављен је и 2014 године када је пад бруто домаћег производа износио 1,8 одсто. Након периода негативних кретања макроекономских индикатора економија Србија показује знаке оживљавања и раста економске активности. У периоду од 2015. до 2018. године кумулативни раст бруто домаћег производа износио је 5,4 одсто са израженом тенденцијом раста у првом кварталу 2018. године од 3,5 одсто.

Табела 1: Кретање реалног раста Бруто-домаћег производа (БДП) у периоду од 2002 до 2018 године[15]

Година	Бруто домаћи производ, текуће цене, млрд. динара	% промене, према претходној години
2002	1.037,9	7,1
2003	1,220.2	4,4
2004	1,451.4	9,0
2005	1,751.4	5,5
2006	2,055.2	4,9
2007	2,355.1	5,9
2008	2,744.9	5,4
2009	2,880.1	-3,1
2010	3,067.2	0,6
2011	3,407.6	1,4
2012	3,584.2	-1,0
2013	3.876,4	2,6
2014	3,908.5	-1,8
2015	4,043.5	0,8
2016	4,261.9	2,8
2017	4.464,6	1,8
2018 процена ММФ	4.755,7	3,5

4. ТРЖИШТЕ РАДНЕ СНАГЕ

Тржиште рада Србије у протеклом периоду, карактерисало је смањење укупног броја запослених и раст незапослености, као и бржи раст плата од раста продуктивности рада који је смањивао тражњу за радном снагом и на тај начин додатно утицао на повећање незапослености. Економију Србије, на почетку 21 века, карактерисала је висока тзв. скривена незапосленост и велики вишкови запослених у друштвеном и државном сектору који су у процесу реструктурирања и приватизације делом продуктивно ангажовани, а делом отпуштени, тако да је просечан број запослених смањен, а незапослених повећан. У периоду од 2006 до 2008 године уочава се краткорочно смањење незапосленост са 20,9 одсто на 13,6 одсто. Међутим, економска криза и негативни трендови у српској привреди резултирали су растом незапослености која је 2012 године достигла ниво од 23,9 одсто. У периоду од 2012 године до данас евидентно је дошло до оживљавања привредних активности, подстакнутих пре свега мерама фискалне консолидације, страним

[15] Извор: РЗС. Методологија ESA 2010. 2 Процена РЗС. БДП као сума четири квартала (обрачунато у МФИН) Промене, према претходној години, %, и Министарство финансија, Основни индикатори макроекономских кретања 10.05.2018. године; – страници сајта министарства: http://www.mfin.gov.rs/pages/article.php?id=13270; приступљено 20.05.2018 године).

инвестицијама и државним субвенцијама, што је имало за резултат смањење незапослености, која је на крају 2017. године износила 13,5 одсто.

Табела 2: Кретање на тржишту радне снаге у Србији у периоду 2000–2018[16]

Година	Укупан број запослених[17]	Број лица која траже запослење	Активно незапослена лица	Стопа незапослености
2000	2.264.376	/	/	12,9
2001	2.257.770	780.541	/	12,2
2002	2.207.903	904.494	/	13,3
2003	2.168.678	944.939	/	14,6
2004	2.166.949	969.888	859.728	18,5
2005	2.171.457	990.669	895.697	20,8
2006	2.115.135	1.011.139	916.257	20,9
2007	2.085.242	850.802	785.099	18,1
2008	2.081.676	794.000	727.621	13,6
2009	1.984.740	812.350	730.372	16,1
2010	1.901.198	802.840	729.520	19,2
2011	1.866.170	833.268	745.187	23.0
2012	1.865.614	870.186	761.486	23.9
2013	1.864.783	888.359	769.546	22.1
2014	1.845.494	867.948	741.906	19,2
2015	1.896.295	857.246	724.096	17,7
2016[18]	1.920.679	828.439	700.947	15,3
2017[19]	1.977.000	/	651.000	13,5
2018[20]	2.017.000	/	619.000	14,8

[16] Извор: 1) Министарство финасија – Билтен јавних финансија број 152, април 2017 и Министарство финансија, Основни индикатори макроекономских кретања 10.05.2018. године; – страници сајта министарства: http://www.mfin.gov.rs/pages/article.php?id=13270; приступљено 20.05.2018; и 2) Републички завод за статистику (РЗС) – страници сајта (РЗС) приступљено 14.01.2018. http://www.stat.gov.rs/WebSite/Public/PageView.aspx?pKey=24, .

[17] Републички завод за статистику је кориговао податке о броју запослених, преласком на нови извор података (Централни регистар обавезног социјалног осигурања). Подаци су дати према евиденцији НСЗ. Податак не обухвата регистроване индивидуалне пољопривреднике.

[18] Годишњи просек за 2016. годину израчунат је као аритметичка средина броја запослених за свих 12 месеци. Извор: Републички завод за статистику – сајту приступљено 14.01.2018. године http://www.stat.gov.rs/WebSite/Public/PageView.aspx?pKey=26,.

[19] Подаци се односе на последњи квартал 2017 године, Министарство финансија, Основни индикатори макроекономских кретања 10.05.2018. године; – страници сајта министарства: http://www.mfin.gov.rs/pages/article.php?id=13270; приступљено 20.05.2018.

[20] Подаци се односе на период јануар-март 2018 године, Министарство финансија, Основни индикатори макроекономских кретања 10.05.2018. године; – страници сајта министарства: http://www.mfin.gov.rs/pages/article.php?id=13270; приступљено 20.05.2018., и Основни индикатори макроекономских кретања 13.06.2018. године; – страници сајта министарства: http://www.mfin.gov.rs/pages/article.php?id=13270; приступљено 09.07.2018.

5. СИВА ЕКОНОМИЈА

Сива економија је незаобилазни пратилац српске привреде. Према истраживањима,[21] у Србији је „пословање“ на овај начин у 2010. години било на нивоу од 30,1 одсто регистрованог друштвеног производа. То показује сав проблем наше привреде јер она чини трећину укупне економске активности. Пад сиве економије остварен је током 2012. године, када је ниво сиве економије мерен укупним друштвеним производом износио је 21,2 одсто, што у поређењу са 2010. годином значи смањење за око 9 одсто. Тренд смањења сиве економије настављен је и у наредном периоду, те она у 2017 години износи 15,4 одсто Бруто-домаћег производа.

Табела 3: Обим сиве економије Србије (у % од BDП) на основу различитих метода, (2010–2017)[22]

Метод процене	**Година**	**Сива економија у % BDP**
HTC метод	2010.	23,6
MIMIC метод	2010.	30,1
Директан анкетни метод	2012.	21,2
Директан анкетни метод	2017.	15,4

Ово су неспорно позитивни резултати (смањење сиве економије), остварења циљева економског опоравка српске привреде. Међутим, без даљег јачања системских законитости пословања и елиминисања узрока и услова који погодују сивој зони пословања не могу се остварити претпоставке макроекономских циљева стабилности наше земље.

6. МОНЕТАРНА КРЕТАЊА И ИНФЛАЦИЈА

Након периода негативног утицаја монетарне економије на кретања у реалном сектору економије централна монетарна институција успела је да оствари релативну стабилност монетарних кретања. Кретање монетарних агрегата одише стабилношћу токова што је предуслов остварења стабилности на свим секторима економске активности. Подигнут је ниво кредитног пласмана ка привреди и становништву, а девизне резеве су у оквирима потребног нивоа. Инфлација у Србији је након дужег временског периода са релативно високог нивоу „сведена“ на оптимално прихватљив ниво. Са го-

[21] Види опширније: Г. Крстић, Б. Радуловић, (2018), Сива економија у Србији 2017 – Процена обима, карактеристике учесника и детерминанте, Београд.

[22] Извор: Г. Крстић, Б. Радуловић, (2018), Сива економија у Србији 2017 – Процена обима, карактеристике учесника и детерминанте, Београд, стр. 17.

дишњег нивоа од 11,7 одсто у 2008. години, инфлација је краткорочно смањена на 8,4 одсто 2009 године, односно на 6,5 одсто 2010 године. Међутим, већ 2011 године инфлација је поново била двоцифрена и износила је 11,0 одсто. У периоду од 2012 године до 2018 године уочљива је тенденција смањења инфлације која је за наше услове 2016 године износила „само“ 1,2 одсто. Овај опадајући тренд је покренут 2012. године највише захваљујући мерама смањења личне потрошње, која је резултат мера Владе усмерених на регулисање нивоа пензија и зарада у јавном сектору, као и другим мерама консолидације јавних финансија.

Табела 4: Монетарна кретања, девизне резерве и кретања потрошачких цена (2008–2018)[23]

Година	**Динарски примарни новац, мил. динара**	**Новчана маса М3, мил. динара**	**Укупни кредити привреди и становништву, мил. динара**	**Девизне резерве НБС, мил. евра**	**Стопа инфлације**
2008	319,781	992,151	1,090,801	8,162	11.7
2009	254,268	1,205,570	1,267,343	10,602	8,4
2010	188,161	1,360,777	1,599,300	10,002	6,5
2011	227,067	1,500,444	1,715,581	12,058	11,0
2012	308,756	1,641,804	1,876,553	10,915	7,8
2013	344,459	1,716,882	1,783,712	11,189	7,8
2014	370,690	1,848,191	1,863,322	9,907	2,9
2015	421,668	1,969,508	1,919,625	10,378	1,9
2016	419,184	2,197,052	1,964,729	10,205	1,2
2017	442,952	2,275,502	2,006,480	9,962	3,0
2018 јануар-март	392,708	2,255,146	2,024,460	10,235	1,5

7. ДЕВИЗНО ТРЖИШТЕ

Девизе и ефективни страни новац у Србији могу се куповати и продавати само на девизном тржишту, за намене које су дозвољене законом. Куповина и продаја девиза и ефективног страног новца на девизном тржишту врши се непосредно: између банака и резидената, као и између банака и нерезидената; између банака; између банака и Народне банке Србије; између

[23] Извор: Министарство финансија:Основни индикатори макроекономских кретања, http://www.mfin.gov.rs/ (страници приступљено на дан 20.05.2018 године и 09.07.2018) мај-јун 2018. године.

резидената који имају овлашћење за обављање мењачких послова и Народне банке Србије; између банака и резидената који имају овлашћење за обављање мењачких послова; између корисника средстава буџета Републике Србије, корисника средстава организација за обавезно социјално осигурање и корисника средстава буџета локалне власти, као и других корисника јавних средстава који су укључени у систем консолидованог рачуна трезора и Народне банке Србије.[24] Куповину и продају ефективног страног новца на девизном тржишту обавља банка, Народна банка Србије, као и други резиденти који у складу са законом обављају мењачке послове. Народна банка Србије прописује услове и начин рада девизног тржишта. На девизном тржишту обавља се спот, терминска и своп куповина и продаја девиза, као и куповина и продаја девиза с датумом извршења краћим од спот валуте.[25] Курс динара према страним валутама на девизном тржишту формира се слободно, у складу са понудом и тражњом девиза.[26]

Девизно тржиште је сложено, захтевно и подложно сталним осцилацијама кретања изазваним променама понуде и тражње за девизама. Централна монетарна институција мора пажљиво да пратити кретања на девизном тржишту и предузима све неопходне мере да одржи стабилност кретања на истом. Праћењем и анализом кретања девизног курса у периоду од 2008 до 2018 године уочава се да је након периода нестабилности и раста курса, успостављен током 2017 годинем систем релативне стабилности. Вредност долара је са 111,29 динара из 2016 године, пао на 96,34 динара за један долар у 2018 години. Вреднсот евра је са 123,12, динара из 2016 године пао на 118,43 динара за један евро у 2018 године. Слична кретања у посматраном периоду су остварена и код осталих вредносоти иностраних валута.

Пад курса, који је формиран усклађивањем понуде и тражње у међубанкарској трговини, показује да је девизно тржиште почело да се стабилизује. Стабилизацији девизног тржишта допринеле су и интервенције Народне Банке Србије у претходним периодима која је подразумевала куповину и продају ефективног страног новца. Те интервенције уследиле су јер је

[24] Види: Члан 38 Закона о девизном пословању („Службени гласник РС“, број 62/2006, 31/2011, 119/2012, 139/2014 и 30/2018.

[25] Спот куповина и продаја девиза, у смислу ове одлуке, јесте куповина и продаја девиза за динаре с датумом извршења два радна дана од дана закључења купопродајног уговора, односно дана трговања (спот валута). Терминска куповина и продаја девиза, у смислу ове одлуке, јесте куповина и продаја девиза за динаре с датумом извршења на одређени дан после спот валуте. Своп куповина и продаја девиза, у смислу ове одлуке, јесте истовремено уговарање куповине девиза за динаре и продаје девиза за динаре с различитим датумима извршења.

[26] Девизни курс је цена стране валуте изражена у домаћем новцу, што практично значи да девизни курс показује колико би јединица домаћег новца требало платити за јединицу страног новца.

централна банка оценила да је усклађеност понуде и тражње девиза од примарне важности за стабилност националне економије.

Табела 5: Кретања вредности валута на девизном тржишту (2008-2018)[27]

Година	Вредност долара у односу на динар, просек периода	Вредност евра у односу на динар, просек периода
2008	55.76	81.44
2009	67.47	93.95
2010	77.91	103.04
2011	73.34	101.95
2012	88.12	113.13
2013	85.17	113.14
2014	88.54	117.31
2015	108.85	120.73
2016	111.29	123.12
2017	107.50	121.34
2018 јануар-март	96.34	118.43

8. ПРИХОДИ И РАСХОДИ БУЏЕТА

Држава мора да креира довољност прихода из којих може да финансира различите расходе. Не остваривањем прихода стварају се услови задужености и повећања јавног дуга. У периоду од 2008 до 2016 године у Србији је остварен раст јавних прихода, али тај раст није одговарао обиму раста јавних расхода. Расходи су били изнад нивоа реалних могућности прихода. То је имало за резултат и несклад у систему јавних финансија са снажним одразом на целокупну макроекономску нестабилност наше националне економије.

Током 2017 године обим остварених прихода био је изнад обима остварених расхода, што може значити да су мере фискалне консолидаце дале очекивани резултат. Кретање односа између прихода и расхода Буџета у првом кварталу 2018 године је позитивно. Уколико се овај тренд настави, створиће се услови за даље јачање и оживљавање националне економије Србије.

[27] Извор: Министарство финансија:Основни индикатори макроекономских кретања, http://www.mfin.gov.rs/ (страници приступљено на дан 20.05.2018 године и 09.07.2018 године) мај-јун 2018. године.

Табела 6: Укупни приходи и примања буџета Републике Србије од 2008. до 2018. године, према Закону о буџету (у млрд. динара)[28]

Година	А. Порески[29] приходи	Б. Непорески приходи	В. Донације	УКУПНИ ПРИХОДИ А+Б+В	ПРИМАЊА[30]
2008	582,893.0	67,635.0	744.8	651,272.8	40,255.7
2009	574,644.1	75,395.3	5,955.6	655,995.0	271,650.6
2010	616,607.7	88,947.0	6,670.3	712,225.1	337,104
2011	646,597.7	96,222.1	1,941.4	744,761.2	461,589.9
2012	686,828.3	99,288.5	2,388.3	788,505.0	551,555.0
2013	723,389.6	87,338.0	1,353.0	812,080.7	644,118.8
2014	770,958.1	103,668.6	6,456.6	881,083.3	618,828.8
2015	797,169.2	145,204.3	5,464.2	947,837.8	574,553.4
2016	887,981.4	145,376.9	8,562.2	1,041,920.5	451,045.8
2017	969,102.7	143,099.7	6,939.7	1,119,142.1	479,674.8
2018[31]	232,636.3	32,916.1	1,188.6	266,741.0	223,481.0

Табела 7: Укупни раходи и издаци буџета Републике Србије од 2008. до 2018. године, према Закону о буџету (у млрд. динара)[32]

Година	А Текући расходи[33]	Б Капитални расходи	В Буџетски кредити	Г Активиране гаранције	УКУПНИ РАСХОДИ А+Б+В+Г	ИЗДАЦИ[34]
2008	640,967.4	39,124.4	17,062.9	1,616.3	698,771.1	42,725.9
2009	699,040.1	30,597.6	16,814.3	2,188.0	748,640.0	141,972.3
2010	755,545.3	31,591.7	25,336.5	2,674.9	815,148.5	243,487.3
2011	824,060.5	28,585.4	24,649.2	3,272.0	880,567.1	290,677.4

[28] Извор: Министарство финансија: Укупни примања и издаци буџета Републике Србије од 2008. до 2018. године, према Закону о буџету, http://www.mfin.gov.rs/ (страници приступљено на дан 21.05.2018 године) мај 2018. године.

[29] Порески приходи обухватају: Порез на доходак грађана, порез на добит правних лица, порез на додату вредност, акцизе, царине и остале пореске приходе.

[30] Примања обухватају: Приходе од приватизације, Примања по основу отплате датих кредита, Домаће финансирање и Инострано финансирање.

[31] Подаци се односе на јануар-март 2018 године

[32] Извор: Министарство финансија: Укупни примања и издаци буџета Републике Србије од 2008. до 2018. године, према Закону о буџету, http://www.mfin.gov.rs/ (страници приступљено на дан 21.05.2018 године и 09.07.2018 године) мај-јун 2018. године.

[33] Текући расходи обухватају: Расходе за запослене, Расходе за куповину роба и услуга, Расходе по основу отплате камата, Субвенције, Дотације међународним организацијама, Трансфере осталим нивоима власти, Трансфере организацијама обавезног социјалног осигурања, Социјалну заштиту из буџета.

[34] Издаци обухватају: Отплату главнице домаћим кредиторима, Отплату главнице страним кредиторима, Набавку финансијске имовине

2012	930,830.1	34,456.6	32,605.5	3,738.3	1,001,630.5	318,157.8
2013	953,722.9	21,170.3	30,207.9	7,896.8	1,012,997.9	401,235.9
2014	1,012,290.8	31,238.5	54,764.5	29,650.8	1,127,944.7	388,460.1
2015	994,656.8	35,744.1	2,250.4	30,107.3	1,062,758.7	488,645.0
2016	973,970.2	34,095.6	2,685.0	39,116.9	1,049,867.6	498,357.6
2017	954,224.1	84,974.9	17,219.8	28,809.2	1,085,228.0	517,758.2
2018[35]	232,954.6	19,685.7	3,605.4	4,024.6	260,270.3	158,428.4

9. БУЏЕТСКИ СУФИЦИТ – ДЕФИЦИТ И ЈАВНИ ДУГ

Кључна макроекономска неравнотежа, а са њом и пратећи ризик, условљена је растућим уделима јавне потрошње и фискалног дефицита у бруто домаћем производу на нивоу консолидованог биланса сектора државе, као и на нивоу уже дефинисаних биланса јавне потрошње. У периоду од 2010 до 2017 године евидентно је присутан буџетски дефицит који се негативно одражава на све токове неопходног финасирања јавних расхода Србије. Константно присуство буџетског дефицита продукује даљи раст јавног дуга, који износи 58,6 одсто Бруто домаћег производа.[36] Са становишта стабилности и раста економије Србије, неодржив је ниво јавне потрошње и неприхватљив је тренд раста фискалног дефицита, као и тенденција раста задужености државе и приватног сектора.

Табела 8: Кретање консолидованог дефицита – суфицита Републике Србије у БДП[37] (у %) и укупног фискалног суфицита-дефицита Буџета Републике Србије од 2010. до 2018. године, према Закону о буџету (у млрд. динара)

Година	**А. Консолидовани јавни приходи**	**Б. Консолидовани јавни расходи**	**А-Б Консолидовани дефицит/ суфицит дуг**	**Фискални суфицит--дефицит у Буџету[38] (у млрд. динара)**
2010	41.7	46.3	-4.6	-102,923.4
2011	40.0	44.8	-4.8	-135,806.0
2012	41.1	47.9	-6.8	-213,125.5

[35] Подаци се односе на јануар-март 2018 године.

[36] Стање јавног дуга на дан 30.04.2018 године. Извор: Министарство финансија Републике Србије, http://www.mfin.gov.rs/ (страници приступљено на дан 09.07.2018 године).

[37] Извор: Министарство финансија Републике Србије, http://www.mfin.gov.rs/ (на дан 09.07.2018 године)

[38] Укупни фискални суфицит-дефицит буџета Републике Србије од 2010. до 2018. године, према Закону о буџету (у млрд. динара). Извор: Министарство финансија: Укупни примања и издаци буџета Републике Србије од 2008. до 2018. године, према Закону о буџету, http://www.mfin.gov.rs/ (страници приступљено на дан 21.05.2018 године) мај 2018. године.

2013	39.7	45.1	-5.5	-200,917.3
2014	41.5	48.1	-6.6	-246,861.4
2015	41.9	45.6	-3.7	-114,920.9
2016	43,9	45,2	-1,3	-7,947.1
2017	44,1	43,0	1,1	33,914.1
31. марта 2018				6,470.7

Олако задуживање у иностранству довело је земљу до презадужености код међународних финансијских институција. Наш укупни спољни дуг износи око 23,6 милијарди евра, што превазилази за један дужи временски период могућност наше привреде да измирује на време девизне обавезе. Под идеалним условима (под условом отписа 50% спољног дуга), остатак би и даље био велики терет за нашу привреду. То је наш дугорочни проблем и дугорочни генератор нестабилности националне економије.

Табела 9: Јавни дуг Републике Србије у периоду од 2000. године до 31.3.2018 (у млрд. евра)[39]

Година	**А. Укупно директне обавезе**	**Б. Укупно индиректне обавезе**	**Укупан јавни дуг А+Б**	**Учешће јавног дуга у БДП, (у %)**
2000	14,167.1	0.0	14,167.1	201.2
2001	13,431.7	2.2	13,433.9	97.7
2002	11,382.0	147.2	11,529.3	68.3
2003	10,803.2	220.0	11,023.2	61.7
2004	9,331.4	344.4	9,675.8	52.6
2005	9,619.6	663.1	10,282.7	50.2
2006	8,582.6	769.5	9,352.0	35.9
2007	8,029.1	846.2	8,875.3	29.9
2008	7,852.7	928.7	8,781.4	28.3
2009	8,458.8	1,392.4	9,851.	32.8
2010	10,444.5	1,712.5	12,156.9	41.8
2011	12,679.2	2,109.6	14,788.8	45.4
2012	15,116.7	2,600.4	17,717.0	56.2
2013	17,299.5	2,841.8	20,141.3	59.6
2014	20,216.7	2,544.9	22,761.6	70.4
2015	22,421.4	2,397.2	24,818.6	74.7

[39] Извор: Министарство финансија: Јавни дуг Републике Србије у периоду од 2000. године до 30.4.2018, http://www.mfin.gov.rs/ (страници приступљено на дан 21.05.2018 године и 09.07.2018 године) мај-јуни 2018. године.

2016	22,675.9	2,144.3	24,820.2	71.9
2017	21,458.2	1,762.9	23,221.2	61.6
30. април 2018	21,916,8	1,684.5	23,601.3	58.6

10. ПОТРОШЊА, ШТЕДЊА И ИНВЕСТИЦИЈЕ

Штедња обично изражава износ одложене потрошње. Од обима штедње зависи и износ акумулације средстава које можемо користити у датом тренутку за инвестирање. Повећањем националне штедње може се створи потребан простор за неинфлаторно повећање инвестиција које је неопходно за убрзавање привредног раста у националној економији. Додатне инвестиције у савремену технологију и у људски капитал могле би подићи стопу раста привреде на виши ниво и тако истовремено осигурати два циља: побољшале животног стандарда и смањење обавеза према иностраним повериоцима (сервисирање дуга).

Табела 10: Кретање потрошње, инвестиција и девизне штедње у Србији (2008–2018)[40]

Година	**Приватна потрошња (у %)**	**Приватне инвестиције (у %)**	**Државна потрошња и инвестиције (у %)**	**Девизна штедња становништва, у мил. Евра**	**Стране директне инвестиције, нето, у мил. ЕУР**	**Стране директне инвестиције, нето, % БДП**
2008	–	–	–	4,775	2,485.7	7.4
2009	-0,2	-23,7	-4,4	6,014	2,067.8	6.7
2010	-0,5	-7,9	0,1	7,106	1,133.4	3.8
2011	0,9	7,3	-0,5	7,611	3,319.6	9.9
2012	-2,0	14,3	2,8	8,272	752.8	2.4
2013	-0,6	-7,7	-6,4	8,418	1,298.1	3.8
2014	-1,3	-5,8	0,9	8,525	1,236.3	3.7
2015	0,5	4,3	0,3	8,629	1,803.8	5.4
2016	0,8	2,0	4,9	8,987	1,899.2	5.5
2017				9,373	2,414.7	6.6
2018 30. април				9,566	569.1	6,4

[40] Извор: Министарство финансија: Билтен јавних финансија, број 152, април 2017; Министарство финансија: Основни индикатори макроекономских кретања; http://www.mfin.gov.rs/ (страници приступљено на дан 23.05.2018 године и 09.07.2018 године) мај-јун 2018. године.

11. МЕЂУНАРОДНА РАЗМЕНА

Србија, својом величином и производним потенцијалом, не утиче значајније на међународна привредна кретања. Међутим, кретања на светском тржишту значајно утичу на привредне токове у Србији. Ниво спољне трговине Србије у периоду од 2009 до 2018 године непрекидно расте. Извоз робе у 2017 години достигао је износ од 15.049 милијарди евра, а увоз износ од 19.418 милијарди евра. Последица такве динамике су нежељени спољнотрговински резултат. Дефицит спољнотрговинске размене је повећан тако да он само за 2017 годину износи – 4.369 милијарди евра. Из аспекта Платног биланса, дефицит текућих трансакција такође расте и он је у 2017 години износио -2,089.6 милијарде евра.

Табела 11: Кретање извоза и увоза у Србији (2009-2018) у мили. евра[41]

Године	**2009**	**2010**	**2011**	**2012**	**2013**	**2014**	**2015**	**2016**	**2017**	**2018 Јануар--март**
Извоз робе	5,961.3	7,393.4	8,441.4	8,738.8	10,995.8	11,158.6	12,038.7	13,432.1	15,049.8	3,821.0
Ивоз робе у ЕУ	3,195.5	4,235.2	4,868.5	5,357.2	6,898.5	7,204.9	7,907.4	8,870.8	9,946.4	2,617.8
Увоз робе	11,327.0	12,423.5	14,250.0	14,711.7	15,468.3	15,490.4	16,086.6	17,067.9	19,418.9	5,064.6
Увоз капиталних производа	2,038.6	2,335.9	2,879.6	2,995.8	3,800.3	3,756.9	4,021.2	4,127.6	4,120.1	1,038.4
Увоз интермедијарних производа	3,410.5	4,389.6	4,938.0	5,132.3	5,166.4	5,156.4	5,528.8	5,880.1	6,862.3	1,811.6
Дефицит робне размене	-5,365.7	-5,030.1	-5,808.6	-5,973.9	-4,472.5	-4,331.8	-4,047.9	-3,635.8	-4,369.1	-1,243.6
Дефицит робне размене, % БДП	-17.5	-16.9	-17.4	-18.9	-13.1	-13.0	-12.1	-10.5	-11.9	-14,0

Табела 12: Платни биланс, у мил. ЕУР[42]

Година	**Дефицит текућих трансакција**	**Дефицит текућих трансакција, % БДП**
2009	-2,031.8	-6.6
2010	-2,036.7	-6.8
2011	-3,656.0	-10.9

[41] Извор: Министарство финансија: Билтен јавних финансија, број 152, април 2017. године и Министарство финансија: Основни индикатори макроекономских кретања; http://www.mfin.gov.rs/ (страници приступљено на дан 23.05.2018 године) мај 2018. године.

[42] Извор: Министарство финансија: Основни индикатори макроекономских кретања; http://www.mfin.gov.rs/ (страници приступљено на дан 23.05.2018 године) мај 2018. године.

2012	-3,671.4	-11.6
2013	-2,098.3	-6.1
2014	-1,984.7	-6.0
2015	-1,233.8	-3.7
2016	-1,074.9	-3.1
2017	-2,089.6	-5.7
2018 Јануар – март	-314.2	–

12. ПРИВАТИЗАЦИЈА

Процес промена који је захватио све сегменте нашег друштва, незаобилазно је захватио и област власничке структуре правних лица. Овај процес приватизације праћен је честим изменама законске регулативе и бројним неправилностима. Као резултат приватизације у периоду од 2002 до 2017 године приватизовано је 2.424 правна лица. У оквиру система приватизације обухваћено је укупно 343.512 запослених лица. То је имало значајне последице не само на измену привредне структуре и одвијање економске активности у оквирима националне економије, већ и на проблем социјалне и политичке стабилности земље. Проблем социјалног мира посебно је био изражен у процесима приватизације који су праћени отпуштањем запослених.

Табела 13: Резултати приватизације предузећа[43]

Година	**Број продатих предузећа**	**Број запослених у приватизованим предузећима**
2002	210	37.284
2003	639	77.490
2004	232	38.128
2005	313	57.105
2006	270	40.370
2007	290	39.962
2008	246	25.438
2009	87	7.504
2010	31	1.838
2011	14	2.238
2012	13	1.710
2013	7	690
2014	6	2.848
2015	54	4.581

[43] Извор: Министарство финансија, Билтен јавних финансија број 152.

2016	7	5.010
2017	5	1.316
Укупно	2.424	343.512

13. СИРОМАШТВО

Степен сиромаштва у Србији се значајно повећао током периода транзиције. Средња класа је нестала, број сиромашних је повећан, а све већи број људи живи незнатно изнад линије сиромаштва. У просеку низак ниво дохотка и његово уједначавање са различитим социо-економским категоријама становништва указује на стварање ситуације једнакости у сиромаштву и на фактичко брисање економских разлика између доњих и средњих друштвених слојева. Средњи слој се губи, а економски положај највиших слојева (између 5 и 10 одсто становништва) оштро се разликује од положаја осталих припадника друштва. Тако у Србији на једној страни расте број оних који живе на социјалном минимуму, (више од 1.000.000 пензионера са пензијом која износи испод 200 евра месечно), али и велики број запослених у приватном сектору који по економској филозофији која је наметнута од креатора транзиције у Србији треба да се осећају посебно срећнима, ако за свој рад, можда и без уплаћених доприноса, добијају истих 200 евра месечно.[44]

Табела 14: Апсолутно сиромаштво[45] у Републици Србији[46]

Година	**Линија сиромаштва, месечно по потрошачкој јединици, РСД**[47]	**Стопа сиромаштва**[48]	**Број сиромашних**	**Укупно становника**
2006	6 221	8,8	703 976	7 985 174
2007	6 625	8,3	642 047	7 777 425

[44] Ђ. Попов, (2015), *Раст страних инвестиција у Србији – Закон и шта још?,* Зборник радова – Правног факултета у Новом Саду,стр. 406.

[45] Апсолутно сиромаштво подразумева немогућност да се задовоље основне, базичне, минималне потребе. Да ли је неко лице сиромашно или није одређује се поређењем његове потрошње, односно, потрошње по потрошачкој јединици са апсолутном линијом сиромаштва. Основне животне потребе дефинишу се на основу: потрошачке корпе хране која је неопходна за задовољавање минималних потреба за одређеном количином и структуром калорија (2288 калорија дневно) и осталих издатака.

[46] Извор: Б. Младеновић, (2017), Сиромаштво У Републици Србији 2006 – 2016. године – Ревидирани и нови подаци, Београд, стр.7.

[47] Резултати сиромаштва у Републици Србији засновани су на испитивању узорака,а не целе популације. У том смислу прихваћена је вероватноћу да се стварне вредност сиромаштва у 95% случајева нађу у одређеном интервалу, те говоримо о 95% интервалу поверења оцене сиромаштва.

[48] Како су стопе сиромаштва са којима располажемо добијене на основу узорка, а не на основу испитивања целе популације, о њима говоримо са одређеном вероватноћом.

2008	7 401	6,1	467 311	7 702 918
2009	8 022	6,6	504 470	7 613 208
2010	8 544	7,6	566 408	7 456 107
2011	9 483	6,6	485 407	7 343 047
2012	10 223	6,3	459 615	7 303 771
2013	11 020	7,4	524 908	7 096 115
2014	11 340	7,6	534 044	7 064 646
2015	11 556	7,4	515 663	6 927 866
2016	11 694	7,3	492 306	6 755 343

У посматраном периоду од 2006 до 2016. године уочава се присуство сиромаштва. Према подацима за 2016 годину приближно пола милиона становника (492.306) не располаже потрошњом довољном да покрију основне животне потребе. Пад сиромаштва се десио у 2008., 2011. и 2012. години, док за остале године не можемо бити сигурни да ли је дошло до значајних промена у обиму сиромаштва. Наведено потврђује и стопа кретања сиромаштва, која је смањена са 8,8 одсто у 2006 години на 7,3 одсто у 2016 години. Међутим, ако упоредо са кретањем сиромаштва, сагледамо кретање становништа у посматраном периоду (2006-2016) уочљив је пад укупног броја становника. То значи да је смањење апсолутног броја сиромашних присутно, али примарна последица смањења сиромаштва је смањење укупног броја становника Србије.

Из аспекта регионалног приступа сиромаштво је израженије у ванградским подручјима. Региони Јужне и Источне Србије, бележе највише стопе сиромаштва. Београдски регион има стабилно најнижу стопу сиромаштва, а као позитиван тренд може се уочити приближавање региона Војводине, Шумадије и Западне Србије, Београдском региону.[49]

14. НЕТО ЗАРАДЕ И ПЕНЗИЈЕ

Реална примања становништва бележе цикличност кретања од 2009. године. Реалне зараде у периоду од 2009. до 2012. године незнатно расту, да би у периоду од 2013 до 2016 године показале тенденцију реалног пада. Примања пензионера показују реални тренд опадања за период од 2010 до 2017 године. Почетком 2018 године уочава се тенденција благог раста зарада запослених и прихода пензионера.

Анализирајући зараде и пензије са становишта задовољавања егзистенцијалних потреба евидентно је да су исте ниске. То има за резултат значајне промене у социо-економском положају становништва. Пад стандарда, пораст

[49] Б. Младеновић, (2017), наведено дело, стр. 8.

сиромаштва, изражена економска несигурност, неизвесност и неперспективност, само су неке од карактеристика живљења које су резултат ниских зарада и пензија становништва Србије. Ниске зараде и пензије указују да је становништво Србије сиромашно, односно да један број пензионера са приходом испод просечне пензије није у стању да задовољи минималне потребе за храном.

Табела 15: Кретање реалне зараде и пензије у Србији (2009-2018)[50]

Године	**2009**	**2010**	**2011**	**2012**	**2013**	**2014**	**2015**	**2016**	**2017**	**2018 јануар--април**
Нето зараде, у динарима	31,733	34,142	37,976	41,377	43,932	44,530	44,432	46,097	47,893	48.930
Реалне стопе раста зарада	0.2	0.7	0.2	1.1	-1.5	-1.5	-2.1	2.5	0.9	3,8
Просечна пензија, у динарима	19,788	19,890	21,285	23,024	23,947	24,085	23,196	23,488	23,913	24.979
реалне стопе раста пензија	3.5	-5.6	-3.6	-2.2	-3.5	-2.3	-5.5	0.1	-1.2	3,3

15. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Основни циљ праћења и процењивања економских индикатора економске безбедности, јесте подизање опште организационе способности система безбедности и остваривање стратегијских циљева. На основу резултата кретања економских индикатора безбедности, предузимају се корективне активности, утврђују планови за побољшање индивидуалне и организационе успешности и предузимају друге мере и активности, значајне за остваривање циљева безбедности. Анализом економских показатеља макроекономских кретања у Србији, можемо уочити одређене ризике и претње очувања економског и политичког система земље. У том смислу Србији су потребне одређене реформе и подстицајне мере у циљу отклањања економских ризика. Одређене економске мере које би подигле ниво економске стабилности српске привреде, а тиме и ниво економске безбеднсти Србије су:

– повећала штедње и инвестиција (домаћих и иностраних);
– повећање ефикасности институција;
– смањење јавног дуга;

[50] Извор: Министарство финансија: Билтен јавних финансија, број 152, април 2017. године и Министарство финансија: Основни индикатори макроекономских кретања; http://www.mfin.gov.rs/ (страници приступљено на дан 23.05.2018 године) мај 2018. године.

– ефикасна политика запошљавања;
– усклађеност образовне политике и политике запошљавања;
– смањење сиромаштва;
– повећање технолошке основе производње у циљу подизања продуктивности и конкурентности;
– обезбеђење доследне антимонополске политике;
– ефикасна и усклађена фискална и монетарна политика.

Goran B. Milošević, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
G.Milosevic@pf.uns.ac.rs

Ljubomir S. Stajić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
Lj.Stajic@pf.uns.ac.rs

Economic Security Indicators – The Environment to the Republic of Serbia

Abstract: *To achieve the security objectives and legally defined competence of the state, it is impossible without adequate economic resources. This means that economic resources are the basis of the economic and, therefore, national security of the country. By monitoring and evaluating economic indicators it becomes clear what the results of the work of the national economy are and what is expected of them. In addition, it provides feedback on the risks and threats to the likelihood of adverse economic events, that is, threats to trigger crises in the economic and political stability of a country. Evaluation of the movement of economic indicators, serves for making quality decisions in the field of strategic planning of the use of economic resources of importance for the security sector. It establishes the general and individual plans and objectives of the security entities.*

Keywords: *security, national security, economic security, economic indicators, economics, macroeconomic results.*

Датум пријема рада: 11.07.2018.

Оригинални научни рад 502/504:061.1EU
doi:10.5937/zrpfns52-19066

Др Татјана Д. Бугарски, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
T.Bugarski@pf.uns.ac.rs

Др Бојан Н. Тубић, доцент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
B.Tubic@pf.uns.ac.rs

Др Милана М. Писарић, асистент са докторатом
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
M.Pisaric@pf.uns.ac.rs

ПОВРЕДА ПРОПИСА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ О ЗАШТИТИ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ II[1,2]

Сажетак: *Право појединца на животну средину обухвата материјалне и процесне аспекте, који одговарају одређеним обавезама држава, у смислу међународног еколошког права. Архуска конвенција, као међународни уговор којим се гарантују поједини процесни аспекти права на животну средину, саставни је део правног поретка Европске уније. Поред тога, на нивоу Европске уније усвојен је и одређен број прописа ради усаглашавања са одредбама Конвенције. Предмет овог рада је разматрање механизама контроле на нивоу Европске уније у примени прописа којима се уређују про-*

[1] Овај рад је резултат истраживања на пројекту „Биосенсинг технологије и глобални систем за континуирана истраживања и интегрисано управљање екосистемима“ (бр. пројекта – 43002). Средства за реализацију овог пројекта обезбедило је Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

[2] Овај рад је други део целине, ком је претходио рад „Повреда прописа Европске уније о заштити животне средине I“ (објављен у Зборнику радова Правног факултета у Новом Саду 3/2017, 735-752), у ком су аутори анализирали предмете из праксе Суда ЕУ у односу на поједине аспекте заштите животне средине. У овом другом делу, као наставку, аутори разматрају механизме судске контроле у примени прописа којима се уређују процесни аспекти права на животну средину, а која су гарантовани Архуском конвенцијом.

цесни аспекти права на животну средину, а која су гарантовани Архуском конвенцијом.

Кључне речи: *право на животну средину, Европска унија, Архуска конвенција.*

1. ПРОЦЕСНИ АСПЕКТИ ПРАВА НА ЖИВОТНУ СРЕДИНУ

Право на животну средину подразумева појединчево право на животну средину одређеног квалитета,[3] а обухвата материјалне и процесне аспекте, који одговарају обавезама држава, у смислу међународног еколошког права.[4] Док се материјални аспект права на животну средину односи на обавезу државе на одређено чињење ради обезбеђења заштите појединчевог права,[5] процесни аспекти права се тичу обавезе државе да омогући појединцу да на одговарајући начин утиче на одређене поступке државних органа, пре него што се дозволи реализација појединих активности које могу проузроковати штету по животну средину.[6]

Процесни аспекти права на животну средину треба да омогуће да се интереси појединца и група, нарочито оних који би могли бити погођени одређеним активностима, узму у обзир приликом доношења одлука које могу имати утицаја на животну средину на националном и наднационалном нивоу, односно приликом одобравања одређених пројеката или усвајања одређених прописа. Да би се обезбедило ово право појединцу и групама, гарантују се **три групе права**: право на приступ информацијама, право на учествовање у доношењу одлука и право на делотворно правно средство у вези за питањима од значаја за заштиту животне средине.[7]

Процесни аспекти права на животну средину су кључни чинилац унапређења поступка доношења одлука од значаја за животну средину, на националном и међународном нивоу, и препознати су у **појединим инструментима међународног еколошког права**, који се разликују по садржају, обиму

---

[3] D. Shelton, "Developing Substantive Environmental Rights", *Journal of Human Rights and the Environment* 1/2010, 89.

[4] U. Beyerlin, T. Marauhn, *International Environmental Law* 2011, 44–45.

[5] J. Brunnee, „Procedure and Substance in International Environmental Law: Confused at a Higher Level?" *ESIL Reflection* 6/2016, 1.

[6] J. Knox, *Report of the Independent Expert on the Issue of Human Rights Obligations Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment: Mapping Report,* UNCHR 2013, 29.

[7] J. Knox, *Report of the Independent Expert on the Issue of Human Rights Obligations Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment: Compilation of Good Practices,* UNCHR 2015, 25.

и циљу.[8] Остваривање права на приступ информацијама, на учествовање у доношењу одлука и на делотоварно правно средство осигурава делотворно и легитимно вршење власти у демократском друштву, а неопходно је ради заштите људских права и очувања животне средине.[9] Заправо, ова права представљају највреднији „еколошки додатак" на систем људских права од Рио декларације,[10] а основни су предмет регулисања *Конвенције о доступности информација, учешћу јавности у доношењу одлука и праву на правну заштиту у питањима животне средине* (у даљем тексту: **Архуска конвенција**).[11]

2. АРХУСКА КОНВЕНЦИЈА

Архуска конвенција усвојена је 1998, а ступила је на снагу три године касније. Описана је као „најамбициознији подухват еколошке демократије у оквиру Уједињениих нација", [12] при чему је њен идеолошки циљ је да сваки појединац има право да живи у здравој животној средини која одговара његовој добробити. Да би се то право остварило неопходно је прописивање и остваривање одређених процесних права, полазећи од Принципа 10 Рио декларације.

Конвенција предвиђа елементе јачања демократичности у поступку доношења одлука у области заштите животне средине, кроз прописивање три права: 1) права на приступ информацијама о животној средини, 2) права на учешће јавности у поступку доношења одлука о питањима од значаја

[8] У принципу 10 *Рио декларације* указује се на смисао и значај оваквог приступа у међународном еколошком праву, прокламујући да се питања од значаја за заштиту животне средине решавају на најбољи могући начин, уколико су у овај поступак укључени сви заинтересовани појединци, на релевантном нивоу. У *Конвенцији о међунароном промету угрожених врста биљака и животиња* је прописано да информације о превентивним мерама треба да буду доступне јавности (члан 9 став 8) и да невладине организације имају право да учествују на ЦИТЕС састанцима (члан 11, ставови 6 и 7). У *Монтреалскм протоколу* се захтева од држава да делују на подизању свести код грађана о суспстанцама које оштећују озонски омотач (члан 9 став 2). Концепт приступа правди прокламован је и у *Конвенцији о биолошкој разноврсности* и *Нагоја протоколу.* У *Париском договору* истиче се одговорност државе у промовисању учешћа јавности, јавног приступа информација и сарадњу са јавношћу у вези са свим питањима која су предмет овог договора.

[9] A. Brisman, „The violence of silence: some reflections on access to information, public participation in decision making, and access to justice in matters concerning the environment", *Crime, Law and Social Change* 3/2013, 292.

[10] A. Boyle, "Human Rights and the Environment: Where Next?'", *European Journal of International Law* 3/2012, 613.

[11] *Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters.*

[12] K. Anan, Secretary General of the United Nations, 1997–2006, http://aarhusclearinghouse.unece.org/about/ (приступљено маја 2018).

за животну средину, и 3) права на приступ правди (ова три права схватају се као три стуба Конвенције). Наиме, Конвенција захтева од страна уговорница да обезбеде да јавност има приступ информацијама и судској контроли. У том смислу, Конвенција обезбеђује јавни приступ информацијама о животној средини и успоставља одређена средства за њихово прикупљање и дистрибуирање. Она предвиђа опште право приступа овим информацијама којима располажу државни органи, које имају појединци и невладине организације, без обавезе да докажу конкретан интерес у датом случају (први „стуб“ Конвенције – чланови 4 и 5). Приступ информацијама представља основ за свако учешће јавности у поступку доношења одлука, за шта се предвиђа минимум услова (други „стуб“ Конвенције – чланови 6 и 7). Осим тога, државе чланице су дужне да предвиде одговарајуће правне механизме, односни управни или судски поступак, у ком се може остварити заштита права на приступ информацијама и права на учешће јавности у доношењу одлука (трећи „стуб“ Конвенције – члан 9). [13]

Процесни аспекти права на животну средину се схватају као део права на животну средину (првенствено као део права на чисту и здраву животну средину), или као посебна категорија права на животну средину, или као аспект одговорне владавине у демократском друштву (чији је смисао унапређење доношења одлука од значаја за животну средину).[14] У пракси *Европског суда за људска права* процесни аспекти права на животну средину се третирају као посебна категорија права, гарантована Архуском конвенцијом, а овај Суд је у Архуску конвенцију употребио као референтни инструмент, односно међународноправни стандард, у више предмета који се односе на повреду права на животну средину. [15]

Европска заједница и већина тадашњих чланица су потписале Архуску конвенцију 25. јуна 1998. године. Ипак, до доношења *Одлуке о приступању Конвенцији* фебруара 2005, Конвенција, није обавезивала институције ЕУ.[16] Тако је у предмету, у ком је Савет ЕУ одбио да учини доступне јавности од-

---

[13] Више о томе, вид. Б. Тубић, „Поље примене Архуске конвенције“, Зброник радова Правног факултета у Новом Саду 2/2011, 385-388.

[14] B. Peters, „Unpacking the Diversity of Procedural Environmental Rights: The European Convention on Human Rights and the Aarhus Convention“, *Journal of Environmental Law* 1/2017, 9.

[15] Примера ради, вид. пресуду у предмету *TaskinvTurkey, App no* 46117/99 (*ECHR* 10 *November* 2004), параграф 99; пресуду у предмету *Branduse v. Romania, App. No.* 39951/08 (*ECHR, 7 April* 2009), параграф 27; пресуду у предмету *Grimkovskaya v. Ukraine, App. No.* 38182/03 (*ECHR,* 21 *July* 2011), параграфи 39, 69; пресуду у предмету *Di Sarno and Others v. Italy, App. No.* 30765/08 (*ECHR*, 10 *January* 2012), параграф 107; пресуду у предмету *Tatar v. Romania, App. No.* 67021/01 (*ECHR*, 27 *January* 2009), параграф 118.

[16] *Council Decision 2005/370/EC of 17 February 2005 on the conclusion, on behalf of the European Community, of the Convention on access to information, public participation in decisions-making and access to justice in environmental matters* (*OJ L* 124).

ређене документе који садрже информације од значаја за заштиту животне средине, Суд прве инстанце 2007. заузео став да Савет ЕУ на то није ни обавезан, јер у време овог одбијања, Конвенција није ни имала правно дејство према институцијама Уније.[17] Наиме, у то време примењивала се Уредба о приступу јавности документима Европског Парламента, Савета и Комисије (у даљем тексту: *Уредба*),[18] која није у потпуности била у складу са Архуском конвенцијом. Да би се постојећи извори права (првенствено Уредба) усагласили са Архуском конвенцијом, септембра 2006. је усвојена Уредба о примени одредаба Архсуке конвенције на институиције Европске уније у погледу учествовања у доношењу одлука и приступ правди у области заштите животне средине (у даљем тексту: *Архуска уредба*).[19] Архуска уредба представља својеврсни *lex specialis* у односу на Уредбу,[20] јер мења, допуњује и разјашњава њене одредбе у погледу приступа информацијама о заштити животне средине. Међутим, *Уредба и Архуска уредба и даље нису у потпуности усаглашене са Архуском конвенцијом,* првенствено у погледу основа за одбијање да се информација, које се односе на заштиту животне средине, учине доступним јавности, и рокова за поступање по захтеву за давање информација.[21]

Одредбе Архуске конвенције су имплементиране у секундарним изворима права ЕУ. Током 2003. усвојене су две директиве о питањима која регулише Конвенција: Директива 2003/4/ЕС о јавном приступу информацијама о животној средини[22] и Директива 2003/35/ЕС о омогућавању учешћа јавности у стварању планова и програма који се односе на животну средину и измени Директива 85/337/ЕЕС и 96/61/ЕС у погледу учешћа јавности и приступа правди.[23] Ове две директиве садрже механизме приступа правди у

---

[17] Вид. пресуду у предмету *WWF European Policy Programme v Council* (T-264/04), параграф 72.

[18] *Regulation 1049/2001/EC of the European Parliament and of the Council of 30 May 2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents* (*OJ L* 145/43).

[19] *Regulation 1367/2006/EC of the European Parliament and of the Council of 6 September 2006 on the application of the provisions of the Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters to Community Institutions and Bodies* (*OJ L* 264/13 25.9.2006). Архуска уредба је почела да се примењује од 28. јуна 2007. године.

[20] Вид. пресуду у предмету *Liga para Protecção da Natureza (LPN)vEuropean Commission* (T-29/08), параграф 105.

[21] S. Wolf, „Access to EU environmental information: EU compliance with Aarhus Convention“, *ERA Forum* 2/2013, 490.

[22] *Directive 2003/4/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on public access to environmental information and repealing Council Directive 90/313/EEC* (*OJ L* 41/26).

[23] *Directive 2003/35/EC of the European Parliament and of the Council of 26 May 2003 providing for public participation in respect of the drawing up of certain plans and programs re-*

вези са кршењем наведених права. Поједине одредбе Архуске коневнције су садржане и у другим прописима ЕУ,[24] а сама Конвенција је постала део правног поретка Европске уније на основу члана 216 став 2 Уговора о функционисању ЕУ[25] (у даљем тексту: УФЕУ).

3. КОНТРОЛА ПРИМЕНЕ АРХУСКЕ КОНВЕНЦИЈЕ У ПРАКСИ ПРАВОСУДНИХ ОРГАНА ЕУ

Суд правде ЕУ се стара о усклађености извора права ЕУ са одредбама националних прописа држава чланица,[26] односно његова улога је да тумачи и примењује примарно и секундарно право Европске уније, као и да обезбеди да државе чланице поштују и примењују право ЕУ на исправан начин. Он не ствара право, али су поједине његове пресуде коришћене као средство за попуњавање правних празнина.[27]

Европска комисија је у последњих неколико година покретала против појединих држава чланица пред Судом правде ЕУ поступак због повреде

lating to the environment and amending with regard to public participation and access to justice Council Directives 85/337/EEC and 96/61/EC (OJ L 156/17).

[24] Одредбе Архуске конвенције су имплементиране у следећим прописима: *Directive 2000/60/EC of the European Parliament and of the Council of 23 October 2000 establishing a framework for Community action in the field of water policy* (*OJ L*327/1), *Regulation No 1049/2001 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents (OJ L145), Directive 2003/4/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on public access to environmental information and repealing Council Directive 90/313/EEC (OJ* L41/26), *Directive 2003/35/EC of the European Parliament and of the Council of 26 May 2003 providing for public participation in respect of the drawing up of certain plans and programmes relating to the environment and amending with regard to public participation and access to justice Council Directives 85/337/EEC and 96/61/EC* (*OJ L*156/17), *Directive 2004/35/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage* (*OJ L*143/56), *Regulation 1367/2006/EC of the European Parliament and of the Council of 6 September 2006 on the application of the provisions of the Aarhus Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-making and Access to Justice in Environmental Matters to Community institutions and bodies* (*OJ L*264/13), *Directive 2010/75/EU of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 on industrial emissions (OJ L*334/ 17); *Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment* (*OJ L*26/1).

[25] *Treaty on the Functioning of the European Union* (*TFEU*) (*OJ C* 326).

[26] Вид. пресуду у предмету C 181/73, Haegeman [1974] ECR 449, параграф 5; пресуда у предмету C 104/81 Kupferberg [1982] ECR 3641; пресуда у предмету C12/86, Demirel[1987] 3719, параграф 7; пресуда у предмету C-431/05 MerckGenéricos-Productos Farmacêuticos Lda/ Merck Co. Inc, Merck Sharp & Dohme Lda [2007] ECR I 7001, параграф 31.

[27] Б. Тубић, „Улога суда Европске уније у области заштите животне средине“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 2/2015, 714.

прописа Европске уније који се односе на заштиту животне средине (*infringement procedure*), у смислу **члана 258 УФЕУ**.[28]

Тако је, примера ради, Европска комисија 2011. покренула поступак против Уједињеног Краљевства (у даљем тексту: УК) због неиспуњења обавеза из члана 3 став 7 и члана 4 став 4 Директиве о учешћу јавности у сачињавању одређених планова и програма који се тичу заштите животне средине,[29] која је усвојена ради усаглашавања са Архуском конвенцијом. У конкретном предмету, Комисија је тврдила да је у УК повређена обавеза из Конвенција да трошкови судског поступка (управног спора) не смеју бити несразмерно велики (захтев се односи на то да судске таксе, трошкови адвоката и други трошкови који могу пасти на терет подносиоца захтева морају бити разумни и унапред предвидљиви), који аргумент је Суд прихватио и констатаовао да је тиме повређено право на приступ правди.[30]

Тврдећи да је Немачка повредила члан 11 Директиве о процени утицаја одређених јавних и приватних пројеката на животну средину[31] и члана 25 Директиве о индустријским емисијама (интегрисаној превенцији и контроли загађења),[32] Комисија је 2014. покренула поступак пред Судом правде.

---

[28] Поступак се покреће упућивањем захтева за подношење информација – тзв. писмо о формалном обавештењу (*letter of formal notice*), држави чланици, на коју држава мора одговорити у одређеном року. Уколико Комисија не буде задовољна одговором и закључи да држава чланица не испуњава прописане обевезе, може држави да упути формални захтев за усаглашавањем са правом ЕУ (*reasoned opinion*), којим тражи од државе чланице да обавести Комисију о мерама које је у одређеном року дужна да предузме. Уколико држава чланица у одређеном року не обезбеди усаглашеност са правом ЕУ, Комисија може да одлучи да против ње покрене поступак пред Судом правде Европске уније поводом повреде прописа ЕУ. Држава чланица је дужна да поступи у складу са обавезама утврђеним у одлуци Суда правде ЕУ, у супротном, у складу са чланом 260. УФЕУ, Комисија може поново да покрене поступак поводом повреде прописа ЕУ пред Судом, у ком случају Суд може одлуком државу чланицу обавезати на плаћање новчане казне, чији износ зависи од тежине и трајања повреде и величине државе чланице (а састоји се из два елемента: одређене суме, у зависности од тога колико је времена протекло од прве одлуке Суда, и дневних пенала за сваки дан од друге одлуке Суда, па док се повреда не отклони). Више о томе, вид. Т. Бугарски, Б. Тубић, М. Писарић, „Повреде прописа Европске уније о заштити животне средине I“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 3/2017, 735-752.

[29] *Directive 2003/35/EC of the European Parliament and of the Council of 26 May 2003 providing for public participation in respect of the drawing up of certain plans and programmes relating to the environment and amending with regard to public participation and access to justice Council Directives 85/337/EEC and 96/61/*E (OJ 2003 L 156).

[30] Вид. пресуду у предмету *European Commission v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland* (C-530/11) од 13.02.2014. Упор. пресуда у предмету *Commission of the European Communities v Ireland* (C-427/09) од 16.07.2009.

[31] *Directive 2011/92/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment (OJ* 2012 L 26).

[32] *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* 2010 L 334).

И овај предмет се односи на повреду права на приступ правди, односно на обим права на приступ процедури претходног разматрања пред судом или другим независним органом, а како би се могла оспорити законитост одлука, аката или пропуста да се донесе одлука, у вези са учешћем јавности у поступку доношења одлука од значаја за заштиту животне средине. Анализирајући одредба немачког Закона о управном поступку, Суд је констатовао да Немачка није на одговарајући начин обезбедила примену одредаба из наведених Директива. [33]

Највећи број одлука Суда правде ЕУ донет је поводом захетав националних судова за прелиминарну одлуку (односно тумачење појединих одредаба у изворима права ЕУ), у смислу члана **267 УФЕУ**.

Поводом захтева Врховног суда Шведске за тумачење члана 1 став 2, члана 6 став 4 и члана 10а *Директиве о процени утицаја на животну средину*, Суд је заузео став да јавност мора да има увид у поступак процене, како би могла да оспори одлуку која је резултат процене утицаја на животну средину.[34]

Поводом захтева Врховног суда Словачке за тумачење члана 9 став 3 *Архуске конвенције*, Суд је заузео став да ова одредба нема директно дејство на националном нивоу.[35]

Поводом захтева Вишег управног суда Северне Рајне Вестфалије за тумачење члана 10а *Директиве о процени утицаја на животну средину*, Суд је заузео став да невладине организације које се баве заштитом животне средине могу да пред националним судом оспоре одлуке донете у управном поступку о одобравању одрђених планова донетих у општем интересу.[36]

Поводом захтева Уставног суда Белигије за тумачење члана 2 став 2, члана 3 став 9, члана 6 став 9 и члана 9 ставови 2-4 *Архуске конвенције*, Суд је заузео став да није довољно да одлука о одобравању одређеног пројекта буде образложена, него је надлежни орган дужан да, по захтеву заинтересованих представника, јавности пружи што детаљније и прецизније разлоге за такву одлуку као и релевантне информације и документе који су довели до такве одлуке.[37]

---

[33] Вид. пресуду у предмету *European Commission v. Federal Republic of Germany* (C-137/14) од 15.10.2015.

[34] Вид.пресуду у предмету *Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsföreni ng v. Stockholms kommun genom dess marknämnd* (C-263/08) од 15.10.2010.

[35] Вид. пресуди у предмету *Lesoochranárske zoskupenie VLK v. Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky* (C-240/09) од 08.03.2011.

[36] Вид. пресуду у предмету *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfa len eV v Bezirksregierung Arnsberg, Trianel Kohlekraftwerk Lünen GmbH & Co KG* (C-115/09) од 12.05.2011.

[37] Вид. пресуду у предмету *Solvay v Région wallonne* (C-182/10) од од 16.02.2012.

Поводом захтева Врховног суда Словачке за тумечње члана 9 *Архуске конвенције*, Суд је заузео став да одлука националног надлежног органа о поништавању дозволе за реализацију одређеног пројекте не представља кршење права на имовину предузећа коме је дозвола била издата.[38]

Поводом захтева Врховног суда Словачке за тумачење чланова 6 и 9 *Архуске конвенције*, Суд је заузео став да ови чланови не подразумевају обавезу да постоје правна средства чија примена би довела до неоправдано великих трошкова или дугог трајања поступка нити обавезу да се временски ограничи доношење одлуке у управном спору.[39]

Поводом захтева Врховног суда Ирске за тумачење члана 9 став 4 *Архуске конвенције*, Суд је заузео став да ове одредбе немају директно дејство у националном правном систему, али да је на суду да обезбеди делотворну судску заштиту у области заштите животне средине. [40]

Неспорно је да међународни уговор који закључи Унија обавезује како институције, тако и државе чланице ЕУ (члан 216 став 2 УФЕУ), јер је такав уговор саставни део правног поретка Уније. Поставља се питање, *да ли се пред правосудним институцијама ЕУ може остварити заштита права гарантованих Архуском конвенцијом, уколико извори права ЕУ у одређеној мери одступају од њених одредаба.*

Питање да ли појединац може, позивајући се непосредно на одредбу међународног уговора (конкретно Архуске конвенције), да оствари одређено право, сагледава се у смислу израза, сврхе и природе међународног уговора, при чему одредбе уговора морају да садрже јасну и прецизну обавезу, чија примена и дејство не захтевају усвајање накандних мера.[41] Сходно томе, Суд правде ЕУ је заузео став да члан 9 став 3 Архуске конвенције није у довољној мери јасан и прецизан и да не производи директно дејство, јер његова примена захтева усвајање додатних законодавних мера на националном нивоу, којим би се утврдило која су то лица овлашћена да захтевају одређене информације.[42]

У складу са чланом 277 УФЕУ, странка у поступку поништавања одређене одлуке може да индиректно оспори претходне (законодавне) мере које представљају правни основ за доношење одлуке која је предмет поступка.

---

[38] Вид. пресуду у предмету *Križan and Others v Slovenská inšpekcia životného prostredia* (C-416/10) од 15.01.2013.

[39] Вид. пресуду у предмету *Lesoochranárske zoskupenie VLK v. Obvodný úrad Trenčín* (C-243/15) од 30.06.2016.

[40] Вид. пресуду у предмету *North East Pylon Pressure Campaign Ltd v. An Bord Pleanála* (*C*-470/16) од 15.03.2018.

[41] Вид. пресуду у предмету *Meryem Demirel v Stadt Schwäbisch Gmünd* (*C*-12/86) од 30.09.1987.

[42] Вид. пресуду у предмету *Lesoochranárske zoskupenie VLK v Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky* (C-240/09) од 8.3.2011.

Став судске праксе је да уколико постоји противречност између директиве или уредбе и међународног уговора, ЕУ и њене чланице морају да примене одредбе међународног уговора и дерогирају секундарне изворе права ЕУ.[43] Судови ЕУ могу да испитују валидност уредби ЕУ, у смислу усклађености са међународним уговором, уколико су испуњена два услова: уколико природа и „широка" логика међународног уговора то омогућава, и уколико је садржај одредаба уговора у довољној мери безусловно и прецизно одређен.[44] Сходно томе, Суд опште надлежности је у два предмета заузео став да члан 10 став 1 Архуске уредбе (који ограничава термин „акти" на „индивидуалне (управне) акте") није у складу са чланом 9 став 3 Конвенције.[45] Против ових одлука изјављене су жалбе Суду правде ЕУ, са образложењем да Суд опште надлежности није ни могао да испитује усклађеност одредаба Уредбе са члановима Архсуске конвенције.[46]

Међутим, неке одредбе Архуске конвенције се могу употребити као основ за оспоравање одлука. Примера ради, одлука, којом се одбија остваривање права, може се оспорити, уколико је њоме повређена нека одредба из примарних или секундарних извора права ЕУ (конкретно одредаба Уредбе/Архуске уредбе). У неколико случајева је одлука о одбијању достављања информација оспорена пред Судом опште надлежности, јер није била донета у складу са одредбама Архуске конвенције.[47] Иако се потешкоћа у примени члана 4 Конвенције огледа у томе што овај члан даје органима (укључујући и институције ЕУ) дискрециоино право у погледу изузетака од обавезе чињења доступним јавности одређених информација, Суд опште надлежности је утврдио да одлука Евроспке комисије да не обелодани одређене информације није у складу са чланом 4 Архуске конвенције.[48]

Највећи изазов у погледу примене Архсуске конвенције је недостатак делотворног правног средства. Наиме, лица са правним интересом могу да се обрате Суду опште надлежности ради оспоровања законитости одлуке којом је одбијен приступ информацијама (у смислу одредбе члана 263 УФЕУ), као и да изјаве жалбу против такве одлуке Суду правде ЕУ. Међутим, ови

---

[43] Вид. пресуду у предмету *Bellio F.lli Srl v Prefettura di Treviso (C*-286/02) од 1.4.2004.

[44] Вид. пресуду у предмету *Intertanko and Others* (C-308/06) од 3.6.2008.

[45] Вид. пресуду у предмету *Vereniging Milieudefensie & Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht v Commission* (T-396/09) од 14.06.2012. и у предмету *Stichting Natuur en Council Milieu & Pesticide Action Network Europe* (T-338/08) од 14.06.2012.

[46] Жалба против пресуде у предмету T-388/08 је предмет поступка C-404/12 P, а против одлуке у предмету T-396/09 о жалби се одлучује у три поступка (поводом жалбе Савета (C-401/12P), Парламета (C 402/12P) и Комисије (C-403/12P).

[47] Вид. предмете T-111/11 *ClientEarth v Commission*; T-214/11 *ClientEarth and PAN Europe v EFSA*; T- 245/11 *ClientEarth and International Chemical Secretariat v ECHA*.

[48] Вид. пресуду у предмету *Stichting Greenpeace Nederland and PAN Europe v Commission* (T-545/11) од 8.10.2013.

судови могу само да пониште одлуку којом се одбија приступ информацијама, али не и да обавежу институције на објављивање информација и предавање спорних докумената (члан 264 УФЕУ).[49] Судови не могу да обавежу институције на било какву радњу ради исправљања спорне ситуације у одређеним временским оквирима, док је, са друге стране, право учествовања у доношењу одлука ограничено одређеним роковима. Из овога произлази да механизам судске контроле у смислу члана 263 УФЕУ не представља на одговарајући начин механизам за остваривање права на делотоворно правно средство у смислу члана 9 став 4 Архсуске конвенције.

4. ЗАКЉУЧАК

Очување, заштита и унапређење животне средине представља једну од важних европских вредности, из ког разлога је у прописима Европске уније установљен правни оквир који обухвата права појединаца и група, с једне стране, и обавезе државе и њених органа, с друге стране. У вези са приступањем Архуској конвенцији, Европска унија је у одређеном броју одредаба секундарних извора права уредила процесне аспекте права на животну средину, а сама Архуска конвенција је део правног поретка ЕУ.

Правосудне институције ЕУ имају задатак да тумаче и примењују право Европске уније, као и да обезбеде да државе чланице поштују и примењују право ЕУ на исправан начин. У вези са процесним аспектима права на животну средину, Суд правде ЕУ и Суд опште надлежности су током година разматрали усклађеност прописа ЕУ са Архуском конвенцијом и усклађеност прописа држава чланица са секундарним изворима права у овој области, и кроз своју богату судску праксу допринели су разјашњавању спорних питања и попуњавању одређених правних празнина, на који начин су унапредили остваривање права на приступ информацијама, права јавности на учествовање у доношењу одлука и права на приступ правди у питањима од значаја за заштиту животне средине.

[49] Вид. *Syndicat Départemental de Défense du Droit des Agriculteurs v Commission* (T-47/96) од 12.11.1996.

Tatjana D. Bugarski, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
T.Bugarski@pf.uns.ac.rs

Bojan N. Tubić, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
B.Tubic@pf.uns.ac.rs

Milana M. Pisarić, Assistant with Ph.D.
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Pisaric@pf.uns.ac.rs

The Infringement Procedure regarding Law on Environmental Protection of European Union II

Abstract: *The right of an individual to the environmental protection encompasses material and procedural aspects that correspond to certain obligations of states, in terms of international environmental law. The Aarhus Convention, as an international treaty guaranteeing certain procedural aspects of environmental rights, is an integral part of the legal order of the European Union. In addition, a number of regulations have been adopted at the level of the European Union in order to comply its law with the provisions of the Convention. The aim of this paper is to review the control mechanisms at the European Union level in the application of regulations governing the procedural aspects of environmental rights, which are guaranteed by the Aarhus Convention.*

Keywords: *right to environmental protection, European Union, Aarhus Convention.*

Датум пријема рада: 04.10.2018.

Оригинални научни рад 351.774.7:342.565.2(497.11)
doi:10.5937/zrpfns52-16416

Др Бранислав Р. Ристивојевић, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
B.Ristivojevic@pf.uns.ac.rs

Др Стефан С. Самарџић, асистент са докторатом
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.Samardzic@pf.uns.ac.rs

КАДА ЗДРАВСТВЕНА ПОСТАНЕ КРИМИНАЛНА ПОЛИТИКА: ОБАВЕЗНА ВАКЦИНАЦИЈА ПРЕД УСТАВНИМ СУДОМ РС (II ДЕО)

Сажетак: *Рад је наставак анализе и критике аргумената које је користило Прво велико веће Уставног суда да би одбацило иницијативе за оцену уставности Одредби Закона о заштити становништва од заразних болести из 2016. године. Анализирани су тзв. посредни аргументи, односно позивање на праксу Европске комисије за људска права и Европског суда за људска права. И у овим као их рад назива посредним, аргументима које је Прво велико веће Уставног суда користило да би одбацило иницијативе за оцену уставности одредби Закона о увођењу обавезне вакцинације, не може се пронаћи ништа што оправдава Решење о одбацивању иницијатива. Противречни и међусобно супротстављени ставови, позивање на застарелу и превазиђену праксу европских правосудних институција након непотпуне и произвољне претраге исте, извођење спекулативних закључака, самоцензура и кукавичлук нејавног поступка доношења Решења о одбацивању иницијатива не пружају ништа ново што би променило закључке првог дела овог рада. је Прво велико веће Уставног суда је придружујући се законодавној грани власти оснажило једну хибридну законодавну политику. У њој је извршен противприродан блуд између класичних мера здравствене политике, као што је имунизација, и класичних мера казнене политике, као што је казна. Овако неприродна мешавина оцењена је у раду као „генетски модификована законодавна политика“ која неће испунити циљеве ни једне ни друге од којих је на силу узела свој ДНК. Штавише, закључак другог*

дела рада само је оснажио онај из првог према коме ће овај легислативни бастард нанети штете и јавном здрављу и кривичноправном поретку.

***Кључне речи**: обавезна вакцинација, законодавна политика, Уставни суд, здравствена комуникација, поверење, казна*

УВОД

Овај рад је наставак рада посвећеног Решењу о одбацивању иницијативе (у даљем тексту: Решење) које је донело Прво велико веће Уставног суда (у даљем тексту: Веће).[1] Решењем су одбачене иницијативе за оцену уставности *Закона о заштити становништва од заразних болести* (у даљем тексту: *ЗоЗСоЗБ* 2016).[2] Треба подсетити да су у првом делу рада[3] критици били изложени они делови Решења који су се односили на проверу услова који су неопходни да буду испуњени да би био установљен изузетак од права на тзв. информисани пристанак на здравствену интервенцију односно медицински захват. У другом делу овог рада образложиће се преостали, посредни, аргументи које је Веће користило да би одбацило иницијативе за оцену уставности обавезне вакцинације, као и одбацивање иницијативе за оцену уставности забране боравка невакцинисане деце у обдаништима и школама.

Као те преостале, посредне, аргументе Веће користи праксу *Европске комисије за људска права* (у даљем тексту: *Европска Комисија* или *Комисија*), *Европског суда за људска права* (у даљем тексту: *Европски Суд*) и *Парламентарне скупштине Савета Европе* (у даљем тексту: *ПС СЕ*). До краја рада ће с показати да је и ова аналогија мањкава, као и она која је критички образложена у првом делу рада.

Други део рада ће само ојачати закључке из првог по којима је Веће придружујући се законодавној грани власти створило једну хибридну законодавну политику.У њој је класичним мерама здравствене политике као што је имунизација, додата претња казном. Читав низ проблема нужно происходи из једне тако неприродне мешавине која подсећа на неуспели експеримент генетског модификовања организама. Таква, генетски модификована законодавна политика (чије неоснованости и штетног дејства су свесни и заговорници обавезне вакцинације[4]) неће испунити циљеве нити једне нити

[1] *ИУз-48/2016*, 26. октобар 2017. године

[2] Закон о заштити становништва од заразних болести, *Службени гласник РС*, бр. 15/2016.

[3] Први део рада објављује се у посебном издању часописа Crimen посвећеном одласку у пензију проф. Зорана Стојановића: Branislav Ristivojević, „Kada zdravstvena postane kriminalna politika: Obavezna vakcinacija u odluci Ustavnog suda RS“, *Crimen*, 3/2017.

[4] „Док у САД постоји јавно финансирани механизам за надокнаду онима који су претрпели последице штетних дејстава вакцина, нема одговарајућег јавно финансираног

друге од којих је позајмила свој ДНК. Штавише, закључак другог дела рада само је оснажио онај из првог према коме ће овај легислативни мелез нанети штете и јавном здрављу и кривичноправном поретку.

1. ОСТАЛЕ МАЊКАВОСТИ И НЕДОСЛЕДНОСТИ У ОБРАЗЛОЖЕЊУ ОДЛУКЕ

У последњем пасусу Решења на стр. 14. Веће оповргава аргумент иницијатора да већина држава ЕУ нема обавезну вакцинацију (18 држава од 28 нема). Оно се у овоме позива на Препоруку бр. 1317 *ПС СЕ* из 1997. године која препоручује да се „реактивирају свеобухватни програми јавне вакцинације“ у државама чланицама ове организације.[5] Ако се Веће већ позива на акте ове организације онда је далеко важнија Резолуција бр. 1749 *ПС СЕ* од 24. јуна 2010. године.[6] У њој се каже да је *ПССЕ*:

> „1) ...алармирана начином на који се бавило пандемијом инфлуенце, не само од стране Светске здравствне организације (WHO), него и одговарајућих здравствених власти ЕУ и држава. Нарочито су проблематичне одлуке које су донете а које су водиле кривљењу приоритета служби јавног здравља широм Европе, бацању огромних сума јавног новца и неоправданим страховима о здравственим ризицима са којима се Европа суочавала. 2) Парламентарна скупштина подвачи да су откривени велики недостаци у вези са транспарентношћу процеса доношења одлука о пандемији који су створили сумњу око могућег утицаја фармацеутске индустрије на неке од главних одлука које се тичу пандемије.“

Када би Суд умео да се избалансирано и уравнотежено држи аргумената које може да нађе у актима *ПССЕ* онда би овај акт имао далеко више значаја за Решење него онај који је у њој наведен. На првом месту долази каснији у времену па представља „свежији“ став *ПС СЕ*. Што је далеко важније он говори управо о ономе што је садржај оспоравања иницијатора. Инцијатори не оспоравају „свеобухватне програме јавне вакцинације“ саме

механизма који детету које је претрпело последице болести коју му је пренело невакцинисано дете плаћа медицинску негу или лечење. Најбољи механизам за остваривање правде у оваквим случајевима јесте одштетно право (tort law).“: Douglas Diekema, “Choices Should have Consequences: Failure to Vaccinate, Harm to Others, and civil Liability”, *Michigan Law Review*, 2009, 94.

[5] Решење, 14-15.

[6] Resolution 1749, Final Version, Handling of H1N1 Pandemic: More Transparency Needed, 24.6.2010. *http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17889&lang=en,* 22.11.2017.

по себи већ само принуду на исте. Веће је износећи овај став побркало вакцинацију са принудном на исту. То нису исте ствари. Вакцинације може да буде и добровољна и принудна. Само ова друга улази у надлежност Суда зато што државно организована репресија улази у поље неприкосновених права и слобода грађана па тако и у надлежност Уставног суда. Да вакцинација није принудна не би се Суд њоме ни бавио. На крају крајева, пажљиво читање Препоруке *ПС СЕ* из 1997. године води закључку да се поново покрену програми јавне вакцинације, а не да се принудно спроводе.

У овом случају било би довољно да се Веће позвало на један од услова неопходних да би се установило постојање изуетка од института информисаног пристанка. У питању су, како је то у првом делу рада објашњено, услови набројани у Извештају[7] уз Овиједо конвенцију[8] који је једини извор аутентичног тумачења Овиједо конвенције. Параграф 159 Извештаја је овде важан јер даје услове под којима може да се успостави неки изузетак:

> „Разлози наведени у ставу 1. члана 26. не смеју се посматрати као оправдање за успостављање апсолутног изузетка правима установљеним овом Конвеницијом. Да би била прихватљива, ограничења морају бити прописана правом и нужна у демократском друштву за заштиту заједничких интереса у питању или појединачних интереса, а то значи права и слобода других. Ови услови морају се тумачити у светлу мерила установљених у вези са истим појмовима у пракси *Европског суда*. Конкретно, ограничења морају да испуне услове нужности, пропорционалности и супсидијарности узевши у обзир социјалне и културне услове државе која је у питању...“[9]

У овом случају Већу је било довољно да се позове на „социјалне и културне услове“ Србије, и да тако побије овај аргумент иницијатора. Нпр. можда неким социјалним и културним условима Србије не одговара добровољна него принудна вакцинација. Међутим, како је у првом делу рада закључено, Веће уопште не зна за постојање Извештаја, па самим тим ни за постојање овог услова, тако да на крају њега уопште не узима у обзир нити с њим оперише.

Осим овога, Веће се позвало на одлуке *Европске комисије* као узоре за своје Решење. У питању су два случаја, један (Акман и остали против Белгије) одлучен 13 година пре (1984.), а други (Бофа и остали против Сан Марина) скоро тачно у време (1998.) доношења Овиједо конвенције која је пооштрила услове за ограничавање права на информисани пристанак, односно

---

[7] Explanatory report, ETS 164, Human Rights and Biomedicine (Convention), para. 148-160. У даљем тексту: Извештај.

[8] Конвенција о заштити људских права и достојанства људског бића у погледу примене биологије и медицине: Конвенција о људским правима и биомедицини, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 12/2010.

[9] Извештај, paragraf. 159.

учинила ово ограничавање тежим, што је кретање које је у Европу дошло након установљавања у САД.[10] У случају Акман и остали против Белгије[11]*Европска Комисија* је одлучивала о обавезном туберкулинском тесту, а не обавезној вакцинацији. Ово тело је констатовало да је Белгија у току поступка либерализовала правила о туберкулинском тесту чинећи их мање обавезним што је *Европска Комисија* у овом случају поздравила истичући посвећеност Белгије ка саображавању својих правила о обавезном туберкулинском тесту са „условима савременог живота".[12] У другом случају који наводи Суд, Бофа и остали против Сан Марина[13] у питању је држава која веома велики број становника на малом простору (30.000 на 60 кв/км) чиме остварује највећу густину насељености у Европи од скоро 500 становника по кв/км па није ни чудо да има потребу за принудном вакцинацијом. Овај случај би био најбољи пример услова који параграф 159. Извештаја поставља за ставарање изузетка од права на информисани пристанак. Овакви „социјални и културни услови државе која је у питању", у овом случају највећа густина насељености у Европи и једна од већих у свету, би по природи ствари били најприродније оправдање увођења принудне вакцинације.[14] У оба случаја *Европска Комисија* која је одбила прихватање случаја истакла је да апликанти нису учинили вероватним да ће медицински захват (вакцина у случају Бофа, туберкулински тест у случају Акман) изазвати последице на њихово здравље. У оба случаја Комисија је истакла да дужност да се подвргне медицинском захвату јесте пропорционална легитимном циљу коме се тежи када није доведен у опасност живот лица које је дужно да се захвату подвргне.[15]

---

[10] Начелно говорећи, етички па са њим и правни став о ширењу права на одбијање медицинског захвата након вредносног установљавања у САД узима све више маха у Европи: Ksenija Turkovic, op. cit., str. 168, 169; Више о покушајима да се одговори на изазове изградње појма биоетике у двама различитим породицама правних система код: Ludger Honnenefelder, "Wissenschaft und Ethik: Unsere Werantwortung angesichts der Herausforderung durch Biologie", *Gentechnologie und Medizin*, *http://www.kas.de/wf/doc/kas_12061-1522-2-30.pdf?071011103814*,6-9, 27.11.2017.

[11] Roger Acmanne and Others v. Belgium, 10435/1983, Decission, 10. December 1984, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-74749*,* 22.11.2017.

[12] *Ibid.*, 257.

[13] Carlo Boffa and 13 others v. San Marino, 26536/1995, Decission, 15. January 1998, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-88051*,* 25.11.2017.

[14] Берлин има највећи број случајева малих богиња (2,13) на 100.000 становника у Немачкој (0,4). У разлоге који воде овоме на прво место је смештена велика густина насељености. Након тога писац набраја динамичну популациону експлозију, усељавање новог становништва и развој туризма: "Masern und Roteln: Berlin setzt nationalen Aktionsplan um", *Pharmatseutische Zeitung Online*, 6.12.2017, *https://www.pharmazeutische-zeitung.de/index.php?id=mobile&Nachricht_ID=73141,*12.12.2017.

[15] У првом случају Комисија је упоредила опасност туберкулинског теста по апликантов живот са опасностима туберкулозе: *Acmanne*,256;У другом случајуКомисија је тражила од апликанта да докаже да би конкретна вакцина код конкретног детета изавала озбиљне проблеме:Boffa,35.

Веће није навело као мањкавост иницијатива за оспоравање уставности недостатак овакве повезаности конкретног медицинског захвата (вакцинације) и конкретне опасности по живот. Штавише, веће се уопште није бавило конкретном опасношћу између медицинског захвата и опасности коју он ствара за иницијаторе. Нити ју је Веће истакло као услов за прихватање иницијативе, нити ју је пребацило иницијаторима, иако је по правилима праксе *Европског Суда* на која се само позива тако нешто било дужно да уради. Или барем да приговори иницијатору што он то није урадио. Речју, код сваког изузетка од права на информисани пристанак мора да се утврди постојање услова у сваком конкретном случају понаособ. За сваки медицински захват или интервенцију у конкретном случају. Уместо тога Веће се бавило апстрактном проценом опасности од увођења обавезне вакцинације у Србији, и то на основу, како је у првом делу рада образложено, погрешних или лажних података о степену опасности од недовољног броја вакцинисаних по становништво Србије.

Што се тиче случаја Соломакин против Украјине[16] одлученог пред *Европским Судом*, Веће га користи подмећући ћи га у корист свог закључка иако се је средишњи захтев апликанта у том случају било право на живот зато што је након вакцинације оболео, а не право на приватност када је принудно вакцинисан. *Европски Суд* јесте испитивао да ли је апликанту нарушено право на приватност обавезном вакцинацијом само зато што је сам апликант на то указао Суду, а не зато што се током саме вакцинације противио обавезности исте. Штавише, управо ову чињеницу, да се вакцинацији није противио, *Европски Суд* узима за аргумент када доказује да му право на приватност није нарушено.[17]*Европски Суд*, као и претходно описаним случајевима, указује на чињеницу да апликант није доказао да му је вакцина нашкодила.[18] То говори у прилог закључка, који је већ изведен[19] у првом делу рада, да се изузеци од права на информисани пристанак морају испитати за сваки случај медицинског захвата понаособ, а то значи конкретно, а не апстрактно.

Овакав став правосуђа је најпре развијен у науци. Тако је леп пример реченог званичан став Биоетичке комисије аустријског Савезног канцелара

[16] Solomakhin v. Ukraine, Judgement, 24429/03, 15.3.2012, http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-109565, 22.11.2017.

[17] Из овога би се правилом логичког тумачења путем разлога супротности (argumentum a contrario) могао извући закључак да је ономе ко се противи обавезној вакцинацији увек нарушено право на приватност.

[18] "Furthermore, the applicant himself failed to explain what had prevented him from objecting to the vaccination, when previously he had objected on several occasions. There is no evidence before the Court to prove that the vaccination in question had actually harmed the applicant's health": Solomakhin v. Ukraine, para 37.

[19] „Die Zulässigkeit hängt jedoch von zahlreichen Kriterien ab, die in engem Zusammenhang mit der jeweiligen Krankheit stehen": Bundeskancelaramt Österreich, Bioetihkkommission, *Impfen – ethische Aspekte: Stellungnahme der Bioethikkommission*, Wien, 2015, 21.

према којем се у случају процене пропорционалности мере обавезне вакцинације против неке заразне болести она мора довести везу са вероватноћом споредних дејстава исте на људе, равни њене заразности, вероватноћом појављивања симптома, типичним током болести и најчешћим компликацијама, бројем заражених и томе слично. Морају се довести у везу исходи по друштво у оба случаја (обавезне и необавезне вакцинације) и упоредити. У сваком случају то се ради на бази одвојене процене за сваку болест, од случаја до случаја.[20] За вакцине то би значило да се код сваке болести посебно испитује оправданост обавезне вакцинације, како и да такав закључак не важи вечито. У зависности од околности он може да буде потврдан или одричан. Речју, одлука о стварању изузетка од права на информисани пристанак није вечита већ се стално преиспитује.

Управо на ово питање, питање обрасца који мора да испуни та веза између конкретне вакцинације и конкретне болести, одговорио је *Европски суд правде* у случају N. W, L. W, C. W против Sanofi Pasteur MSD SNC[21] у којем је истакао да ће у упркос закључку да медицинским истраживањем није утврђена нити побијена узрочна веза између примања вакцине и настанка болести од које оштећени болује узрочна веза између неисправности која се приписује вакцини и штете коју је оштећени претрпио увек сматрати утврђеном ако постоје одређене, унапред утврђене, озбиљне, јасне и непротивречне индиције („ernsthafte, klare und übereinstimmende Indizien“) о узрочности. Терет доказивања и даље остаје на оштећеном.

2. САМОЦЕНЗУРА ПРВОГ ВЕЛИКОГ ВЕЋА

И поред оволиких одлука и пресуда, од којих се на три позива Веће, које говоре управо о томе да се важење неког обавезног медицинског захвата (као изузетка од права на информисани пристанак) оцењује управо у вези са ***конкретним*** здравственим опасностима по ***конкретног*** носиоца обавезе у случају ***конкретног*** медицинског захвата, Веће одбија да се бави таквом везом уз следећу опаску:

> „Како се ради о стручном, медицинском питању, Уставни суд се не може упуштати у испитивање његове оправданости са медицинског становишта.“[22]

---

[20] *Ibid.*

[21] *N. W, L. W, C. W/Sanofi Pasteur MSD SNC*,Urteil des Gerichtshofs, Rechtssache: C-621/15, 21.6.2017**,** *http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30d606131123fae6459cb0a8fe771e531dec.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyMch10?text=&docid=193685&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=818720,* 22.11.2017.

[22] Решење, 12

Веће не само да може[23] него и, како показују одлуке и пресуде на које се позива, мора да се упусти у испитивање оправданости своје одлуке са медицинског становишта. Доследно праћење одлука и пресуда које Веће наводи водило би управо суочавању различитих медицинских, етичких и сличних аргумената. Веће, међутим, овим плашљивим ставом бежи од јавне расправе о овом стручном питању и од своје одговорности. А управо у томе је проблем. Нити Веће нити заговорници вакцинације чије ставове оно безрезервно преузима у своје Решење нису спремни (или немају храбрости?) да суоче своје стручне, медицинске, научне аргументе за обавезну вакцинацију са онима који су против ње. Овде не треба пребацити само Првом великом већу Уставног суда него и оној науци и њеним представницима чији су ставови заступљени у Решењу. Они су први који су од Већа требали да траже суочавање научних ставова. Ако су њихови научни ставови толико тачни, убедљиви и исправни зашто би се бојали суочавања са нетачним, погрешним и неубедљивим ставовима противника обавезне вакцинације?[24]

Међутим, на странама 13-17 Решења Веће узима здраво-за-готово читав низ управо медицинских аргумената од којих смо неке поменули (Препорука *ПС СЕ*, Одлуке *Европске Комисије* или *Европског Суда*) док неки представљају позивање на свој сопствени утисак (тако нпр. за закључак да вакцинацинација није медицински експеримент нема апсолутно никаквог образложења, већ га Веће износи као свој став).[25] У сваком случају Веће не жели

---

[23] Тако у ставу 3. члана 38. Закона о уставном суду стоји могућности да се на Јавној седници води управо стручна, научна расправа „када је то потребно... ...ради давања мишљења и обајшњења“: Закон о Уставном суду, *Службени гласник РС*, бр. 109/07; 99/11, 18/13 (Одлука УС); 40/15, 103/15; о промени суштине поступка оцене уставности закона и осталим променама улоге Уставног суда вид. Слободан П. Орловић, „Промена положаја уставног судства“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2013, 145-161, нарочито 157.

[24] Да се та наука која стоји иза Решења Већа озбиљније бавила правом лекара да промени медицинску одлуку родитеља у вези са лечењем њихове деце онда би вероватно користила литературу у којој су заокружено и систематски размотрени 9 биомедицинских научних оквира који потенцијално стварају оправдање за такву одлуку: Rosalind McDougall, Lauren Notini, “Overriding Parents Medicial Decisions for Their Children: A Systematic Review of Normative Literature”, *Journal of Medical Ethics*, 7/2014, 450-451.

[25] „Напротив, наведена мера предузима се управо са циљем да се оствари највећи могући ниво очувања здравља грађана и да се искорене одређене заразне болести, а сагласно наведеној уставној одредби.“: Решење, 13; „Уставни суд је имао у виду да, према подацима Института за јавно здравље Србије „Др Милан Јовановић – Батут“, вакцинација према календару имунизације бележи у 2015. години најнижи обухват у последњих десет година, чиме се повећава ризик поновних епидемија заразних болести које су деценијама уназад биле спречене имунизацијом, будући да је за спречавање појаве епидемије потребно достићи висок степен колективног имунитета, који подразумева да је више од 95% одређене популације вакцинисано против тих болести.“: Решење, 14; „...полазећи од тога да је у случају имунизације реч о обавези давања и прихватања стандардне здравствене услуге истог садржаја свим особама које јој се морају подвргнути на основу одредаба Закона о заштити

да организује стручну, медицинску расправу о обавезној вакцинацији, али безрезервно и некритички узима читав низ истих таквих ставова других институција или их сам даје, у некој врсти спекулативног начина закључивања, без икаквог образложења.

Најважнија негативна последица овакво мањкавог начина одлучивања Већа биће додатно повећање обима сумње у лоше последице вакцинације (односно повећање сумње од ризика који вакцина представља по здравље) у становништву и последично додатан пад обима имунизације.[26] А све претходно речено долази од пада поверења у здравствене власти, а оно је кључно у одржавању високих стопа имунизације.

Грешка српских здравствених власти је незнање да се имунизација састоји од два акта, накнадног физичког акта убадања иглом са вакцином (које је мање важно) и претходног мисаоног акта поверења имунизованог лица у накнадни физички акт убадања иглом (што је далеко важније). Без претходног акта, поверења, нема ни накнадног акта, убадања иглом.[27] Мислећи да се имунизација састоји само од накнадног акта, убадања иглом, они се задовољавају тиме да казненим мерама физички принуде тела грађана Републике Србије на накнадни физички акт убадања иглом, не схватајући да тиме уништавају оно што је кључно, а то је претходни акт поверења. У питању

становништва од заразних болести, Уставни суд налази да у конкретном случају није реч о медицинским или научним огледима који имају за сврху да лице буде објект научног истраживања...“: Решење, 16; „...се у њој позива на нека нежељена дејства назначена на упутству једне од вакцина, при чему је иницијатор превидео да упутство за сваки лек садржи наводе могућих нежељених дејстава, која нису правило, већ се могу појавити у ограниченом броју случајева, најчешће незнатном...“: Решење, 17.

[26] Corrnelia Betsch са Универзитета у Ерфурту урадила је низ истраживања која се често наводе у западној литератури када се расправља ова тема. Једно од њих је рађено тако што су учесницима у њему прво дати класични анти-вакцинациони садржаји који се могу наћи на интернету, а затим две врсте одговора на њих. Једни у којима су ризици процењени као постојећи али ниски, и друга у којој је снажно негиран било какав ризик повезан са вакцинама. Научници су назвали „парадоксом“ стање које је истраживање показало. Већи отпор вакцинацији су показали они којима су представљени одговори на питање вакцинационог ризика који су снажно негирали било какав штетне последице повезане са вакцинацијом. Они који су снажно уверавани да нема никаквог ризика од вакцина су показали снажнију представу ризика него они који нису: Corrnelia Betsch, Katharina Sachse, “Debunking Vaccination Myth: Strong Risk Negations Can Increase Percieved Vaccination Risks”, *Health Psychology*, 2/2013, 153-154. Betsch и Sachse су понудили и могуће одговоре на резултате истраживања. Први је да снажно негирање ризика вакцинације снажно скреће пажњу на ризике исте. Други је да људи траже начине да се изборе са ставовима са којима се не слажу. Када су ти ставови са којима се не слажу снажно образложени та ситуација охрабрује људе да још снажније уобличавају своје контра-ставове.

[27] “…ширење вакцинације углавном зависи од ширења поверења у њену делотворност и ширења свести о непостојању штетних дејстава него од способности да се спроведе акт убадања иглом.”: Helena Milton, Hugo Mercier, “Cognitive Obstacles to Pro-Vaccination Belief”, *Trends in Cognitive Science*, 11/2015, 634.

је поверење у исправност и оправданост имунизације. Ако проблем није број убодених већ број неповерљивих, онда је решење у поновном успостављању поверења у институције јавног здравља, а не у принудним мерама које ће на дужи рок само додатно нарушити поверење. Речју, аматеризму и непрофесионалност коју су у комуникацији са становништв о могућим здравственим ризицима вакцинације демонстрирале законодавна и извршна грана власти (укључујући што је најгоре здравствене власти[28]), сада се придружила и судска грана власти не схватајући да:

> „...агресивно исправљање вакцинационих митова можда није делотворан приступ у промоцији вакцинације.“[29]

Нагомилани штетни ефекти овог незнања неће се само одразити на пад поверења у вакцинацију већ последично и на пад поверења у лекаре[30] и у све институције које крајње агресивно и некритички шаљу поруке о ризицима:

> „Нарочито у случају када институцијама у потпуности недостаје знање о томе који степен поверења јавност има у њих, ортимална негација ризика вакцинације ће имати користи од умерених пре него од екстремних формулација о истој.“[31]

Ако су до сада у поимању становништва Србије у непоуздане изворе о ризицима вакцинације спадала само фармацеутска индустрија и Народна скупштина (доношењем *ЗоЗСоЗБ* 2016), сада се њој својом кратковидошћу придружују институције јавног здравља и судови.

---

[28] „Морају се увести промене у ове институције како би их учинили достојиним поверења и управо ове институције морају да се посвете много делотворнијом научном комуникацијом са народом како би он схватио зашто и како треба да има поверење у научне информације.“: *Ibid*., 635-636.

[29] Овде је у питању истраживање слично претходном, а у вези са „митом“ да вакцина против грипа изазива грип. Резултати истраживања показали су сличне релације које је показало претходно истраживање.: Brendan Nyhan, Jason Reifler, “Does Correcting Myths About the Flu Vaccine Works? An Experimental Evaluation of the Effects of Corrective Information”, *Vaccine*, 3/2015, 463.

[30] Поверење у лекаре је кључно у стварању родитељског самопоуздања и одлуци да се дете вакцинише. Није довољно обезбедити само податке о вакцини, него је неопходно развити и поверење и позитиван однос између лекара и родитеља: Andrea Benin *et al*, “Qualitative Analisys of Mother Decision Making About Vaccines for Infants: The Importance of Trust”, *Pediatrics*, 5/2006, 1532-1541.

[31] Истраживање које су урадили Betsch и Sachse показује разлику у поимању ризика од вакцинације у зависности од тога ко је емитер поруке. Ако она долази од поузданог извора, а у истраживању је узето да су то здравствене власти, људи реагују на један начин, а од непоузданог, у истраживању је узето да је то фармацеутска индустрија, на други: C. Betsch, K. Sachse, 154.

ЗАКЉУЧАК

И у својим, као их рад назива посредним, аргументима које је Прво велико веће Уставног суда користило да би одбацило иницијативе за оцену уставности одредби *ЗоЗСоЗБ* 2016 о увођењу обавезне вакцинације, не може се пронаћи ништа што оправдава Решење о одбацивању иницијатива. Противречни и међусобно супротстављени ставови, позивање на застарелу и превазиђену праксу европских правосудних институција након непотпуне и произвољне претраге исте, извођење спекулативних закључака, самоцензура и кукавичлук нејавног поступка доношења Решења о одбацивању иницијатива не пружају ништа ново што би променило закључке првог дела овог рада. У тренутку када је сасвим јасан и очит експлозивни потенцијал и отровни набој расправе која се у српској јавности скоро две године води око теме обавезне вакцинације промишљеност и мудрост налажу да се скупи неопходна храброст и да се закаже јавна расправа пред Уставним судом. Непроцењива би била корист која би се баштинила од оваквог приступа проблему. Заговорници два екстремна става о обавезној вакцинацији би у њој добили меродаван форум на којем би се цивилизованом и разумном разменом (етичких и стручних) аргумената каква обично краси Уставни суд[32] имали прилику да се разговетно изјасне и чују. Србија би овим путем каналисала и зауздала махниту жестину и негативну енергију којом је натопљена расправа која се у општој јавности на ову тему већ води између екстремних заговорника и екстремних противника вакцинације која би могла да се назове „емотивна епидемиологија"[33] у коју се нажалост укључила и држава стављајући се у свом незнању на једну од страна.[34] Тиме би највећа и најважније група у овој расправи, она којој припада највећи део становништва у Србији – вакцинациони скептици[35] – добила јединствену

[32] Писац ових редова је сам учествовао у једној таквој јавној расправи коју је организовао Уставни суд пре скоро 10 година у питању оцене уставности Статута АПВ и може да посведочи о њеном благотворном дејству на смиривање експлозивног потенцијала крајње супротстављених вредносних и етичких ставова.

[33] Ofri овај појам користи да опише како људи у одсуству правих и пуних обавештења о вакцинацији реагују на болести које се могу истом спречити: „Уколико се медицинска професија не суочи са емотивном епидемиологијом... ...она ризикује неконтролисане епидемије": Danielle Ofri, "The Emotional Epidemiology of H1N1 Influenza Vaccination", *New England Journal of Medicine*, 361/2009 , 2594-2595.

[34] Писци наводећи неколико америчких истраживања указују да се у њима родитељи који оклевају у вакцинацији могу сврстати у најмање 5 група према степену убеђења у своје ставове: Charitha Gowda, Amanda Dempsey, "The Rise (and Fall?) of Parental Vaccine Hesitancy", *Human Vaccines and Immunotherapeutics*, 8/2013, 1756.

[35] Бројна америчка истраживања која наводе писци указују да је у САД највише родитеља који само одлажу вакцинисање деце до одређеног узраста и то само за једну или највише две вакцине. Ову појаву писци називају „вакцинационо оклевање": *Ibid*.,1755.

прилику да стекне правилну представу о чему се у овој расправи ради и да коначно уобличи своје ставове.[36] Висок ниво имунизације не значи и висок ниво поверења у имунизацију као и у лекаре и здравствене власти као промотере ове мере здравствене политике.[37] Незнање извршне и законодавне гране власти које су путем садејства својих неукости претвориле једну нормалну меру здравствене политике у казнену интервенцију, саучествује сада и судска грана власти овим кукавичким и штеточинским Решењем провоцирајући „вакцинациони рат“ у Србији у којем ће прва и најважније жртва бити поверење. Распаљујући један пол у расправи (заговорнике вакцинације) безрезервним прихватањем његових екстремних ставова и разјаривши оправдани гнев другог пола (противника вакцинације) неоснованим и неутемељеним одбацивањем њихових иницијатива, Прво велико веће Уставног суда је нахушкало на избијање „Првог вакцинационог устанка“ у Србији тиме што је онемогућило трећи најбројнији пол (вакцинационе скептике) да у разумној комуникацији аргумената здравствених власти са становништвом дођу до исправних информација и обавештења за питања на која никако да добију одговоре. Проблем недовољног броја људи спремних да се вакцинишу је увек био проблем недостатног и недовољног општења здравствене власти и народа[38] где кривица увек лежи на страни власти јер она располаже стручним механизмима, ресурсима и апаратуром да у том општењу преузме иницијативу и пошаље праву поруку о сврси и смислу неке мере јавног здравља. Одбијајући да преузму одговорност здравствене власти Србије су уточиште потражиле код Уставног суда[39], а у свом непознавању проблематике Прво велико веће им је то уточиште пружило одбијајући да организује управо оно што је у средишту и

[36] Писци покушавају да објасне парадоксалну појаву да је све више родитеља који се начелно изјашњавају као заговорници вакцинације али све чешће одлажу вакцинацију своје деце и постављају питања око безбедности исте: Eileen Wang, Yelena Baras, Alison Buttenheim, “Everybody Just Want to Do What is Best for Their Children: Understanding How Pro-Vaccine Parents Can Suport a Culture of Vaccine Hesitancy”, *Vaccine*, 33/2015, 6703.

[37] *Ibid*.,6709.

[38] Родитељи се коцкају са ризиком избијања болести код детета. Када је извесност болести велика прихватају вакцине, а када је ниска не. Ова динамика ће се променити само трајним напорима на образовању становништва од стране лекара, здравствених власти и родитеља који су изгубили на коцки: Douglas J. Opel *et al*,“Ethics Rounds: A 6-Month-Old With Vaccine-Hesitant Parents”, *Pediatrics*, 3/2014, 530; Обећавајући приступи родитељском оклевању да вакцинишу децу јесу развијање нових информативних технологија које ће обезбедити образовни материјала о вакцинацији скројен по потреби тачно одређених врста вакцинационе скепсе, коришћење заговорника вакцинације који могу да комуницирају са родитељима на личном нивоу и измена карактеристика вакцина или вакцинационог распореда како би се смањило неповерење родитеља који оклевају да вакцинишу децу: C. Gowda, A. Dempsey, 1761.

[39] више о могућностима у поступцима заштите уставности пред Уставним судом вид. Слободан П. Орловић, Наташа Н. Рајић, „Застој у поступку нормативне контроле – прилог расправи о заштити објективне уставности“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду,* 4/2017, 1471-1484.

сржи проблема – аргументовану и цивилизовану стручну јавну расправу о сврси вакцинације и њеним предностима и манама по друштво. Тиме је само подупрло слабост здравствених власти у виду неспособности да опште са народом и пружило им оправдање да истрају у свом нераду и незнању, док је ојачало снагу ставова подносилаца иницијатива уверавајући их у њихову исправност штеточинским избегавањем јавне расправе. Ипак, највећу штету је Прво велико веће Уставног суда нанело интересима јавног здравља у Србији тако што је горе описаним механизмом потиснуло вакцинационе скептике у правцу ставова искључивих противника вакцинације.

Речју, коначан одговор на проблем недовољног броја вакцинисаног становништва није казнена принуда већ здравствена комуникација. Стога повећање броја вакцинисане деце у Србији крајем 2017. године не треба да охрабри заговорнике вакцинације, оно је последица страха и принуде, а не рационалног уверења у исправност одлуке коју су донели и поверења у здравствене власти. Стога ће се отпор вакцинацији као мери јавног здравља само расти и показаће све своје лоше последице ако којим несрећним случајем (начин на који се аматерске здравствене власти попут српских носе са заразним болестима јесте поуздавање у срећан случај) избије епидемија неке озбиљне болести која ће изискивати потреба за ванредном имунизацијом целокупног становништва а потрошено поверење народа се покаже као непремостива препрека да се она спроведе.

Хегел је својевремено написао да се нити једна савест није ослободила на силу.[40] Насиље, било оно правно или физичко, може да савије њихова тела, али не може да промени вредносне ставове људи. У незнању овог проницљивог запажња чувеног филозофа здравствене власти у Србији су одлучиле на штеточински корак преображаја једне мере здравствене у меру криминалне политике, а Прво велико веће Уставног суда их је у том незнању само оснажило. Тиме је по интересе јавног здравља у Србији учинило нешто горе од злочина, направило је једну кардиналну грешку.

[40] „Као што се слободни не могу принудити на ропство тако се ни робови не могу принудити на слободу.“: Георг Вилхелм Фридрих Хегел, *Филозофија историје*, Београд, 2006, 151.

Branislav R. Ristivojević, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
B.Ristivojevic@pf.uns.ac.rs

Stefan S. Samardžić, Assistant with Ph.D.
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.Samardzic@pf.uns.ac.rs

When Healthcare becomes Criminal Policy: Vaccination before the Constitutional Court of Serbia (II Part)

Abstract: *This article is a continuation of the analysis and critique of arguments used by the first Grand Chamber of the Constitutional Court in order to dismiss the 2016 initiative for a constitutional review of provisions of the Law on the Protection of the Population from Infectious Diseases. An analysis of the Court's circumstantial arguments, such as the case-law of the European Commission of Human Rights and the European Court of Human Rights is provided. Among the circumstantial arguments, as they are referred to in this article, used by the First Grand Chamber of the Constitutional Court to dismiss the initiative for the constitutional review of provisions of the Law on Mandatory Vaccination, we cannot find a single argument that justifies the Court's decision on dismissal of the initiative. Conflicting and mutually opposing positions with references to outdated and obsolete case-law of the European judicial institutions compiled on the basis of superficial and arbitrary research, the drawing of speculative conclusions, self-censorship and cowardly secretive procedure of enacting the decision on dismissal of the initiative, offer nothing new that would change the conclusions the author arrived at in the first part of this article. The First Grand Chamber of the Constitutional Court joined the legislative branch in strengthening a hybrid legislative policy. This policy is the result of an unnatural mixing between classical health care policy measures and classical measure of penal policy, such is the penalty. This unnatural mix is assessed in the article as "genetically modified legislative policy" that will not fulfill the aims of either policy from which it has borrowed its DNA. Moreover, the conclusion of the second part of the article only strengthened the conclusion reached in the first part of the article that this legislative bastard will wreak havoc on the public health and the criminal justice systems alike.*

Keywords: *Mandatory vaccination, legislative policy, the Constitutional Court, healthcare communication, trust, penalty.*

Датум пријема рада: 01.02.2018.

Оригинални научни рад 347.63/.64-053.2(497.11)”18”
doi:10.5937/zrpfns52-18941

Др Гордана М. Дракић, ванредни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
G.Drakic@pf.uns.ac.rs

Др Маша М. Кулаузов, ванредни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
M.Kulauzov@pf.uns.ac.rs

Др Урош Н. Станковић, асистент са докторатом
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
U.Stankovic@pf.uns.ac.rs

ДЕЦА У КНЕЖЕВИНИ СРБИЈИ У ДОБА УСТАВОБРАНИТЕЉА – ЗАКОНОДАВСТВО И СЛИЧИЦЕ СТВАРНОСТИ[1]

Сажетак: *У раду се говори о појединим одредбама породичноправних прописа донетих током владавине уставобранитеља о родитељском праву, усвојењу, хранитељству и старатељству и износе детаљи из њихове примене. Аутори засебно анализирају положај брачне, ванбрачне и усвојене деце и деце под старатељством, кроз призму законодавства и стварности. Посебно се задржавају на односу између нормативног и стварног.*

Кључне речи: *деца, правни положај деце, Српски грађански законик, родитељско право, усвојење, старатељство, хранитељство.*

1. УВОД

Одредбама Српског грађанског законика о правном положају деце у науци је посвећено доста простора.[2] Ова кодификација својим значајем као

[1] Рад је настао у оквиру пројекта број 179079, „Биомедицина, заштита животне средине и право”, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

[2] Види нпр. Лазар Марковић, *Породично право*, Београд 1920; Живојин М. Перић, *Специјални део грађанског права* III – *Породично право*, Београд 1923; Гордана Ковачек

да је засенила остатак породичноправног законодавства о деци, па је он у литератури слабо присутан.[3] Још слабије су тамо присутни подаци о примени законодавства о деци, тако да се не зна јесу ли најмлађи житељи Кнежевине Србије заиста живели по слову правних норми које су им креирале живот. Наведене празнине писци овог рада покушали су унеколико да попуне подацима из архивске грађе, мемоарских записа, штампе и литературе.

Обухват свог истраживања аутори су били принуђени двоструко да ограниче – садржински и временски. Када је у питању прво ограничење, у раду ће бити обрађени само они прописи чију су примену истраживачи успели да документују. Чланак се простире на време владавине уставобранитељског режима (1842–1858). Мада са становишта ваљаности периодизације омеђавање феномена из правне историје граничним тачкама из политичке историје у овом случају није методолошки најисправнији поступак, проналазак другог правноисторијског камена међаша био би неизводив посао, јер је СГЗ важио на територији Србије до краја њеног постојања као самосталне државе (па и после).

У даљем тексту биће речи о четири групе деце: брачној, ванбрачној, усвојеној и оној под старатељством.

2. БРАЧНА ДЕЦА

Према члану 113 Српског грађанског законика брачна деца су деца рођена 180 дана после склапања брака њихових родитеља и 300 дана пошто је брачна заједница престала разводом или смрћу супруга. Могућност оспоравања статуса брачног детета постављена је у СГЗ (чл. 114) врло рестриктивно – муж би морао да докаже да у критичном периоду зачећа није могао имати полне односе са својом женом. О. Цвејић Јанчић запажа да та одред-

Станић, „Родитељско право у Српском грађанском законику", *Сто педесет година од доношења Српског грађанског законика (1844–1994)* (ур. Радмила Б. Ковачевић Куштримовић), Ниш 1995, 119–129, ista, „Pravni položaj deteta u porodičnom pravu Srbije i Vojvodine pre II svetskog rata", *Građanska kodifikacija – zbornik radova* (ur. Radmila Kovačević Kuštrimović), Niš 2002, 225–232; Олга Цвејић Јанчић, „Родитељско право у Србији према Српском грађанском законику из 1844. г.", *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* (ЗРПФНС) 2-1/2004, 361–381.

[3] *Настављеније о пупиларном деловодству* (1843); *Указ, да је свака општина дужна старати се о онаком сирочету, које нема одкуд издржавати се* (1847); уредба о условима под којима се хранитељу малолетног детета може уступити део посмртног имања (1851); *Уредба о поступку и руковању са пупиларним новцима и с покретним имањем* (1852); *Решеније, да се опредељенија Уредбе од 12. јунија 1847. год. BNo 838/CNo 501 и на ванбрачну децу распростру* (1854); допуна СГЗ из 1855. о истраживању ванбрачног очинства; *Решеније о начину поступања при продаји пупиларни добара* (1856).

ба значи да је муж могао да оспорава брачни статус детета само ако докаже да физички није могао да одржава интимне односе са својом женом, док физиолошку немогућност вршења тих односа не би могао да истиче као разлог за оспоравање очинства над дететом. Оно остаје брачно и ако буде доказана прељуба његове мајке, па чак и ако она сама призна да њен муж није отац детета.[4]

Фундаментална одредба о родитељским дужностима према деци је чл. 115 СГЗ. У њему стоји да су родитељи дужни да се брину о животу и здрављу своје деце, да их васпитавају, преносе им знања и подучавају их у вери.[5] Током својих истраживања о реализацији тих дужности у пракси дошли смо до одређених сазнања, која ћемо у даљем тексту представити.

Извори казују да се родитељи често нису на ваљан начин бринули о телесном интегритету своје деце и да је такво понашање било последица заблуда родитеља да свом потомству чине добро. Те заблуде родитељи су имали и у погледу превенције болести деце и у погледу њиховог лечења.

Међу родитељима је владало уверење да малу децу треба што више хранити јер тако јачају, а познати лекар А. Медовић одвраћао их је од тог мишљења. Из више извора може се видети да су родитељи деци давали храну непримерену њиховом узрасту – међу неодговарајућим намирницама помињу се и вино, ракија и кафа. Врло је лако могуће да су родитељи сматрали да таквом исхраном деца постају крепкија и издржљивија.[6]

Родитељи су, пише Медовић, врло често објашњавали тегобе своје деце зубобољом и глистама, а малишани су се заправо борили са много тежим болестима попут запаљења груди или мозга. Уместо да болесну децу воде код лекара, родитељи су их ради излечења водили код врачара; приликом неговања деце игнорисали су глас струке, али су зато слушали гласове „комшиница, кума и прија".[7]

Васпитање деце у доба уставобранитеља на више места описује се као лоше – понекад уопштено, а понекад навођењем конкретних пропуста родитеља.

Спасић је писао да је кућно васпитање деце у Србији „посве зло и неваљало" и „злочесто" и да су примери лошег васпитања деце чешћи у градовима него у селима. Са друге стране, у једном чланку из *Србских новина*

---

[4] *Законик ґраѓанскій за Княжесшво србско* (*Законик*), Београд 1844, 21–22; О. Цвејић Јанчић, 365.

[5] *Законик*, 22.

[6] Милован Спасић, *Нравсшеный воспишашелѣ деце*, Београд 1850, 117; Др Ив – вић, „Тѣлесно воспитаніє човѣка", *Србске новине* (СН) 14/1851, 51; исти, „Душевно воспитаніє човѣка", СН 16/1851, 59; Аћим Медовић, „О негованю деце у првимь годинама живота", *Родолюбац* 6/1858, 43–44; 10/1858, 77; 13/1858, 104.

[7] А. Медовић, *Родолюбац* 2/1858, 15; 17/1858, 133.

из 1850. стоји да је васпитање и градске и сеоске, и богаташке и сиротињске деце – „зло и наопако".[8]

Код више аутора пронашли смо тврдњу да родитељи нису правилно схватали васпитање деце. Неким писцима чинило се да родитељи мисле да је довољно да својој деци обезбеде храну и одећу, а други су пак сматрали да родитељи живе у уверењу да су своју улогу обавили ако дете пошаљу у школу. Код Спасића и аутора чланка *Родитељима* у *Подунавци* за 1843.[9] као недостатак васпитања наводи се то што родитељи подстичу децу на нерад тиме што завиде нерадницима.[10] Занимљиво је, а рекли бисмо и неочекивано, што се у текстовима из уставобранитељског периода јавља и став да родитељи својој деци исувише угађају. Спасић је замерао родитељима што децу уче да псују, па чак и да псовке упућују оцу или мајци. Васпитач ћерки кнеза Александра Матија Бан писао је да се псовању уче синови сиромашних родитеља – у Бановом делу се, међутим, види да оно говори о васпитању код „Југославјана" уопште, па се не може експлицитно тврдити да та констатација обухвата и децу у Србији.[11]

У свом писму Министарству просвете од 1. марта 1850. Спасић каже да се родитељи ревносно старају да своју децу оспособе за одређено занимање. Било је, дакако, и родитеља који су својој деци преносили друга знања. Владимир Јовановић, отац Слободана Јовановића, записао је у својим успоменама како му је отац помагао да савлада школске обавезе. Мемоарски записи Светозара Марковића садрже податак да су мемоаристу у родитељском дому учили да чита и пише.[12]

Колико су родитељи поучавали своју децу вери, тешко је рећи. У *Српским новинама* од 5. јула 1849. објављен је чланак у коме се помиње да у београдским црквама нема ко да поје, пошто родитељи од почетка школског распуста не шаљу децу у богомоље. У истом листу годину и по дана касније штампан је текст у коме се тврди да родитељи са села боље усаде у своју децу верска осећања него они из града. Спасић је пак критиковао родитеље што децу уче празноверицама – да постоје вештице, вампири и друга чудо-

---

[8] „Мысли о народной просвети и о школама народнимъ", СН 112/1850, 425; М. Спасић, *Педагогично-методично наставленіє за учитељ основны школа*, Београд 1859, 31; Владета М. Тешић, *Морално васпитање у школама Србије (1830–1878)*, Београд 1974, 109.

[9] Потписан је иницијалима Г. П.; у броју *Подунавке* од 22. августа 1845 (стр. 136) као аутор чланка потписан је Гаврило Поповић, тадашњи професор Лицеја, који се бавио педагошким питањима, па је велика вероватноћа да се он крије иза поменутих иницијала.

[10] Г. П., „Родителѣима", *Подунавка* 3/1843, 11; М. Спасић (1850), 23, 25, 66; „Мысли о народной просвети и о школама народнимъ", СН 78/1850, 295.

[11] Матија Бан, *Воспитатељ женскій* I, Београд 1847, 95, 101; М. Спасић (1850), 115–116; СН 35/1852, 125.

[12] Светозар Марковић, *Идеје о васпитању и образовању*, Београд 1979, 91; В. М. Тешић, 109; Владимир Јовановић, *Успомене* (приредио Василије Крестић), Београд 1988, 31.

вишта и да се врачањем може предвидети будућност. Треба истаћи да су, према Спасићу, родитељи деци која плачу говорили да ће им свештеник одсећи уши и језик и да су децу учили да грде Бога кад грми. Ово нимало хришћанско поступање Спасић није везао за родитеље из одређеног типа насеља.[13]

Чланом 116 СГЗ било је предвиђено да вршење родитељског права првенствено лежи на оцу. Врло је тешко, скоро немогуће, утврдити како су тачно родитељске дужности биле дељене у пракси. Треба ипак скренути пажњу на један врло индикативан документ. Ради се о писму Економског одељења Министарства унутрашњих дела Државном савету од 2. августа 1857, где се каже да осуђенице на издржавање казне у казнени завод у Топчидеру често са собом доводе и своју малу децу. Премда је Министарство више пута издавало наредбе да се деца повере родбини осуђенице, нико није желео да их узме.[14] Везаност мале деце за мајку била је, дакле, толико чврста да се од ње ни под оваквим условима нису одвајала.

Члан 119 СГЗ предвиђао је да је за издржавање деце пре свега дужан да се стара отац. Извори сведоче да је у стварности тако и било. Доказе за овај закључак могу представљати поједини акти у којима се узгред говори о материјалном положају очева и удовица.

Образлажући свој предлог да се у Србији уведе фонд за удовице и сирочад чиновника, Државни савет писао је кнезу Александру 10. октобра 1843. да државни службеници од плате не могу издржавати своје породице и да су ретки они који после смрти оставе жене и децу у добром имовном стању. Посланик Палежа на Светоандрејској скупштини Алекса Јоксимовић тражио је да се нижим чиновницима плата повиси на 400 талира, реторички се питајући како ће они са два или три цванцика издржавати жену и децу. Смедеревски прота писао је Београдској митрополији о удовицама „без крова и хлеба, са неколико ситне и голе деце".[15]

У члану 119 СГЗ била је прописана и супсидијерна обавеза старешине задруге да се поред оца стара о издржавању детета. Шабачко окружно начелство известило је 6. октобра 1853. Министарство унутрашњих дела да је сазнало да у његовом округу задругари без синова неће нимало да припо-

---

[13] Г.П., „Београдскій дневникъ", СН 65/1849; „Писма съ Дунава", СН 22/1851, 83; М. Спасић (1850), 35.

[14] Архив Србије (АС), Државни савет (ДС), 595/1857, Министарство унутрашњих дела Савету, Београд, 2. август 1857.

[15] АС, ДС, 485/1843, Државни савет кнезу Александру, Београд, 10. октобар 1843; Андрија Раденић, *Светоандрејска скупштина*, Београд 1964, 102; Александра Вулетић, „Удова лица и структурна динамика породичног домаћинства у српском сеоском друштву 19. века", *Село Балкана. Континуитети и промене кроз историју* (ур. Срђан Рудић и Светлана Ћалдовић Шијаковић), Београд 2017, 151.

могну око издржавања својих синоваца, притом не прецизирајући да ли су поменути задругари и старешине задруге.[16]

Родитељи су према чл. 120 СГЗ били овлашћени да телесно кажњавају своју непослушну децу. Када су и колико они то своје овлашћење користили? Г. П. је сматрао да су родитељи били недоследни у погледу физичког кажњавања деце – у добром расположењу опраштали би им многе несташлуке, али би малишани искусили батине ако се родитељима нешто лоше догоди. У чланку из *Србских новина* за 1851. помиње се да неке маме у љутини децу туку „тирјански". Деца би, према Г. П-у, нарочито лоше прошла уколико од родитеља зајмодавац затражи да му врате новац – тада би, тврди аутор, отац и мајка постајали „свирепи звер".[17]

Илустративни прилог одговору на питање из друге реченице претходног одломка пружају делови успомена познате деце из уставобранитељског доба. Милан Ђ. Милићевић – књижевник, историчар, етнолог, академик – записао је у својим успоменама да га је отац истукао јер је одраслог човека питао (како сам вели, у шаљивом тону) зашто га није поздравио. У сећању Владимира Јовановића остала је сликовита реченица једног његовог друга из детињства: „До шесте године бије нас мати, а брани отац... од шесте године бију нас отац и учитељи, а теши мати... Тако је у нас тајна васпитавања омладине у батини."[18]

Према члану 124 СГЗ отац је имао овлашћење да деци одреди начин живота по сопственом нахођењу. У Милићевићевим успоменама пажљиви читалац ће приметити да, говорећи о својим дечачким данима, мемоариста само оца наводи као доносиоца одлука о свом даљем животном путу. Отац је био у дилеми које занимање да изабере за свог сина, будући да је овај болешљив, и отац је тај који је одлучио да мали Милан иде на даље школовање. Доста говори и реченица Илије Гарашанина упућена сину који је због лоших оцена хтео да пређе у лакшу школу: „Ја сам ту науку за тебе изабрао и то оћу и ако то не буде ја друго ништа нећу нити шта друго бити може."[19]

У другим изворима које смо консултовали отац се не наводи изричито као творац животног пута своје деце, али се из њих може јасно закључити према чему родитељи у том погледу нису имали афинитет. Током целе уставобранитељске владавине основне школе кубуриле су са малим бројем уче-

---

[16] АС, Министарство унутрашњих дела – Полицајно одељење (МУД-П), 1853, фасцикла VIII, ред 100, Шабачко окружно начелство Министарству унутрашњих дела, Шабац, 6. октобар 1853.

[17] Г. П. (1843), 11; Др Ив – вић (1851а), 51.

[18] М. Ђ. Милићевић, 38–39; В. Јовановић, 31.

[19] Милан Ђ. Милићевић, *Успомене (1831–1855)* (приредио Божидар Ковачевић), Београд 1955, 28, 40; Александра Вулетић, „Из породичног живота Илије Гарашанина", *Писмо – зборник радова* (ур. Радош Љушић), Београд 2001, 132.

ника. Родитељи врло често децу нису хтели да шаљу у школу наводећи као изговоре то да су им она потребна за чување стоке или да се неће бавити послом који захтева образовање.[20] Било је, наравно, и родитеља који су хтели да им се деца школују, о чему сведочи одломак овог рада посвећен примени члана 115 СГЗ, али и неки други текстови.[21]

3. ВАНБРАЧНА ДЕЦА

Док СГЗ није донет, односи настали поводом ванбрачног рођења најисцрпније су нормирани двама правним актима. Један је наредба Суда народног србског и кнеза Милоша од 8/9. јуна 1827, која садржи одредбе о спречавању ванбрачног рађања и обезбеђењу дојиље за ванбрачно дете, као и казнене одредбе. Други правни акт из ове материје – распис Министарства правде од 10. марта 1842 – односи се на издржавање ванбрачног детета. Министарство правде предложило је 18. јануара 1843. Савету да се донесе уредба о ванбрачној деци, али евентуални одговор на тај предлог нисмо пронашли.[22]

Према члану 128 СГЗ ванбрачна деца су она деца коју је родила неудата жена или пак она коју удата жена роди у року од 180 дана после склапања брака или 300 дана након развода брака или мужевљеве смрти.[23] Из члана 134 СГЗ, који каже да се ванбрачна деца могу позаконити између осталог и конвалидацијом рушљивог брака[24], произлази да су и деца рођена у таквим

[20] Спасић је навео неке од изговора којима су се родитељи служили: „волим да ми чува козе, него да иде у школу" „ја нисам у школу ишао па хвала Богу добро", „неће ми бити поп или писар да га у школу дајем", „нема ко да ми чува стоку", М. С., „Нешто о просвѣти народа христіянски уобште и Срба у Србіи понаособъ", СН 14/1847, 54; Милован Спасић, *Размишљаванѣ о найредку у просвети*, Београд 1848, 5; Спасић (1850), 126. У чланку *О давању деце у школу*, објављеном у народном календару *Шумадинац* за 1851, среће се дијалог учитеља Неше и његовог пријатеља Благоја, у коме овај други износи аргументе „обичног народа" против школовања деце и ти аргументи врло наликују онима са којима се Спасић сусретао. Вид. „О даваню деце у школу", *Шумадинацъ*, Београд 1851, 56–57.

[21] Види нпр. СН 42/1856, 170; АС, Министарство просвете (МП), 1849, ф. IV, р. 314, Милован Спасић Министарству просвете, Београд, 12. децембар 1849; АС, МП, 1851, ф. II, р. 403, исти истом, Београд 1. август 1851.

[22] Војислав Михаиловић, *Из историје санитета у обновљеној Србији од 1804–1860*, Београд 1951, 570–572; АС, ДС, 606/1843, распис Министарства правде од 10. марта 1842, бр. 607; Министарство правде Савету, Београд, 18. јануар 1843.

[23] *Законик*, 24.

[24] Министарство просвете дошло је 1843. на идеју да се изда уредба о деци без родитеља и деци рођеној у незаконитим браковима. Савет је, зачудо, ту замисао прихватио, иако је нацрт СГЗ у том тренутку већ био поднет на преглед. Но предложена уредба ипак није донета. АС, ДС, 303/1843, Министарство просвете Савету, Београд, 10. мај 1843; АС, Министарство иностраних дела – Внутрено одељење (МИД-В), 1843, ф. II, р. 201, Савет кнезу Александру, 17. мај 1843.

браковима била ванбрачна. Први критичар СГЗ Павле Шероглић оправдано је указивао на недостатак одредбе о статусу деце рођене у тренутку када су им родитељи били разлучени.[25]

Члан 129 СГЗ прописивао је да су старање о животу и здрављу ванбрачног детета, његово васпитање и поучавање у вери дужности дететове мајке. Она је дужна и да га издржава, а формулација да је отац обавезан да то чини „уз матер и после матере" (чл. 131 СГЗ) изгледа језички противречно: као да очева обавеза издржавања ванбрачног детета постоји истовремено и увек и супсидијерно, када мајка за то нема довољно средстава. Године 1854. дејство уредбе о издржавању сирочади из средстава општина (1847) проширено је и на децу без родитеља рођену ван брака.[26]

Постојала је објективна опасност да мајка не само да се неће бринути о животу и здрављу детета, него да ће га и убити. На ванбрачно рођење средином XIX века гледало се као на велику срамоту[27], које су мајке понекад желеле да избегну уклањањем плода свог греха. Да би се спречио такав развој догађаја, ванбрачне мајке су, пошто се сазна за рођење детета, стављане под надзор. Казнена политика за кривично дело чедоморства била је строга – у случајевима на које смо наишли, преступнице су кажњаване једногодишњим или вишегодишњим лишењем слободе и телесном казном.[28] Тешко је проценити колико су власти биле успешне у спречавању убистава деце рођене ван брака. У судским статистикама из периода уставобранитеља појављују се кривична дела побачаја и одбацивања детета, али се без увида у грађу окружних судова не може тврдити да су њихови извршиоци ванбрачне мајке.[29] Осим тога, и утврђивање тачног броја ванбрачних рођења у уставобранитељском периоду представља врло тежак задатак.[30]

---

[25] *Законик*, 25; Павле Шероглић, „Прегледъ Законника грађанскогъ за Княжество Сербію, 25. марта 1844. обнародованогъ", *Бачка вила* 4/1845, 124–125.

[26] *Законик*, 24–25; Маша Кулаузов, „Законодавство и судска пракса о ванбрачној деци у Србији XIX века", ЗРПФНС 3/2014, 282. У писму Министарства унутрашњих дела Савету од 1. новембра 1854. налази се податак да су у Београду и пре проширења дејства уредбе из 1847. ванбрачно рођена сирочад издржавана о трошку општине. Вид. АС, ДС, 491/1854, Економско одељење МУД Савету, Београд 1. новембар 1854.

[27] Упор. супротно, изненађујуће антрополошки либерално гледиште на овај феномен у Рудничком округу у Сретен Ј. Поповић у *Путовању по новој Србији (1878 и 1880)*, Београд 1950, 42.

[28] Александра Вулетић, „Нежељена деца", *Museum* 10/2009, 80; ista, „Infanticide – Between a Private Matter and Public Concern in Serbia from 1800 to 1860", *Dying and Death from 18th to 21st Century Europe* (eds. Marius Rotar, Adriana Teodorescu), Newcastle 2011, 152, АС, МИД-В, 1843, ф. II, р. 214, Министарство правде кнезу Александру, Београд, 13. мај 1843; Кнез Александар Министарству правде, Београд, 13. септембар 1843.

[29] Вид. АС, ДС, 380/1853, 462/1854, 783/1857, 409/1858, 1045/1859; *Шумадинка*, 5/1855, 20.

[30] Податке о броју ванбрачних рођења у појединим местима вид. у СН 14/1858, 43; Миленко С. Филиповић, *Таковци – етнолошка посматрања*, 66; А. Вулетић (2009), 70.

Јелена, удовица Јована Дамјановића из Врбаве, родила је ванбрачно дете чији је отац остао непознат, а она сама није могла да га издржава, пошто као „грду и наказу и болестну" нико није желео да је узме у службу. Стога је Савет одлучио да се детету пронађе хранитељ. Нисмо успели да утврдимо да ли је то била редовна пракса у случају да ванбрачна мајка нема довољно средстава за издржавање свог детета. Између 1. новембра 1857. и 1. новембра 1858. пред окружним судовима вођене су 23 парнице за издржавање ванбрачног детета.[31]

Сто тридесети члан СГЗ регулисао је могућност истраживања ванбрачног очинства. Мајка и сви које се то питање тиче имали су право да истражују ко је отац ванбрачног детета, али на основу изјаве мајке да је одређени мушкарац с њом имао интимне односе у критичном периоду зачећа тај мушкарац није могао бити проглашен за оца детета. Димитрије Матић запазио је у свом коментару СГЗ да члан 130 не важи, јер његова друга тачка потире прву. То исто сматрао је и Врховни суд, који је 1855. Министарству правде писао да би дотични члан требало променити тако да друга тачка гласи да је за установљење очинства ванбрачног детета довољно доказати да је претпостављени отац у критичном периоду зачећа имао интимне односе са дететовом мајком. Министарство правде није се сложило са предлогом Врховног суда, сматрајући да је он штетан по јавни морал и да би, у случају да ванбрачна мајка за оца свог детета означи ожењеног човека, то могло довести до развода његовог брака. Министарство правде предложило је Савету да се озакони вансудско истраживање ванбрачног очинства. Савет није усвојио тај предлог. Сматрао је да чл. 130 СГЗ делује нејасно само зато што у њему нису прописана доказна средства којима се може истраживати ванбрачно очинство и стога кнезу Александру предложио да се тај члан допуни тачком да ће се за утврђивање ванбрачног очинства користити сва доказна средства предвиђена у Законику о поступку судском у грађанским делима (1853). Кнез Александар одобрио је тај предлог.[32]

Судећи по једној пресуди ваљевског окружног суда из 1846, признање ванбрачног очинства производило је дејство на положај детета према оцу и ако је дато у кривичном поступку. Кривичном пресудом ваљевског окружног

[31] Подстакнуто Јеленином невољом, Министарство је Савету предложило издавање уредбе о издржавању деце болесних и сиромашних самохраних родитеља. Савет је сматрао да је боље да он о том питању одлучује од случаја до случаја. АС, ДС, 203/1851, Министарство правде Савету, Београд, 30. март 1851; Савет кнезу Александру, Београд, 23. мај 1851; АС, ДС, 1845/1859, Изводъ свію грађанскій дѣла, коя су се предъ првостепенимъ судовима за суђенѣемъ наодила, коя су рѣшена, и коя су іоштъ нерѣшена заостала, и то по родовима нѣиовимъ означена, т.є. одъ 1. ноемвра 1857. до 1. ноемвра 1858. год.

[32] *Законик*, 24–25; Димитрије Матић, *Обясненѣ Грађанскогъ законика за Княжество србско* I, Београд 1850, 178; Маша Кулаузов, „Предлози измена законске одредбе о истраживању ванбрачног очинства из 1855. године", ЗРПФНС 4/2015, 1753–1758.

суда наложено је Миливоју Ћесаровићу из Врагочанице, који је у кривичном поступку признао да је отац ванбрачног детета своје снахе Манде, да дете узме код себе и брине се о њему.[33]

4. УСВОЈЕНА ДЕЦА И ЦРТИЦЕ О ХРАНИТЕЉСТВУ[34]

У члану 136 СГЗ је стајало да се усвојена туђа деца сасвим или делимично изједначавају са рођеном. У теорији се подвлачило да придев „туђа" треба схватити тако да је усвојилац могао да усваја и своје крвне сроднике. Став теорије потврђује један пример из праксе: у *Србским новинама* за 1856. оглашен је раскид уговора о усвојењу између Добросава Ресавца и његовог синовца Косте.[35]

За пуноважност усвојења је према члану 141 СГЗ био неопходан пристанак родитеља потенцијалног усвојеника. У штампи уставобранитељског доба могу се пронаћи огласи у којима се деца нуде на усвајање. Такве понуде долазиле су најчешће од сиромашних мајки, а узраст деце понуђене на усвајање кретао се од четири месеца до десет година.[36]

Институт хранитељства у доба уставобранитеља прилично је тешко обрадити. Наиме, на њега се односи само један члан СГЗ, а текстови извора тога доба најчешће нису тако прецизно формулисани да би се на основу њих могло децидирано рећи да ли је у конкретном случају реч о хранитељству, усвојењу или простом чувању детета. Ипак, на основу језичке анализе докумената разасутих у разним архивским фондовима и упоређењем описа односа између деце и њихових издржавалаца са прописима о институтима сличним хранитељству, може се закључити да поменути односи не могу бити ништа друго до хранитељство. Архивска грађа говори о начину заснивања хранитељства, категоријама деце која су била код хранитеља, изворима средстава за издржавање деце и трајању хранитељства.

Чланом 144 СГЗ хранитељство је одређено као врста усвојења које није ни потпуно ни непотпуно, а да храњеник има право само на пристојно издржавање и „упутствовање". Права и обавезе хранитеља СГЗ није регулисао. Уредбом донетом 17. јула 1851. било је прописано да се хранитељу детета под старатељством може уступити одређени део имања тог детета, али само на предлог старатеља и уз његове обавезе да мотри да ли хранитељ

---

[33] Обрад Гавриловић, *Ваљевски окружни суд 1815–1865.година*, Београд 1973, 314–315.

[34] Ове две групе деце сврстане су у исто поглавље због тога што је према СГЗ (чл. 144) хранитељство било једна од врста усвојења.

[35] *Законик*, 25; СН 224/1856, 1106; Л. Марковић, 179; М. Кулаузов (2014), 285.

[36] СН 135/1854, 266; СН 59/1855, 254; СН 7/1856, 32; *Шумадинка*, 95/1856, 588; СН 66/1857, 250.

добро испуњава своје дужности и да гарантује да он уступљено имање неће упропастити.[37]

Према речима извора, хранитељство се заснивало фактичким путем – простим узимањем детета под своје, без икаквих правних формалности. Тадија, слуга проте Матеје Ненадовића, за живота се погодио са извесном Станицом да му чува сина Љубомира, а после Тадијине смрти она је дете задржала код себе и издржавала га. Тетка Јање и Јелене Станковић је након смрти своје сестре Катарине одвела децу у своју кућу и старала се о њима још док су власти биле у потрази за хранитељем. У *Српским новинама* за 1857. постоји један оглас у којем се тражи хранитељ за двоје деце сиромашне мајке.[38]

Хранитељима су поверавана деца без једног или оба родитеља. Извесна Дмитра водила је бригу о малом детету већ помињане Јелене, удовице Јована Дамјановића. Са друге стране, хранитеља су имали и двоје деце покојних Ђорђа Црногорца и његове супруге из Ваљева. Било је случајева да су хранитеља имала и деца под старатељством, што се види из горе поменуте уредбе из 1851, али и чињенице да се у једном акту о издржавању детета покојног Ђорђа Николића из Смедерева поред тутора помиње и хранитељка Ана Петрова.[39]

Трошкови издржавања деце код хранитеља подмиривани су из различитих извора. Када се Министарство правде 1847. обратило Савету са предлогом да се Ани Петровој накнада за старање о детету исплати из државне касе, Савет је то одбио и донео уредбу којом је предвиђено да трошкове издржавања сирочади сносе општине. Стилизација те уредбе упућује на закључак да је и пре њеног доношења то падало на терет општина. У изворима се, међутим, и пре и после доношења наведеног правног акта јављају случајеви у којима је држава издвојила новац за издржавање детета код хранитеља. У уредби из 1847. каже се да је општина дужна да издржава сироче тек уколико тога нико неће да се прими, из чега следи да је хранитељ могао да издржава дете и сопственим средствима.[40]

---

[37] *Законик*, 27; М. Кулаузов (2014), 282; *Сборникъ закона' и уредба', и уредбенны' указа' изданы' у Княжеству Србіи* (*Зборник закона*) 6/1853, 37.

[38] Марија Драшкић, „Усвојење и хранитељство – добра традиција Српског грађанског законика", *Српски грађански законик – 170 година* (ур. Милена Полојац, Зоран С. Мирковић, Марко Ђурђевић), Београд 2014, 140; АС, МИД-В, 1843, ф. II, р. 201, Савет кнезу Александру, Београд, 17. мај 1843; АС, ДС, 51/1846, Министарство унутрашњих дела Савету, Београд, 23. јануар 1846; СН 117/1857, 455.

[39] АС, МУД-П, 1844, ф. IV, р. 30, Ваљевско окружно начелство Министарству унутрашњих дела, Ваљево, 3. децембар 1843; АС, ДС, 259/1846, Савет кнезу Александру, Београд, 14. август 1846; АС, ДС, 203/1851, Министарство правде Савету, Београд, 30. март 1851.

[40] *Зборник закона* 4/1847, 32–33; М. Кулаузов (2014), 281.

Потенцијално трајање хранитељства није било једнообразно одређено. Заједничко за све случајеве је да је одређен рок трајања хранитељства, али се он разликује од извора до извора. За горе наведену Станицу одлучено је да буде хранитељ дечаку Љубомиру док га неко не усвоји. Решењем законодавне власти одређено је да Јању и Јелену Станковић тетка издржава до појављивања неког сродника који би над њима преузео бригу. Савет је хтео да се за дете удовице Јелене нађе хранитељ за наредне три године.[41] Најчешће је хранитељство требало да траје до „возраста".[42] Тешко је докучити који је то узраст детета. Префикс *воз-* је славеносербска верзија префикса *уз-* , који испред глагола може да означава „наглашавање почетка радње"[43], што би значило да је „возраст" животно доба када дете почне да одраста и у којем може само да се брине о себи. Томе у прилог иде и налог Савета ваљевском окружном начелству да нађе запослење за петоро деце Ђорђа Црногорца када дођу до „возраста".[44]

5. ДЕЦА ПОД СТАРАТЕЉСТВОМ

Материја старатељства је пре доношења СГЗ била најпотпуније уређена *Настављенијем о пупиларном деловодству* од 30. децембра 1843. Тим правним актом регулисани су постављање старатеља и његове обавезе према старанику, као и управљање пупиларним имањем. Након што је СГЗ донет наставиле су да важе одредбе расписа о питањима која Законик није садржао.[45]

Старатељ се према члану 156 СГЗ поставља деци која су остала без оца. Од смрти оца до постављања старатеља туторске дужности обавезна је да обавља прво мајка, а уколико ње нема, следећи у редоследу у одсуству претходног: задружни старешина, деда и баба са очеве стране, стриц, деда и баба са мајчине стране, ујак, сва остала родбина, према близини сродства

---

[41] АС, МИД-В, 1843, ф. II, р. 201, Савет кнезу Александру, Београд, 17. мај 1843; Кнез Александар Министарствима просвете и финансија, Београд, 16. септембар 1843; АС, ДС, 51/1846, Савет кнезу Александру, Београд, 19. фебруар 1843; Кнез Александар Савету, Београд, 2. март 1846; АС, ДС, 203/1851, Савет кнезу Александру, Београд, 23. мај 1851.

[42] АС, ДС, МУД-П, 1844, ф. IV, р. 30, Ваљевско окружно начелство Министарству унутрашњих дела, Ваљево, 3. децембар 1843; АС, ДС, 35/1844, Савет кнезу, Београд, 15.1.1844; СН, 117/1857, 455.

[43] Ирена Грицкат, „Префиксација као средство граматичке (чисте) перфективизације", *Јужнословенски филолог* 1–2 (1966–1967), 203.

[44] АС, ДС, 35/1844, Савет кнезу Александру, Београд, 15.1.1844.

[45] Ђорђе Петровић, *Речникъ закона', уредба', уредбены прописа' и пр. и пр. изданы у Княжеству Србіи од 1827. до половине 1854. год.*, Београд 1856, 371–380; *Зборник закона* 9/1857, 73.

са дететом, општи старатељ који ће постојати при окружним судовима и примирителни суд (чл. 159 СГЗ). Уколико је отац детета у свом завештању назначио некога за старатеља, он ће бити постављен за тутора. Ако то није случај, суд ће на ту дужност поставити некога од лица поменутих у чл. 159 СГЗ (чл. 160 СГЗ).[46]

Старатељски суд[47] је био у обавези да се са старатељем побрине о томе да се изврши попис стараниковог имања, а након тога се доносила одлука шта ће се од тог имања продати, а шта задржати (чл. 170 СГЗ). Ову одредбу понавља и *Уредба о поступку и руковању са пупиларним новцима и с покретним имањем*, издата 1852, уз додатак да ће од дететовог имања бити продато само оно што не доноси никакав приход.[48] Извори указују на то да се приликом примене ових прописа наилазило на озбиљне тешкоће.

Међу чланцима из броја 39 *Српских новина* налази се један у којем пише да народ, ако мајка детета обећа да се неће поново удавати[49], скрива пупиларна имања од пописа. Министарство правде је у децембру 1851. обавестило Министарство унутрашњих дела да сресни начелници у Шабачком округу пописе пупиларних имања спроводе тек после три или четири месеца, а понекад чак и две или три године након смрти стараниковог оца, а има и случајева да се попис сачини тек пошто је имање сасвим упропашћено. Ужички окружни суд известио је 1846. Министарство правде о лошем обичају народа свог округа да из имања стараника прави толико неумерене трошкове за дађе и парастосе да се пупиларна маса до одлуке о њеној даљој судбини преполови или чак сасвим исцрпи. Овај проблем очигледно је сматран за врло озбиљан, јер се поводом њега законодавна власт огласила одлуком да се народ посаветује да убудуће из пупиларних имања мање троши у горњу сврху. Министарство правде је с тим у вези судовима 4. новембра 1846. издало распис да на тај проблем посебно опомену старатеље.[50]

Имањем задржаним за стараника био је дужан да управља старатељ, који је у обављању те дужности био подвргнут надзору суда (чл. 172 СГЗ). Велике обавезе судова око пупиларних имања ишле су на уштрб њихове ефикасности у решавању других предмета. Тражећи излаз из те ситуације, Министарство правде разматрало је 1858. следећа решења: 1) да се, по узору на друге земље, у Србији уведе породични савет задужен да води бригу о

[46] *Законик*, 29–30.

[47] За питања старатељства били су надлежни окружни судови.

[48] *Законик*, 32; *Зборник закона* 6/1853, 147.

[49] Разлог поменутог обећања може се видети у истом том чланку. Његов аутор, наиме, скреће пажњу да очуси стараниковим имањем управљају тако да га сасвим потроше. СН, 39/1851, 152.

[50] *Зборник закона* 3/1847, 145–146; СН, 39/1851, 152; АС, МУД-П, ф. XV, р. 106, Министарство правде Министарству унутрашњих дела, децембра (sic!) 1851; Ђ. Петровић, 382.

стараницима и њиховом имању; 2) да се старање о пупилама повери општинама; 3) да се у сваком срезу или округу уведу посебни органи надлежни за старанике. Све те идеје одбачене су као неизводиве. Министарство правде и петочлана комисија саставили су нацрт закона о „управитељству пупилског имања", телу које би надзирало старатељево руковање имањем стараника. Комисија за преглед тог пројекта заузела је став да би постојање само једне такве установе судовима било од врло мале помоћи, па је сугерисала да се ипак уведу окружне пупиларне управе. Међутим, *Устројеније окружни пупилски старателства*, чији пројекат је комисија израдила, донето је тек после пада уставобранитеља, 31. децембра 1858.[51]

СГЗ је старатељу и суду ставио у дужност да настоје да се капитал стараника увећа давањем његовог новца на каматни зајам (чл. 169 и 172). У писму Министарства правде Савету од 17. марта 1856. износи се податак да су многе пупиларне новчане масе неискоришћене. Питање је да ли се за то могу окривити старатељи и судови; треба имати у виду да је Министарство правде 1852. неискоришћеност неких пупиларних маса објаснило тиме што је камата на зајам из њих 10%, док се новац из државне касе издаје уз камату од 6%.[52]

Према члану 5 *Настављенија о пупиларном деловодству*, продаје пупиларних имања требало је обављати на лицитацији. Један случај из праксе Апелационог суда I одељења навео је почетком 1856. Министарство правде да Савету предложи измену тог прописа, према којој би било дозвољено да се ствари стараника продају и мимо лицитације, али једино уколико би се тим путем за њих могло добити најмање за трећину више од њене процењене вредности. Савет и кнез Александар одбили су предложену измену, уз образложење да лицитација пружа највећу гаранцију да неће бити злоупотреба са имањем стараника.[53]

Судећи по неким изворима, законодавна власт није била у праву. Министарство правде јавило је у децембру 1851. Министарству унутрашњих дела да се у Шабачком округу продаје пупиларних имања врше тек два, три, шест или девет месеци после пописа имања, да се ствари које се продају на добош дају на вересију и да сресни начелници ради уштеде трошкова често одсуствују са лицитација, што има за последицу да се продаја имања обави

[51] *Законик*, 32; Зборник *закона* 11/1858, 172–194; АС, ДС, 687/1858, Министарство правде Савету, Београд, 21. јул 1858; Нацрт закона о управитељству пупилског имања; Комисија за преглед нацрта управитељства пупилског имања Савету, Београд, 17. септембар 1858; Ивана Крстић Мистрицеловић, „Закон о старатељству из 1872. године – једна епизода декодификовања Српског грађанског законика", *Српски грађански законик – 170 година* (ур. Милена Полојац, Зоран С. Мирковић, Марко Ђурђевић), Београд 2014, 422.

[52] АС, ДС, 476/1852, Министарство правде Савету, Београд, 16. април 1852; АС, ДС, 224/1856, Министарство правде Савету, Београд, 17. март 1856.

[53] Ђ. Петровић, 373; *Зборник закона* 9/1857, 73–74.

по много нижој цени него у њиховом присуству. Посланици Подринског округа жалили су се на Светоандрејској скупштини да се продаје ствари стараника извршавају по ниским ценама и да новци добијени на тим продајама наредних неколико месеци остану у рукама среских начелника.[54]

Старатељ има право на награду за обављање старатељске дужности (чл. 178 СГЗ). У уводу *Уредбе о поступку и руковању са пупиларним новцима и с покретним имањем* стоји да је стари обичај код Срба да се неко прихвати старатељства без икаквог интереса. Да ли се народ у време доношења Уредбе држао тог обичаја, остаје да се провери у даљим истраживањима.[55]

6. ЗАКЉУЧАК

На брачну и усвојену децу у доба уставобранитеља односио се само један правни акт, а на ванбрачну децу и пупиле више њих. У тој чињеници вероватно се огледа став законодавца да су деца његова брига само ако су угрожена. У супротном, њима треба да се баве родитељи и држава се у њихов однос не меша. Уосталом, у претходним поглављима може се уочити да акти државних органа пружају сазнања о угроженим категоријама деце, а не о брачној. О њиховом животу више се дознаје из пера појединаца разних струка који су га пратили.

Раскорак између нормативног и фактичког – универзална појава у свету права –откривен је и у примени уставобранитељског законодавства о деци. Када је реч о брачној деци, за то су криви њихови родитељи. Што се пак тиче ванбрачне деце и пупила, одговорност за то у првом реду сносе државни органи. Колики је степен кривице родитеља и државних органа, односно колики је тачно јаз између норми и стварности, не може се казати. То је на будућим истраживачима да утврде; писци овог дела надају се да су им за то дали смернице и подстрек.

[54] АС, МУД-П, 1851, ф. XV, р. 106, Министарство унутрашњих дела Министарству правде, децембар 1851; А. Раденић, 71.

[55] *Законик*, 33–34; *Зборник* 6/1853, 147.

Gordana M. Drakić, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
G.Drakic@pf.uns.ac.rs

Maša M. Kulauzov, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
M.Kulauzov@pf.uns.ac.rs

Uroš N. Stanković, Assistant with Ph.D.
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
U.Stankovic@pf.uns.ac.rs

Children in the Principality of Serbia during the Reign of the Defenders of the Constitution – Legislation and Small Images of Reality

Abstract: *The article treats several provisions of family law regulations introduced during the rule of defenders of the constitution regarding parental law, adoption, foster care and guardianship and their application in practice. The position of children born in and out of wedlock, adopted children and children under guardianship are analysed separately. The authors tend to determine whether there is a gap between the letter of the law and reality.*

The answer to that question is positive. Concerning marital children, such practice was due to the behaviour of their parents. However, authorities bear the responsibility for misapplication of laws in respect of non-marital children and children under guardianship. The exact extent of divergence between regulations and reality is yet to be determined.

Keywords: *children, history of family law in Serbia, Serbian Civil Code, parental law, adoption, guardianship, foster care.*

Датум пријема рада: 20.09.2018.

Оригинални научни рад 347.426.6:[504.61:341.221.1
doi:10.5937/zrpfns52-18859

Др Сандра С. Фишер Шобот, ванредни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.FiserSobot@pf.uns.ac.rs

Др Владимир Ж. Марјански, ванредни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
V.Marjanski@pf.uns.ac.rs

Др Зоран В. Арсић, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
Z.Arsic@pf.uns.ac.rs

Др Драго Љ. Дивљак, редовни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
D.Divljak@pf.uns.ac.rs

ПРОТОКОЛ О ГРАЂАНСКОПРАВНОЈ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ШТЕТУ И НАКНАДИ ШТЕТЕ УЗРОКОВАНЕ ПРЕКОГРАНИЧНИМ ЕФЕКТИМА ИНДУСТРИЈСКИХ УДЕСА НА ПРЕКОГРАНИЧНИМ ВОДАМА[1]

Сажетак: *Протокол о грађанскоправној одговорности за штету и накнади штете узроковане прекограничним ефектима индустријских удеса на прекограничним водама (Протокол) је усвојен 2003. године у оквиру Економске комисије Уједињених нација за Европу. Основни циљ Протокола је да омогући појединцима који су претрпели штету услед прекограничних*

[1] Рад је настао као резултат истраживања на пројекту *Биомедицина, заштита животне средине и право* (бр. 179079) који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

дејсшава индусшријског удеса на међународним водама да осшваре адекваш-ну и брзу накнаду шшеше. Према Прошоколу за шшешу је одговоран опера-шер који обавља опасну акшивносш. Операш ер ће биши одговоран за удесе у инсшалацији, укључујући и бране, као и за удесе за време шранспорша на месшу опасне акшивносши или за време off-site шранспорша у цевоводима. Појам шшеше је широко посшављен шако да обухваша смрш или шелесну повреду, губишак или шшешу на имовини, изгубљену добиш, трошкове пред-узимања мера поновног успосшављања и мера одговора. Прошокол предвиђа да операш ер одговара по принципу објекшивне одговорносши. Међушим, он може да се ослободи од одговорносши уколико докаже посшојање неког од основа за ослобођење од одговорносши. Одговорносш операш ера је лими-ширана у зависносши од сшепена опасносши његове акшивносши. Операш ер је дужан да обезбеди финансијско обезбеђење до одређеног износа.

***Кључне речи**: заштита животне средине, индустријски удес, прекогранични ефекти, оператер, грађанскоправна одговорност за штету, накнада штете.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Економска комисија Уједињених нација за Европу (енг. *United Nations Economic Commision for Europe,* даље у тексту: UNECE) је основана непосредно после Другог светског рата,[2] а представља тело у оквиру којег су вођени преговори и усвојене међународне конвенције, чији је основни циљ превазилажење проблема који настају услед догађаја који имају прекогранично дејство.

UNECE је дала немерљив допринос развоју политике заштите животне средине и унапређењу одрживог развоја у државама чланицама. У оквиру UNECE основан је Комитет за политику заштите животне средине[3] (енг. *UNECE Commitee on Environmental Policy*, даље у тексту: CEP) чији су основни задаци пружање подршке државама ради унапређења њихове прекограничне сарадње у области заштите животне средине, као и свеобухватнија имплементација UNECE регионалних обавеза у вези са заштитом животне средине и напредак одрживог развоја у региону.

У области заштите животне средине под покровитељством UNECE израђено је и усвојено пет међународних конвенција: *Конвенција о преко-*

[2] Вид. Сандра Фишер Шобот, „Конвенција о прекограничним ефектима индустријских удеса – приказ и анализа“, *Правна ријеч*, 37/2013, 98.

[3] UNECE Комитет за политику заштите животне средине (даље у фуснотама: CEP) је основан 1994. године. О саставу, начину рада и активностима CEP видети више на *https://www.unece.org/environmental-policy/committee-on-environmental-policy/about-the-committee-on-environmental-policy.html* (датум приступа: 20.06.2018.).

граничном загађивању ваздуха на великим удаљеностима,[4] *Конвенција о процени утицаја на животну средину у прекограничном контексту*[5] (даље у тексту: Еспо конвенција), *Конвенција о заштити и употреби прекограничних водотока и међународних језера*[6] (даље у тексту: Конвенција о водама), *Конвенција о прекограничним ефектима индустријских удеса*[7] и *Конвенција о доступности информација, учешћу јавности у одлучивању и доступности правосуђа у вези са питањима која се тичу животне средине*[8]. Све наведене конвенције су ступиле на снагу и допринеле су унификацији правила у области заштите животне средине. Оне су нарочито значајне за Европску унију, али и за Европу у целини и представљају основ за регионалну сарадњу у области заштите животне средине.[9]

---

[4] Конвенција о прекограничном загађивању ваздуха на великим удаљеностима је донета 1979. године, а ступила је на снагу 1983. године. Република Србија је 1986. године ратификовала конвенцију – Закон о ратификацији Конвенције о прекограничном загађивању ваздуха на великим удаљеностима (*Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, број 11/86). Поред тога, Република Србија је ратификовала и *Протокол уз Конвенцију о прекограничном загађивању ваздуха на велике даљине о дугорочном финансирању Програма сарадње за праћење и процену прекограничног преноса загађујућих материја у ваздуху на велике даљине у Европи (ЕМЕР)* – Закон о ратификацији Протокола уз Конвенцију о прекограничном загађивању ваздуха на велике даљине о дугорочном финансирању Програма сарадње за праћење и процену прекограничног преноса загађујућих материја у ваздуху на велике даљине у Европи (ЕМЕР), *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, број 2/87.

[5] Конвенција о процени утицаја на животну средину у прекограничном контексту је усвојена 1991. године у Еспоу у Финској, а ступила је на снагу 1997. године. Република Србија је Еспо конвенцију потврдила 2007. године Законом о потврђивању Конвенције о процени утицаја на животну средину у прекограничном контексту (*Службени гласник РС – Међународни уговори*, број 102/07).

[6] Конвенција о заштити и употреби прекограничних водотокова и међународних језера (даље у фуснотама: Конвенција о водама) је усвојена у Хелсинкију 1992. године, а ступила је на снагу 19. априла 2000. године. Србија је 5. маја 2010. године донела Закон о потврђивању Конвенције о заштити и употреби прекограничних водотокова и међународних језера и амандмана на чл. 25 и 26 Конвенције о заштити и употреби прекограничних водотокова и међународних језера, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, број 01/10.

[7] Конвенција о прекограничним ефектима индустријских удеса је усвојена 1992. године на заседању UNECE одржаном у Хелсинкију, а ступила је на снагу 2002. године. У Републици Србији је 29. маја 2009. године донет Закон о потврђивању Конвенције о прекограничним ефектима индустријских удеса, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, број 42/2009.

[8] Конвенција о доступности информација, учешћу јавности у одлучивању и доступности правосуђа у вези са питањима која се тичу животне средине је усвојена у Архусу (Данска) 1998. године, а ступила је на снагу 2001. године. Република Србија је 2009. године ратификовала Архуску конвенцију (Закон о ратификацији Конвенције о доступности информација, учешћу јавности у одлучивању и доступности правосуђа у вези са питањима која се тичу животне средине, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, број 38/09).

[9] С. Фишер Шобот, 99.

Уз сваку од наведених конвенција донети су и одговарајући протоколи. Управо и предмет разматрања у овом раду је *Протокол о грађанскоправној одговорности за штету и накнади штете узроковане прекограничним ефектима индустријских удеса на прекограничним водама*[10] (даље у тексту: Протокол, Кијевски протокол). У раду ће бити приказана и анализирана материјалноправна правила којима је регулисана одговорност за штету и накнада штете настале као последица прекограничних ефеката индустријских удеса на прекограничним водама.

2. ПРОТОКОЛ О ГРАЂАНСКОПРАВНОЈ ОДГОВОРНОСТИ ЗА ШТЕТУ И НАКНАДИ ШТЕТЕ УЗРОКОВАНЕ ПРЕКОГРАНИЧНИМ ЕФЕКТИМА ИНДУСТРИЈСКИХ УДЕСА НА ПРЕКОГРАНИЧНИМ ВОДАМА

Непосредни повод за одлуку о формирању радне групе и доношење Протокола био је индустријски удес у руднику *Baia Mare* у Румунији у јануару 2000. године. Услед пуцања бране у руднику, 100.000 тона отпадних вода загађених цијанидом и другим токсичним супстанцама излиле су се у реку Лапус, а отуда и у реке Тису и Дунав. Индустријски удес у *Baia Mare* је имао значајне прекограничне ефекте, јер су наведене реке загађене и девастиране у великој мери, а производња рибе у Србији и Мађарској је уништена.[11] Анализе извршене после овог удеса показале су да и поред постојања међународних инструмената о одговорности за штету[12] није постојао адекватан извор права којим би била регулисана ситуација која се догодила у Румунији.

---

[10] *Protocol On Civil Liability And Compensation For Damage Caused By The Transboundary Effects Of Industrial Accidents On Transboundary Waters To The 1992 Convention On The Protection And Use Of Transboundary Watercourses And International Lakes And To The 1992 Convention On The Transboundary Effects Of Industrial Accidents.* Текст Протокола је доступан на *http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/civil-liability/documents/ protocol_e.pdf.*

[11] Вид. Cedric Lucas, „The Baia Mare and Baia Borsa Accidents: Cases of Severe Transboundary Water Pollution“, *Environmental Policy and Law,* 33/2, 2001, 106. Phani Dascalopoulou-Livada, Alexandros Kolliopoulos, “The 2003 Kiev Protocol on Civil Liability and Compensation for Damage Caused by the Transboundary Effects of Industrial Accidents on Transboundary Waters” у: Attila Tanzi, Owen McIntyre, Alexandros Kolliopoulos, Alistar Rieu-Clarke, Remy Kinna (eds.), *The UNECE Convention on the Protection and Use of Transboudary Watercourses and International Lakes*, Brill NV, Leiden 2015, 330 и фус. 2.

[12] Вид. више код Alexandre Kiss, Dinah Shelton, „Strict Liability in International Environmental Law“ у: Tafsir Malick Ndiaye, Rüdiger Wolfrum (eds), *Law of the Sea, Environmental Law And Settlement of Disputes: Liber Amicorum Judge Thomas A.Mensah,* Washington 2007, 1131-1150 доступно на *http://ssrn.com/abstract=1010478.*

Одлука о отпочињању преговора за доношење Кијевског протокола донета је на заједничкој седници држава Уговорница Конвенције о водама и Конвенције о прекограничним ефектима индустријских удеса одржаној у јулу 2001. године у Женеви. Наведена одлука није усвојена лако. Неке од држава чланица UNECE су истицале да постојање посебног протокола није потребно јер у овој области постоји *Конвенција о грађанскоправној одговорности за штету насталу услед активности опасних за животну средину*[13] (даље у тексту: Лугано конвенција), која је усвојена у оквиру Савета Европе 1993. године. Међутим, Лугано конвенција до данас није ступила на снагу.[14] У теорији се истиче да разлоге неуспеха Лугано конвенције треба, пре свега, тражити у њеном прешироко постављеном пољу примене, јер се односи на све врсте загађења из било ког извора.[15] Управо због наведеног, одлучено је да поље примене будућег протокола треба да буде прецизно одређено.

Свој први састанак радна група за израду Протокола одржала је у новембру 2001. године у Женеви. У релативно кратком периоду, после петнаест месеци преговора, радна група је у фебруару 2003. године израдила Нацрт Протокола, а коначан текст је усвојен 21. маја 2003. године. Протокол су потписале 22 државе на петој Министарској конференцији „Животна средина за Европу“ (енг. *Environment for Europe*) одржаној у Кијеву.[16] Накнадно су то учиниле Аустрија и Пољска.[17] Република Србија није потписала Протокол.

Оно што Протокол чини јединственим је чињеница да представља заједнички инструмент за Конвенцију о водама и Конвенцију о прекограничним ефектима индустријских удеса, те могу да га ратификују државе уговорнице једне или обе наведене конвенције. Поред тога, после ступања

---

[13] Текст Конвенције о грађанскоправној одговорности за штету насталу услед активности опасних за животну средину (даље у фуснотама: Лугано конвенције) доступан је на *https://rm.coe.int/168007c079.* Детаљно о Лугано конвенцији видети код Зоран Арсић, „Конвенција о грађанској одговорности за штете настале услед делатности опасних по животну средину“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду (Зборник радова ПФНС),* 1/2014, 91-102.

[14] Лугано конвенцију је потписало 9 земаља, а ниједна је није ратификовала. За ступање на снагу је према чл. 33(3) потребно да буде ратификована од стране три државе Вид. више на *https://www.coe.int/en/web/ conventions/full-list/-/conventions/treaty/150/signatures?desktop =true.* У теорији вид. више Magdalena Bar, *UN ECE Protocol on Civil Liability and Compensation for Damage Caused by the Transboundary Effects of Industrial Accidents on Transboundary Waters – Commentary*, Wroclaw 2003, 6.

[15] Вид. P. Dascalopoulou-Livada, A. Kolliopoulos, 331.

[16] Касније у току 2003. године Протокол су потписале још две државе. Вид. *https://www.unece.org/env/civil-liability/welcome.html* (датум приступа 21.06.2018.).

[17] Вид. *http://www.unece.org/fileadmin//DAM////// env/civil-liability/status_cl.html* (датум приступа 21.06.2018.).

на снагу може да му приступи и свака друга држава чланица Организације УН, уз одобрење држава уговорница Протокола.[18] У чл. 29(1) Протокола предвиђено је да ће ступити на снагу 90. дана након што буде ратификован од стране 16. државе. До данас га је ратификовала само Мађарска.[19] Званични језици Протокола су енглески, француски и руски.[20]

Протокол се састоји од 33 члана и 3 анекса[21]. Норме садржане у Протоколу могу да се поделе у 4 дела. Општи део чине одредбе којима је регулисан циљ Протокола, којима су дефинисани основни појмови и одређено поље примене. У материјалноправном делу садржана су правила о одговорности за штету и правила о накнади штете, а у процесноправном делу норме које, између осталог, регулишу надлежност судова и арбитража, процесне радње које се могу предузимати, однос између националног права и Протокола, однос са ЕУ, признање и извршење одлука итд. Коначно, у завршним одредбама налазе су норме којима су установљена правила за измену Протокола, решавање спорова између држава Уговорница у вези са тумачењем Протокола, потписивање Протокола, ратификација, прихватање и приступање Протоколу, ступање на снагу, резерве итд.

Основни циљ Протокола је стварање свеобухватног правног оквира за грађанскоправну одговорност и за адекватну и брзу накнаду штете узроковане прекограничним ефектима индустријских удеса на прекограничним водама.[22] Према томе, Протокол треба да омогући лицима која су претрпела штету услед индустријског удеса на прекограничним водама да захтевају накнаду штете од лица одговорних у складу са Протоколом, као и да накнада штете буде брза и одговарајућа. Адекватна, односно одговарајућа накнада штете је она која је пропорционална претрпљеној штети.[23]

2.1. Поље примене Протокола

Протокол се примењује на штету узроковану прекограничним ефектима индустријског удеса на прекограничним водама.[24] Дакле, за примену Протокола потребно је да се испуне следећи кумулативни услови. Прво, треба да наступи штета. Друго, штета мора бити узрокована прекограничним

[18] Чл. 28(3) Протокола.

[19] Мађарска је Протокол ратификовала 25.06.2004. године. Вид. *http://www.unece.org/fileadmin//DAM////// env/civil-liability/status_cl.html* (датум приступа 21.06.2018.).

[20] Чл. 33 Протокола.

[21] Анекс 1 – Опасне супстанце и граничне вредности потребне за дефинисање опасних активности; Анекс 2 – Ограничења одговорности и минимална ограничења финансијског обезбеђења и Анекс 3 – Арбитража.

[22] Чл. 1 Протокола.

[23] Вид. M. Bar, 9.

[24] Чл. 3(1) Протокола.

ефектима индустријског удеса што значи да штета услед индустријског удеса треба да наступи истовремено у више држава уговорница. И последње, Протоколом је регулисана одговорност за штету и накнада штете која је настала искључиво на прекограничним водама. Притом, Протокол се примењује само на штету претрпљену у држави уговорници различитој од државе уговорнице у којој се удес догодио.[25] Према томе, уколико услед индустријског удеса штета настане у две државе А и Б, а удес се догодио у држави А, право накнаду штете у складу са Протоколом имају лица која су из државе Б. С друге стране, лица из државе А накнаду штете могу да остваре у складу са домаћим прописима.

Протоколом је регулисана грађанскоправна одговорност за штету која настане услед индустријског удеса и накнада те штете. Међутим, Протокол ни на који начин не утиче на права и обавезе држава Уговорница према правилима међународног права у погледу међународне одговорности држава.[26]

2.2. Афирмација принципа „загађивач плаћа“ (*polluter pays principle*)

Принцип загађивач плаћа је један од општих принципа међународног права заштите животне средине,[27] а представља механизам за интернализацију трошкова контроле загађења животне средине. Основна идеја је да загађивач треба да сноси трошкове загађења, односно трошкове еколошке штете и чишћења територије.

Кијевски протокол доноси одређене новине у области грађанскоправне одговорности за еколошке штете. У њему је принцип загађивач плаћа добио ново значење. Наиме, према Преамбули Протокола принцип „загађивач плаћа“ представља општи принцип међународног права заштите животне

[25] Чл. 3(2) Протокола.

[26] Чл. 12 Протокола.

[27] О принципу „загађивач плаћа“ вид. више Robert V. Percival, „Liability for Environmental Harm and Emerging Global Environmental Law“, *Maryland Journal of International Law*, 37/2010, 38; Бојан Тубић, „Правна начела у области заштите животне средине у Европској унији“, *Зборник радова ПФНС*, 1/2012, 503-505.

У пракси, међутим, постоје мишљења да принцип „загађивач плаћа“ не представља део општег међународног права. Такав став је изражен у арбитражној одлуци донетој у спору између Француске и Холандије. Наиме, арбитражни трибунал је истакао да принцип загађивач плаћа није део општег међународног права. Permanent Court of Arbitration, *The Auditing of Accounts between the Kingdom of the Netherlands and the French Republic pursuant to the Additional Protocol of 25 September 1991 to the Convention on the Protection of the Rhine Against Pollution by Chlorides of 3 December 1976, Netherlands v. France, Award* (PCA, Mar. 12, 2004), пара. 103 доступно на *http://www.worldcourts.com/pca/eng/decisions/2004.03.12_Netherlands_v_France.pdf* (датум приступа: 30.08.2018.). Вид. P. Dascalopoulou-Livada, A. Kolliopoulos, 336 и фус. 23.

средине, што су прихватиле и државе Уговорнице Конвенције о водама и Конвенције о прекограничним ефектима индустријских удеса.[28] Наведена формулација не само да признаје значај овог принципа у спречавању штете и њеном смањењу,[29] него га одређује као општи принцип и на тај начин показује *opinio iuris* држава потписница Протокола о развоју овог принципа, барем на нивоу UNECE, од регулаторног инструмента чији је циљ био интернализација еколошких трошкова до општеприхваћеног правила међународног права.[30]

2.3. Оператер

У чл. 2 Протокола дефинисани су основни појмови. За штету проузроковану индустријским удесом на прекограничним водама одговара оператер. Протокол појмовно не одређује појам оператера, али у чл. 2(1) предвиђено је да се дефиниције и појмови из Конвенције о водама и Конвенције о прекограничним ефектима индустријских удеса примењују и на Протокол, уколико самим Проколом изричито није предвиђено нешто друго. Дефиницију појма оператера налазимо у чл. 1(е) Конвенције о прекограничним ефектима индустријских удеса. Оператером се сматра било које физичко или правно лице, укључујући органе јавне власти, задужено за, на пример, надгледање, планирање спровођења или спровођење активности.

2.4. Штета

Појам штете је централни појам, јер је њиме опредељен домашај Протокола. Наиме, успех лица које поднесе тужбу за накнаду штете зависи од тога да ли одређени губитак представља штету у смислу чл. 2(2)(д) Протокола. Под појмом штета подразумева се следеће: (i) смрт или телесна повреда; (ii) губитак или штета на имовини која се разликује од имовине лица које је одговорно у складу са Протоколом; (iii) изгубљена добит која проистиче директно из погоршања правно заштићеног интереса за било коју употребу прекограничних вода за економске сврхе, настала као последица погоршања прекограничних вода, узимајући у обзир уштеде и трошкове; (iv) трошак за предузимање мера за поновно успостављање оштећених прекограничних вода, ограничено на трошкове за мере које су стварно предузете или ће бити предузете; (v) трошак предузетих мера као одговор на индустријски удес,

[28] Вид. трећи параграф Преамбуле Протокола.

[29] Принцип загађивач плаћа признат је у чл. 2(5)(б) Конвенције о водама. Наведена норма предвиђа да ће се приликом предузимања мера из ст. 1. и 2. овог члана, Стране руководити начелом загађивач плаћа, према коме трошкове мера за спречавање, контролу и смањење загађивања сноси загађивач.

[30] Тако P. Dascalopoulou-Livada, A. Kolliopoulos, 336.

укључујући сваки губитак или штету узроковану тим мерама, у мери у којој је штета узрокована прекограничним ефектима индустријског удеса на прекограничним водама.[31]

Појам штете чија накнада може да се захтева је одређен широко тако да обухвата не само стварну штету и изгубљену добит, него и накнаду трошкова мера предузетих као одговор на индустријски удес и у циљу отклањања његових последица. Као што видимо из чл. 2(2)(д)(iii) Протокола штета обухвата и изгубљену добит која настане директно из погоршања правно заштићеног интереса за било коју употребу прекограничних вода за економске сврхе, настала као последица погоршања прекограничних вода, узимајући у обзир уштеде и трошкове. Према томе, накнада економских губитака односи се не само на губитке који настају из штете на имовини, него на сваки губитак који произлази из права на коришћење прекограничних вода нпр. дозвола за пецање у тим водама.[32] И последње, у одређеној мери, Протокол омогућава и накнаду тзв. еколошких штета[33] у облику накнаде трошкова предузимања мера одговора на индустријски удес, као и трошкова поновног успостављања погоршаних прекограничних вода. Протокол дефинише шта се подразумева под појмовима мере поновног успостављања и мере одговора. Појам мере поновног успостављања (енг. *measures of reinstatement*) означава све разумне мере предузете са циљем поновног успостављања или враћања оштећених или уништених компонената прекограничних вода у стање које би постојало да се индустријски удес није догодио, или када то није могуће, да се уведу, када је то прикладно, еквиваленти тих компонената у прекограничне воде.[34] Појам поновног успостављања је постављен веома широко. Прво, он обухвата обнављање прекограничних вода у ужем смислу, односно стварање услова који би постојали да се удес није догодио. Друго, мере поновног успостављања чине и мере замене, којима се у прекограничне воде уводе еквиваленти оштећених компонената. Мере одговора (енг. *response measures*) представљају сваку разумну меру коју је после индустријског удеса предузело било које лице, укључујући и јавне власти, у циљу спречавања или смањења могућег губитка или штете или да би организовало чишћење животне средине.[35] У вези са накнадом еколошких штета, односно накнадом трошкова предузимања мера одговора и мера поновног успостављања треба имати на уму следеће. Прво, трошкови предузимања мера одговора и трошкови поновног успостављања погоршаних

[31] Чл. 2(2)(д) Протокола.

[32] Вид. P. Dascalopoulou-Livada, A. Kolliopoulos, 341. Вид. више M. Bar, 12.

[33] Вид. Eckard Rehbinder, „Transboundary Water Pollution – New Liability Protocol“, *Environmental Policy and Law,* 33/5, 2003, 187; M. Bar, 11.

[34] Чл. 2(2)(г) Протокола.

[35] Чл. 2(2)(х) Протокола.

прекограничних вода представљају штету у смислу чл. 2(2)(г) и (х) Протокола само уколико их је сносило лице које је претрпело штету. И друго, накнада штете у случају предузимања мера поновног успостављања и мера одговора могућа је под условом да су наведене мере разумне. То би значило да према Протоколу не би били накнадиви трошкови који су непропорционални еколошким користима.[36]

2.5. Индустријски удес

Појам индустријски удес повезан је са појмом опасне активности. Наиме, индустријским удесом сматра се догађај који је настао као последица неконтролисаног догађаја у току опасне активности: (i) у инсталацији, укључујући и посебне бране (*tailling dams*), на пример за време производње, употребе, складиштења, руковања или одлагања; (ii) за време транспорта на месту опасне активности; или (iii) за време *off-site* транспорта у цевоводима.[37] Појам индустријског удеса у Протоколу је свој узор имао у чл. 1(1)(а) Конвенције о прекограничним ефектима индустријских удеса. Међутим, од њега се разликује јер прецизније одређује место на коме може да настане индустријски удес. Прво, док се у конвенцији предвиђа да неконтролисани догађај може да настане у инсталацији или за време транспорта, дотле Протокол одређује да појам инсталације укључује и посебне бране (*tailling dams*) које се изграђују у близини рудника са циљем да задрже отпадне воде. Разлог изричитог навођења ових брана као места на којима може да настане неконтролисани догађај је тај што су неки од највећих индустријских удеса настали управо изливањем отпадних вода из рудника (нпр. рудник *Baia Mare* у Румунији). Друго, Протокол изричито наводи да индустријски удес може да настане и за време транспорта у цевоводима што је једна врста *off-site* транспорта. Интересантно је да Протокол изричито регулише транспорт у цевоводима као потенцијално место индустријског удеса, а не наводи неке друге врсте *off-site* транспорта.[38]

Коначно, опасном се сматра свака активност у којој је присутна или може бити присутна једна или више опасних материја у количинама истим или већим од прагова прописаних у Анексу I Протокола и која је подобна да узрокује прекограничне ефекте на прекограничним водама и у употреби тих вода у случају индустријског удеса.[39] Из наведене формулације произлази да се опасном сматра само активност која испуњава два кумулативна услова – први, да су у датој активности у одређеним количинама присутне

[36] E. Rehbinder, 187.
[37] Вид. чл. 2(2)(е) Протокола.
[38] Детаљно о настанку наведеног правила вид. код M. Bar, 13 и фус. 23.
[39] Вид. чл. 2(2)(ф) Протокола.

једна или више опасних материја и други, да је активност таква да је подобна да узрокује прекограничне ефекте на прекограничним водама. Насупрот томе, активност која због присуства опасних материја представља опасност за животну средину, али не може да узрокује прекограничне ефекте на прекограничним водама, не сматра се опасном активношћу у смислу чл. 2(2)(ф) Протокола.

2.6. Одговорност за штету

За штету насталу на прекограничним водама услед индустријског удеса са прекограничним дејством одговара оператер према правилима објективне одговорности. Оператер је одговоран јер управо он може и треба да контролише вршење опасне активности, а такође може и да спречи удес. У чл. 4(1) Протокола, који носи назив „Објективна одговорност“ (енг. *strict liability*) предвиђено је да оператер одговара за штету узроковану индустријским удесом. Из наведене одредбе јасно је да одговорност оператера наступа независно од његове кривице. Објективна одговорност приморава оператера да води рачуна о степену пажње са којим поступа и о природи и степену опасне активности, чиме се стварају додатни подстицаји за добро корпоративно управљање у области заштите животне средине, барем у погледу опасних активности.[40] Објективна одговорност је у области заштите животне средине постала правило,[41] а разлог је тај што онај ко остварује профит вршењем потенцијално опасних активности треба да одговара за штету која је настала као последица тих активности. Наведеним решењем се додатно потврђује принцип „загађивач плаћа“ и остварује интернализација трошкова.[42]

Одговорност оператера за штету наступа ако се испуне три претпоставке. Прво, потребно је да настане штета, која мора бити конкретна и одредива. Код накнаде еколошких штета може да буде спорно питање квантификовања настале штете. Наиме, питање квантификовања штете је нарочито контроверзно у погледу вредности природних добара која не могу у потпуности да се обнове или замене после наступања загађења.[43] Друго, штета треба да буде узрокована индустријским удесом, односно између индустријског удеса и настале штете мора постојати узрочна веза. И последње, не смеју да

[40] Вид. више *Liability for Environmental Damage in Eastern Europe, Caucasus and Central Asia (EECCA): Implementation of Good International Practices*, 14; A. Kiss, D. Shelton, 1140-1150.

[41] Вид. Lucas Bergkamp, *Liability and Environment Private and Public Law Aspects of Civil Liability for Environmental Harm in an International Context*, Brussels 2001, 4 доступно на *http://papers.ssrn.com/paper.taf? abstract_id=266365*; З. Арсић, 97.

[42] Вид. L. Bergkamp, 5.

[43] *Liability for Environmental Damage in Eastern Europe, Caucasus and Central Asia (EECCA): Implementation of Good International Practices*, EAP Task Force Report, OECD 2012, 18.

постоје основи за ослобођење од одговорности. Оператер неће одговарати за насталу штету, ако докаже да је, упркос предузетим одговарајућим сигурносним мерама, штета настала: (а) као последица оружаног сукоба, непријатељства, грађанског рата или побуне; (б) као последица природног догађаја који је изузетан, који се није могао избећи, предвидети или савладати; (ц) у потпуности последица поступања у складу са обавезном мером јавне власти државе Уговорнице у којој се индустријски удео догодио, или (д) у целини последица противправног намерног поступања трећег лица.[44] Правила о ослобођењу од одговорности су уско постављена и представљају конкретизацију уобичајене клаузуле о вишој сили.[45] Очигледно је да Протокол не користи термин „виша сила“ (*force majeure*), иако основи наведени у тачкама а) и б) представљају догађаје који су спољашњи, непредвидиви и несавладиви. Постоје схватања у теорији и ставови у судској пракси да се и мере државне власти, под одређеним условима, могу сматрати вишом силом.[46] С друге стране, последњи основ за ослобођење представља намерно противправно поступање трећег лица. У овом случају оператер може да се ослободи од одговорности под условом да је штета у целини настала услед поступања трећег лица. Терет доказивања постојања наведених околности сноси оператер.

Ако су у складу са чл. 4 Протокола за штету насталу услед индустријског удеса одговорна два или више оператера, оштећени може да захтева накнаду од сваког оператера појединачно или од свих заједно. Према томе, оператери оштећеном одговарају солидарно. Међутим, оператер који докаже да је само део штете узрокован индустријским удесом, одговараће само за тај део штете.[47] Оператер који исплати накнаду штете има право регреса према осталим оператерима.[48] У теорији се истиче да ће правило о солидарној одговорности из Протокола моћи да се примени ретко јер је као појава вишеструка узрочност редовно повезана са хроничним загађењем, док се Протокол примењује на накнаду штете настале услед једног догађаја, индустријског удеса.[49]

Поред објективне одговорности, Протокол предвиђа и субјективну одговорност (енг. *fault-based liability*) за лица различита од оператера. Наиме, према чл. 5 Протокола, у складу са релевантним правилима меродавног националног права укључујући законе о одговорности службеника и агената, свако лице биће одговорно за штету која је узрокована или којој је допри-

[44] Чл. 4(2) Протокола.
[45] Вид. E. Rehbinder, 186.
[46] Вид. M. Bar, 18 и фус. 33.
[47] Вид. чл. 4(4) Прокола.
[48] Вид. чл. 7 Прокотола.
[49] Вид. P. Dascalopoulou-Livada, A. Kolliopoulos, 340.

нело његово или њено противправно чињење или нечињење које је извршено намерно, са грубом или обичном непажњом. Према томе, оштећени да би остварио накнаду штете мора да докаже да је наступила штета, да је штетник поступао противправно, да је штетник крив за наступање штете и да постоји узрочна веза између чињења или нечињења штетника и штете. Дакле, у случају субјективне одговорности терет доказивања постојања наведених околности је на оштећеном.

На субјективну одговорност примењују се искључиво правила меродавног националног права, а чл. 5 Протокола може да буде од значаја у три случаја: први, када прагови којима је одређено да ли је активност опасна нису остварени; други, када настала штета превазилази Протоколом предвиђене лимите одговорности и трећи, када је за штету одговорно лице које није оператер.[50]

Наведена правила о одговорности за штету показују одређене специфичности. Прво, правило о одговорности није искључиво јер се као субјекат одговорности не јавља само оператер који одговара објективно, него је могуће да одговорна буду и друга лица по принципу субјективне одговорности. Друго, основно правило јесте објективна одговорност, али је она допуњена правилима о субјективној одговорности за свако лице, различито од оператера, које је штету починило намерно или са непажњом.

2.7. Накнада штете

Право на накнаду штете имају лица која су погођена прекограничним ефектима индустријских удеса на међународним водотоковима.

Поступак за накнаду штете може да се покрене против оператера. Поред оператера пасивно легитимисано је и свако лице које је дало финансијско покриће. Наиме, према чл. 11(3) Протокола тужени може да буде свако лице које је дало финансијско покриће у складу са чл. 11(1) Протокола. Међутим, сам Протокол предвиђа да у време потписивања, ратификације или приступања Протоколу свака држава може писменим путем да обавести Депозитара да њено законодавство не предвиђа могућност подношења тужбе против лица које је дало финансијско обезбеђење.[51] Ради се о компромисном правилу које је требало да осигура што је могуће ширу прихваћеност Протокола.

Осигуравач или лице које даје финансијско покриће има право да захтева од лица одговорног у складу са чл. 4 да се прикључи поступку у својству умешача. Осигуравачи и лица која дају финансијско покриће могу да истичу као одбрану све чињенице које би лице одговорно према чл. 4 могло да истакне.[52]

[50] Вид. E. Rehbinder, 186.

[51] Вид. чл. 11(4) Протокола.

[52] Вид. чл. 11(3) Протокола.

Износ накнаде штете може бити смањен или чак захтев за накнаду штете може бити одбијен ако оштећени или лице за које је он одговоран узрокује штету или јој допринесе. У том случају узимају се у обзир све околности случаја и процењује се допринос оштећеног.[53]

Тужбе за накнаду штете према Протоколу морају бити поднете у року од 15 година од датума индустријског удеса.[54] Субјективни рок застарелости је 3 године од датума када је тужилац знао или морао разумно знати за штету и за лице које је одговорно, под условом да није наступила апсолутна застарелост.[55] У случају да се индустријски удес састоји од низа догађаја које имају исто порекло, утврђени рокови почињу да теку од последњег догађаја. Уколико индустријски удес представља трајан догађај, предвиђени рокови почињу да теку од завршетка тог трајног догађаја.[56]

2.8. Ограничење (лимитирање) одговорности

Протокол предвиђа строгу одговорност оператера за штету насталу услед индустријског удеса, али је та одговорност ограничена. Правило о лимитирању одговорности представља својеврсну противтежу правилу о објективној одговорности, а максимални износи до којих оператер може да одговара предвиђени су у Анексу II Протокола.[57] У циљу одређивања лимита одговорности, опасне активности су према степену опасности груписане у три категорије (категорија А, Б и Ц). Уколико се ради о опасној активности која припада категорији А одговорност је ограничена на 10 милиона јединица (енг. *units of account*), док је за активности из категорије Б и Ц максимални износ који оператер може да плати у случају да се утврди његова одговорност за штету 40 милиона јединица.[58] Јединица означава специјално право вучења одређено од стране Међународног монетарног фонда.[59] Правила о ограничењу одговорности се примењују само у случају објективне одговорности. С друге стране, уколико неко лице одговара за штету у складу са чл. 5 Протокола ограничење одговорности не постоји.[60]

---

[53] Вид. чл. 4(3) Протокола.

[54] Вид. чл. 10(1) Протокола. При изради Протокола вођене су бројне расправе око трајања рока апсолутне застарелости. Предлози су се кретали од 10 до 25 година. Државе које су се залагале за дужи рок правдале су то чињеницом да се штета која настане као последица индустријског удеса и која се испољава у продирању штетних супстанци у животну средине често испољава много година после индустријског удеса. Вид. више код M. Bar, 27.

[55] Вид. чл. 10(2) Протокола.

[56] Вид. чл. 10(3) Протокола.

[57] Вид. чл. 9(1) Протокола и Анекс II Протокола.

[58] Вид. детаљно Први део Анекса II Протокола.

[59] Чл. 2(и) Протокола.

[60] Вид. чл. 9(3) Протокола.

2.9. Финансијско обезбеђење

Од изузетног значаја за Протокол је чл. 11, којим је обезбеђена примена његова у случају да оператер није у могућности да накнади узроковану штету јер она превазилази вредност његове имовине. У том случају, средства обезбеђења ублажавају ризик инсолвентности оператера.[61]

Оператер мора да обезбеди одговорност из чл. 4, за износе који нису мањи од минималних лимита за финансијска обезбеђења, одређена у 2. делу Анекса II и мора да има финансијско обезбеђење као што је осигурање, јемство или друге финансијске гаранције укључујући финансијске механизме који омогућавају накнаду у случају инсолвентности.[62] Према томе, оператер који врши активност која се сматра опасном према Протоколу мора да пружи одређена финансијска обезбеђења, чији је основни циљ да се обезбеди накнада штете оштећеним лицима. Финансијско обезбеђење може бити дато у виду осигурања,[63] што је у пракси најчешће случај, јемства или других врста финансијских гаранција. Иако примарна функција финансијског обезбеђења није заштита самог оператера, оно може да служи као подстицај оператеру да смањи ризик од еколошке штете.[64]

У циљу дефинисања минималних лимита финансијског обезбеђења предвиђеног чл. 11 Протокола, опасне активности су груписане у три категорије (категорија А, Б и Ц), према степену њихове опасности. Минимална финансијска обезбеђења за три категорије опасних активности су следећа – за опасне активности које су сврстане у категорију А минимално обезбеђење износи 2.5 милиона јединица, док за опасне активности из категорија Б и Ц износи 10 милиона јединица.[65] Минимални лимити за финансијска обезбеђења биће редовно ревидирани од стране Уговорница при чему ће се у обзир узимати ризици опасних активности као и природа, количина и својства опасних супстанци које су присутне или могу бити присутне у таквим активностима.[66]

3. ЗАКЉУЧАК

Кијевски протокол има неколико карактеристика. Прво, идентификација загађивача је осигурана путем претпоставке одговорности, јер за штету

---

[61] Вид. P. Dascalopoulou-Livada, A. Kolliopoulos, 333.

[62] Чл. 11(1) Протокола.

[63] О осигурању код еколошких штета вид. Владимир Марјански, „Појам, врсте и основна обележја осигурања од еколошких штета“, *Зборник радова ПФНС,* 3/2011, 570-572.

[64] Вид. *Liability for Environmental Damage in Eastern Europe, Caucasus and Central Asia (EECCA): Implementation of Good International Practices*, 25.

[65] Вид. Други део Анекса II Протокола.

[66] Вид. чл. 11(2) Протокола.

на прекограничним водама насталу услед индустријског удеса одговара оператер. Друго, одговорност за штету је строга, објективна, а штетник може да се ослободи од одговорности у случајевима предвиђеним самим Протоколом. Као противтежа објективној одговорности служе правила о ограничењу одговорности. У циљу омогућавања накнаде штете предвиђена је и обавеза оператера да пружи одговарајућа финансијска обезбеђења. У пракси се најчешће ради о осигурању од еколошких штета, али су могућа и друга средства обезбеђења.

Судбина Протокола слична је судбини других међународних инструмената којима је регулисана грађанскоправна одговорност за еколошке штете (нпр. Лугано конвенција).[67] Наиме, Протокол још увек није ступио на снагу. Разлоге треба тражити у томе што се неке од држава противе ограничењима одговорности које Протокол и слични инструменти садрже.

[67] Вид. више Anne Daniel, „Civil Liability Regimes as a Complement to Multilateral Environmental Agreements:
Sound International Policy or False Comfort?", *RECIEL,* 3/2003, 236.

Sandra S. Fišer Šobot, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.FiserSobot@pf.uns.ac.rs

Vladimir Ž. Marjanski, Ph.D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
V.Marjanski@pf.uns.ac.rs

Zoran V. Arsić, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
Z.Arsic@pf.uns.ac.rs

Drago Lj. Divljak, Ph.D., Full Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
D.Divljak@pf.uns.ac.rs

Protocol on Civil Liability and Compensation for Damage Caused by the Transboundary Effects of Industrial Accidents on Transboundary Waters

Abstract: *Protocol on Civil Liability and Compensation for Damage Caused by the Transboundary Effects of Industrial Accidents on Transboundary Waters (the Protocol) was adopted in 2003 under auspices of The United Nations Economic Commission for Europe (UNECE). The Protocol aims to give individuals affected by transboundary impact of industrial accidents on international watercourses a legal claim for adequate and prompt compensation. The Protocol channels liability towards operators performing hazardous activity. Operators will be liable for accidents in an installation, including tailing dams, as well as accidents during transportation on the site of a hazardous activity or during off-site transportation via pipelines. The notion of damage is broadly defined and encompasses loss of life or personal injury, loss of, or damage to, property, loss of income, the cost of measures of reinstatement of the impaired transboundary waters, and the cost of response measures. The system of the Protocol is based on objective liability. However, strict liability rule is somewhat alleviated by a limited set of*

exemptions and by financial limits of liability depending on the risk of the activity. Liability limits are coupled with mandatory financial security requirements.

Keywords: *environmental protection, industrial accident, transboundary effects, operator, civil liability for damage, compensation for damage.*

Датум пријема рада: 14.09.2018.

Прегледни чланак 343.812:342.734
doi:10.5937/zrpfns52-17460

Др Дарко Т. Димовски, ванредни професор
Универзитет у Нишу
Правни факултет у Нишу
darko@prafak.ni.ac.rs

Др Иван Д. Милић, асистент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
I.Milic@pf.uns.ac.rs

МЕЂУНАРОДНО И УНУТРАШЊЕ УРЕЂЕЊЕ РАДА ОСУЂЕНИКА У КАЗНЕНИМ ЗАВОДИМА*

Сажетак: *Једно од основних права осуђених лица за време издржавања казне затвора је право на рад. Осуђеник може бити радно ангажован само ако на то пристане. Другим речима, осуђеник није обавезан да ради. Сваки осуђеник који је радно ангажован има и одређена права које су у вези са његовим радом, као што је право на новчану накнаду, дневни, недељни и годишњи одмор.*

Предмет пажње аутора, као и што сам наслов рада гласи, јесте међународно и домаће уређење радног ангажовања осуђеника који казну затвора издржавају у казненим заводима. Рад је подељен у три систематизоване целине. У првом делу рада указује се на међународне документе у којим су садржане одредбе о раду осуђеника. Други део рада посвећен је домаћим прописима које се односе на предметну проблематику, а посебно Закон о извршењу кривичних санкција. На крају, део рада посвећен је радном ангажовању осуђених у појединим казненим заводима.

Кључне речи: *рад осуђеника, право осуђеника, третман осуђеника, казнени завод, ЗИКС.*

---

* Рад је реализован у оквиру пројекта бр. 179046, Министарства за просвету, науку и технолошки развој Републике Србије.

УВОД

Ресоцијализације осуђеника, као циљ казне затвора, условљава примену третмана, који се, у најширем смислу, може одредити као начин поступања са осуђеним лицима. Другим речима, третман представља сложен систем институционалних и ван институционалних метода, мера и поступака, којима се утиче на услове живота осуђених лица и промену њихове личности, с циљем његове ресоцијализације. Посматрајући третман као начин поступања са учиниоцем кривичног дела, можемо истаћи да се у том случају могу разликовати три фазе третмана: судски третман, третман у установи и постпенални третман, које су међусобно повезане истим циљем – ресоцијализацијом осуђеника.[1]

Анализирајући значај ових три фаза третмана, можемо уочити да су третман у установи и постпенални третман веома значајни, јер се током њихови примене стварају услови за промену понашања осуђеника из криминалног у конформистичко. Током боравка осуђеника на издржавању казне затвора могуће је применити рад осуђеника, васпитање и образовање осуђеника, организовање слободног времена осуђеника, осуђеничко самоорганизовање, индивидуални рад, групни рад, као и окупациону и радну терапију. Као један од облика третмана, који се издваја по својој важности, издвајамо рад осуђеника. Наиме, рад осуђеника се сматра примарним и најефикаснијим обликом третмана. Управо важност рада као облика третмана нам намеће потребу његовог даљег истраживања од стране пенолога како би се створили оптимални услови за промену понашања осуђеника укључених у производњу одређених добара. Стога ће аутори у наредном делу рада истакнути фазе у развоју рада осуђеника, те указати на најзначајније међународне документе који се односе на рад осуђеника, при чему ће предмет пажње бити различити системи осуђеничког рада. Последњи део рада биће посвећен анализи нормативних решења везаних за рад осуђеника у Републици Србији, уз указивање на начине побољшања примена рада у пенитенцијарним установама.

МЕЂУНАРОДНОПРАВНО РЕГУЛИСАЊЕ РАДА ОСУЂЕНИКА

Бројне међународне организације су се бавиле положајем, правима и обавезама осуђеника, као и различитим облицима третмана. Једна од њих је Организација Уједињене Нације која је на бројним конгресима за превен-

[1] Слободанка Константиновић Вилић, Миомира Костић, *Пенологија*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш 2011, 163.

цију криминалитета и поступање са затвореницима разматрала наведена питања. На првом конгресу, одржаном у Женеви 1955. године, усвојена су тзв. Стандардна минимална правила за поступање са осуђеницима (UN Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners). Одредбе у вези осуђеничког рада се налазе у члановима од 71. до 76. Тако је, на пример, у члану 71 прописано да рад осуђеника не сме имати понижавајући карактер. Сви осуђеници имају обавезу да раде, уз вођење рачуна о њиховим душевним и физичким способностима које ће утврдити лекар. У истом члану прописано је да рад мора да буде продуктиван који ће бити довољан да их запосли у току трајања радног времена. Сврха рада јесте чување или повећавање способности осуђеника да после пуштања на слободу часно зарађују за свој живот. Корисно стручно образовање је потребно обезбедити затвореницима који могу да га користе, а нарочито младим затвореницима. Осуђеници имају могућност да изаберу посао којим желе да се баве, при чему је неопходно водити рачуна о рационалној стручној селекцији, потребама администрације, као и заводске дисциплине. У члану 72 предвиђено је да организација и методи рада у пенитенцијарним установама треба да буду што приближнији организацији и методама рада које важе на слободи, ради припреме осуђеника на нормалне услове рада на слободи. Веома је битан наредни став у оквиру члана 72 који се односи на забрану подређивања интереса осуђеника и њиховог стручног образовања стицању економске користи од њиховог рада у пенитенцијарним установама. Члан 73 односи се на регулисање управљања индустријским погонима и економијама у оквиру пенитенцијарних установа. Наиме, индустријски погони и економије пенитенцијарних установа треба првенствено да буду под руководством управе пенитенцијарних установа, а не приватних предузимача. У случају да су осуђеници потребни за послове, који не стоје под контролом управе, особље пенитенцијарне установе треба да врши надзор. Уколико се рад осуђеника врши односи на послове које не стоје под контролом управе, лица за чији се рачун изводи овај рад, осим ако се рад изводи за друге државне установе, треба да плате администрацији нормалну уобичајену надницу за рад, водећи рачуна о учинку сваког осуђеника. Мере предострожности, које су прописане ради заштите, сигурности и здравља осуђеника, како је то предвиђено у члану 74, су истоветне мерама предострожности које се предузимају на слободи. Уколико дође до несрећа при раду, као и професионалних обољења, треба донети одлуку о накади штете осуђеницима, под истим условима који по закону важе за слободне раднике. Законом или административним правилником треба утврдити максимални број радних часова осуђеника, на дневном или недељном нивоу, при чему треба водити рачуна о прописима или локалним обичајима који се примењују на слободне раднике. Приликом утврђивања максималног броја часова мора се оставити један дан за одмор

током недеље, као и довољно времена за наставу и остале делатности које су предвиђење за поступање и преваспитање осуђеника. Уједно, осуђеници за свој рада треба да правично буду награђени, дозвољавајући им да употребе један део своје зараде на куповину одобрених предмета намењених за њихову личну употребу, док други део награде могу да пошаљу својој породици. Један део зараде може да задржи администрација како би се створила уштеда која ће се предати осуђенику по изласку из пенитенцијарне установе.[2]

Још једна међународна институција, која се бавила радом осуђеника, је Савет Европе. Наиме, ова институција је 1973. године донела резолуцију под називом Европска затворска правила. Већ 1987. године донета је ревидирана верзија. Јануара 2006. године Савет министара сматрао је да је неопходно даље ревидирати Европска затворска правила како би се пратиле промене казненој политици, извршењу казне затвора и начину управљања пенитенцијарним установама, што је и учињено те године. Рад осуђеника регулисан је чланом 26 Европских затворских правила из 2006. године. Овај облик третмана сматра се позитивним елементом кућног реда и никада се неће користити у сврхе кажњавања. На управи пенитенцијарне установе је да осигура довољно посла за осуђенике. Рад треба у мери у којој је могуће бити такав да одржи или повећа могућности осуђеника за довољну зараду како би се покрили животни трошкови након изласка на слободу. Дискриминација је забрањена у погледу врста понуђеног рада на основу пола. У случају да одређени посао захтева струковну обуку, он ће бити омогућен оним осуђеницима који од тог посла могу имати користи, а нарочито младим осуђеницима. Уједно, осуђеници могу бирати посао у оквиру понуђених, а сагласно одговарајућој струковној селекцији и захтевима доброг реда и дисциплине.[3] Организација и методи рада у пенитанцијарним установама у највећој могућој мери морају бити слични оним пословима који постоје у друштвеној заједници ради припреме осуђеника за услове уобичајеног радног живота. Интереси осуђеника не смеју бити подређени остваривању финансијске добити о делатности у пенитенцијарним установама, иако оно може бити важно за подизање стандарда, те побољшање квалитета и важности обуке. На управи пенитенцијарне установе је да било самостално, или

---

[2] United Nations General Assembly, Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (the Mandela Rules), *http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/C.3/70/L.3*, 10. јун 2017.

[3] Уколико осуђено лице крши дисциплину цини дисциплински преступ. Вид. Иван Милић, Дарко Димовски, Кажњавање осуђених лица – дисциплинске мере, З*борник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1/2016, 219–231; Драгиша Дракић, Иван Милић, Утврђивање истине у дисциплинском поступку који се води против осуђеног за време издржавања казне затвора, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2016, 475–491.

у сарадњи са приватним предузећима унутар установе или изван ње, обезбеде рад осуђеника. На свим нивоима мора постојати правична накнада за рад осуђеника. Уједно, осуђеници имају могућност да троше део накнаде за рад на одобрене ствари за сопствену употребу, уз усмеравање дела накнаде за рад у корист њихове породице. Осуђеници се могу подстицати да штедњу дела накнаде за рад која ће им бити предата приликом отпуста из пенитенцијарне установе или је могу искористити у друге одобрене сврхе. Врло је битно обезбедити одговарајућу здравствену заштиту, као и заштиту на раду осуђеника. Стога се у самим Европским затворским правилима налази одредба да здравствена заштита и заштита осуђеника на раду мора бити одговарајуће врсте, при чему не сме бити мањег степена од заштите коју уживају радници на слободи. Исто тако, битно је обезбедити одговарајуће осигурање од повреда на раду, укључујући професионална обољења, под условима који не смеју бити лошији од оних који су националним законодавством прописани за раднике на слободи. Број радних сати осуђеника на дневном и недељном нивоу мора бити одређена у складу са националним правилима или уобичајеним сатницима које се односе на запошљавање радника на слободи. Европским затворским правилима је, такође, прописано да најмање један дан одмора током недеље мора постојати, као и довољно времена за образовање и друге активности. Савет Европе је био свестан евентуалних проблема за укључивање осуђеника у национални састав социјалног осигурање, те је у последњем ставу члана 26 предвидео само да њихово укључивање у мери у којој је то могуће.[4]

РАД КАО ОБЛИК ТРЕТМАНА У ПОЗИТИВНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Република Србија је извршила реформу кривичног законодавства, доневши при томе нови Кривични законик,[5] Закон о извршењу кривичних санкција[6] и Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица.[7] На тај начин Република Србија је прихватила модерне тековине у кривичноправној теорији.

---

[4] Recommendation Rec (2006)2 of the Committee of Ministers to member states on the European Prison Rules, *http://pjpeu.coe.int/documents/3983922/6970334/CMRec+%282006%29+2+on+the+European+Prison+Rules.pdf/e0c900b9-92cd-4dbc-b23e-d662a94f3a96*, 11. јун 2017.

[5] Кривични законик, *Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016

[6] Закон о извршењу кривичних санкција, *Службени гласник РС*, бр. 55/2014

[7] Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица. *Службени гласник РС*, бр. 85/2005

У Кривичном законику не постоје одредбе везане за рад осуђеника. Међутим, реформом КЗ уведена је казна рада у јавном интересу. Ова казна се може изрећи за кривична дела за која је прописан затвор до три године или новчана казна. Да би се одређени рад класификовао као рад у јавном интересу потребно је да он буде друштвено користан, при чему се не вређа људско достојанство, као и да се не врши с циљем стицања добити. Суд мора приликом изрицања ове казне, имајући у виду сврху кажњавања, узети у обзир врсту учињеног кривичног дела, личност учиниоца и његову спремност да обавља рад у јавном интересу. Ова врста казне се не може изрећи без пристанка учиниоца.

Детаљне одредбе о начину извршења кривичних санкција налазе се у извршном кривичном законодавству. Тако је у члану 98 ЗИКС-а, који је назван рад и права на основу рада, прописано да је рад осуђеника део програма поступања. Као сврху рада законодавац је одредио да осуђени стекне, одржи и повећа своје радне способности, радне навике и стручно знање како би му се омогућили услови за успешну реинтеграцију. Стога је осуђени обавезан да у оквиру извршења програма поступања извршава радне задатке и обавезе. Наредни члан, назван сврха рада, садржи да рад осуђених лица мора да буде сврсисходан и не сме бити понижавајући. Постизање економске користи од рада осуђених не сме штетити остварењу сврхе тог рада. Уколико погледамо називе ова два члана, као и то шта је прописано, видећемо да је законодавац сврху рада осуђеника прописао у члану који је назван другим именом. Вероватно се ради о номотехничкој грешци коју је неопходно променити приликом наредног новелирања законског текста. Уједно, члан 99 ЗИКС-а је потребно другачије назвати, јер назив члана не одражава његову садржину.

На основу психичких и физичких способности, стручних квалификација, изражене жеље осуђеног и према могућностима завода одређује се врста посла осуђеног лица. На стручном тиму завода је да оцени психичке и физичке способности осуђеног лица за рад (члан 100). Наредни члан односи се на упошљавање осуђених лица. Осуђени се може упослити унутар пенитенцијарне установе или ван ње. Ради што боље припреме за живот осуђеника на слободи, уређење и начин рада у заводу треба да буду што сличнији уређењу и начину рада изван пенитенцијарне установе. Уколико осуђено лице рад ван завода, заводу припада тржишна накнада за рад.

Законодавац је у члану 102 ЗИКС-а предвидео могућност да лице које је први пут осуђено на казну затвора настави да обавља послове на радном месту. Да би осуђено лице могло да настави да ради исти посао потребно је да је осуђено лице на казну затвора до шест месеци, након чега директор Управе за извршење кривичних санкција, на молбу осуђеног, одобри да за време трајања казне осуђено лице обавља послове на радном месту на коме је било запослено у време пријема налога за извршење казне, а ако за то по-

стоје оправдани разлози, а кривично дело за које је осуђено није у вези са тим пословима. На одлуку директора Управе осуђено лице има право жалбе судији за извршење.

Чланом 103 ЗИКС-а регулисано је радно време осуђених лица. Тако радно време осуђеног лица може трајати до 40 часова недељно, а изузетно може трајати и дуже, под условима прописаном одређеним законом. Уколико осуђени похађа наставу општег или стручног образовања, њему се радно време сразмерно скраћује. Изван радног времена осуђени се може упослити највише два сата дневно на одржавању чистоће и другим текућим пословима у заводу. Законодавац је, сходно члану 104, прописао да се рад осуђеног лица не урачунава у стаж осигурања. У случају да се према прописима о условима за стручну квалификацију и само радно време проведено на раду признају за стицање стручне квалификације, време проведено на истој врсти посла током издржавања казне затвора признају се за ту врсту квалификације.

Осуђеници за свој рад имају право на накнаду која се исплаћује једном месечно. Уједно, ЗИКС-ом је одређена висина накнаде за рад осуђеника на коју се не плаћају порези и доприноси. Стога, она износи најмање 20% од најниже цене рада у Републици Србији, с тим да се за рад дужи од пуног радног времена увећава за 50% (члан 105). За успехе постигнуте у раду управник завода може осуђеног новчано наградити. На директору Управе за извршење кривичних санкција је одређивање највишег износа накнаде и награде за рад (члан 106). На осуђеном лицу је слободно располагање накнадом и наградом за рад, при чему се одређени проценат може ставити на штедњу (члан 107).

Истоветна заштита се пружа осуђеном лицу на раду сходно прописима који уређују заштиту на раду. Осуђено лице, који је без своје кривице привремено неспособан за рад, има право на накнаду на основу прописа који уређују здравствено осигурање. На пенитенцијарној установи је обавеза подмиривања најнужнијих потреба осуђеног лица који без своје кривице не ради, а нема сопствених средстава (члан 108).

Такође, осуђени има право на дневни, недељни и годишњи одмор на основу закона који уређује права из радног односа. Посебне просторије завода се намењене за коришћење годишњег одмора. Како је битна финансијска стабилност осуђеног лица и у периоду када не привређује, законодавац је прописао да за време годишњег одмора осуђени прима накнаду за рад као да ради (члан 109).

Због потенцијалне специфичности стања осуђеница, законодавац је према члану 110 прописао да осуђена жена има право на одсуство са рада због трудноће, порођаја и материнства сходно закону који уређује права из радног односа.

Извршење кривичних санкција према малолетницима регулисано је Законом о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној за-

штити малолетних лица (у даљем тексту Закон о малолетницима). О раду као облику третмана малолетних лица посвећене су малобројне одредбе. Наиме, у члану 128, који се односи на права која малолетник ужива током извршавања заводске мере упућивања у васпитно-поправни дом, прописано је да према својим могућностима ради у васпитно-поправном дому сагласно обавезама у похађању наставе. У случају да малолетник не похађа наставу, радно време траје сходно општим прописима. Малолетник се изван радног времена може упослити највише два часа дневно на одржавању чистоће и другим текућим пословима у васпитно-поправном дому. Такође, овим чланом предвиђена је накнада за рад и награда за посебне успехе у раду,чије најниже и највише износе одређује директор Управе за извршење заводских санкција министарства надлежног за правосуђе. Половином накнаде и награде малолетник слободно располаже, а остатак му се ставља на штедњу, с тим да му, изузетно, управник може одобрити коришћење целе накнаде. Малолетник може на основу залагања на раду, као и добрим владањем, зарадити низ погодности које додељује управник васпитно-поправног дома.

Посебне одредбе Закона о малолетницима посвећене су извршењу казне малолетничког затвора. Чланом 138 предвиђено је да је основ поступања према малолетнику током издржавања казне малолетничког затвора укључивање у васпитно корисно радно ангажовање уз одговарајућу накнаду. Чланом 141 прописано је да се радно време осуђеног на казну малолетничког затвора одређује тако да му се омогућава школовање и стручно оспособљавање, као и да има довољно времена за телесно васпитање, културно-уметничку активност, вршење верских обреда и разоноду.

Рад као облик третмана је додатно предмет регулисања у Правилнику о кућном реду казнено-поправних завода и окружних затвора.[8] Рад осуђеног лица је саставни део програма поступања. Као сврха рада наводи се стицање, одржавање и повећавање радне способности, радне навике и стручно знање осуђеника како би му се омогућили услови за успешну реинтеграцију. Оспособљавање за рад и стручно усавршавање осуђених обавља се кроз теоријску припрему и практичну обуку, према могућностима завода (члан 41).

СТАЊЕ У ПЕНИТЕНЦИЈАРНИМ УСТАНОВАМА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ У ПОГЛЕДУ РАДА ОСУЂЕНИКА

Стање у погледу рада као облика третмана захтева подробну анализу стања у појединим казнено-поправним заводима. Стога, можемо узети ка-

[8] Правилник о кућном реду у казнено-поправним заводима и окружним затворима, *Службени гласник РС*, бр. 110/2014 и бр. 79/2016.

знено-поправне заводе у Нишу и Пожаревцу као пенитенцијарне установе у којима ћемо установити стање у погледу рада као облика третмана.

У казнено-поправном заводу у Нишу постоји индустријски погон под називом Делиград, као део службе за обуку и упошљавање. Делатности се, према подацима Управе за извршење кривичних санкција у Делиграду врше у неколико сектора: дрвни (производња лежајева, грађевинске столарије, шаховских гарнитура и сл.), метални (производња апарата за домаћинство), економија (пољопривредне делатности), угоститељство (мотел "Делиград" и одмаралиште на Јастрепцу), технички сервис, возни парк, грађевински сектор, наменско одељење.[9]

Током осамдесетих година прошлога века у индустријском погону Делиград осуђеници су производили 12 типова казана за етажно грејање вертикалне и хоризонталне градње различитих капацитета. На основу овог податка можемо извући закључак о значају индустријског погона Делиград у југословенским размерама у производњи казана.[10] Деценију касније услед економских санкција, преласка са социјалистичког на тржишни начин пословања, као и ратних прилика дошло је до значајног смањивања производње у индустријском погону казнено-поправног завода у Нишу. Такође, производња је изгубила економску функцију због застареле технологије рада и похабаности машина.[11] Као једна од мана рада осуђеника у нишком казнено-поправном заводу наводи се чињеница да иако много већи број осуђеника испуњава услове за рад само једна четвртина ради. Уједно, од стране управе казнено-поправног завода у Нишу се не поштују жеље затвореника приликом избора радног места. Наредна мана осуђеничког рада је непостојање довољне количине репроматеријала чиме се онемогућава остваривање ресоцијализације затвореника путем радног третмана.[12] Чак и када управа казнено-поправног завода у Нишу склопи уговоре са одређеним фирмама, као што су Магнохром и Фармаком, услед одређених правних недостатака је дошло до раскида већ уговорених послова.[13]

---

[9] Казнено-поправни завод у Нишу, *http://www.uiks.mpravde.gov.rs/lt/articles/ustanove-za-izvrsenje-krivicnih-sankcija/kazneno-popravni-zavodi/zatvorenog-tipa/kazneno-popravni-zavod-u-nisu/*, 27. новембар 2013.

[10] Слободанка Константиновић Вилић, Војислав Ђурђић, Невена Петрушић, *Казнено поправни завод у Нишу – 90 година*, Просвета, Ниш, 2001, 99.

[11] Безбедносно-обавештајне службе Републике Србије, *Затвори*, http://www.bezbednost.org/upload/document/(15)_unijat_2009_zatvori.pdf, 29. новембар 2013.

[12] М., Јелић etal, *Како до европских стандарда – Затвори у Србији 2002–2003*, Хелсиншки одбор за људска права у Србији, Београд, 2003, 40.

[13] Радници КПЗ Ниш који су пријавили злоупотребе и корупцију „трпе шиканирање", *http://www.transparentnost.org.rs/index.php?view=details&id=1076%3Amediji-o-korupciji&option=com_eventlist&Itemid=6&lang=sr,* 29. новембар 2013.

Ситуација у привредној јединици Препород казнено-поправног заводу Забела у Пожаревцу је истоветна. Увидом у доступне податке на сајту Управе за извршење кривичних санкција можемо сазнати да се пословање организује у привредној јединици у оквиру металског, дрвног и пољопривредног сектора, одељења сточарске производње „Звезда“, одсека „Летњиковац“ са фармом свиња и јунади и одељења угоститељства са рестораном „Препород“.[14] Главни производи у казнено-поправним заводу Забела су били штедњаци. Ради илустрације производних капацитета у Забели довољно је навести да се је током осамдесетих година прошлога века осуђеници овог завода су направили преко 30.000 штедњака. Они су продавани на тржишту бивше Југославије. Међутим, распад заједничке државе угрозио је процес производње штедњака у Забели. Управа казнено-поправног завода у Пожаревцу разматра план производње клупа за паркове од стране затвореника како би био превазиђен проблем у раду као облику третмана осуђеника. Иако је процес производње клупа за паркове почео да се спроводи као основни проблем обезбеђивања континуиране производње јавља се недостатак репроматеријала.[15]

Чланом 86 Закона о извршењу кривичних санкција и члановима 45 и 56 Правилника прописано је да је рад саставни део третмана, те необезбеђивањем процеса рада за осуђенике Република Србија крши ова права.[16] Другачије речено, рад представља облик третмана, чији је циљ стицање, одржавање и повећавање радних способности осуђеника, радних навика и стручног знања. Примарни и најефикаснији облик третмана јесте рад осуђеника.[17] Њиме се обезбеђују предуслови да осуђеник након издржане затворске казне у потпуности или након делимично издржање казне затвора пронађе запослење. На тај начин створени су услови да бивши затвореник не буде „принуђен“ да врши кривична дела како би себи и/или члановима своје породице обезбедио услове за нормалан живот.

Једно од решења побољшања рада као облика третмана јесте давање дозволе приватним компанијама да руководе привредним јединицама у оквиру пенитенцијарних установа. Управљање привредним јединицама од стране приватних компанија у пенитенцијарним установама захтева доношење одговарајућег законског оквира, без којег тако нешто не би било могуће.

---

[14] Казнено-поправни заводу у Пожаревцу – Забела, *http://www.uiks.mpravde.gov.rs/lt/articles/ustanove-za-izvrsenje-krivicnih-sankcija/kazneno-popravni-zavodi/strogo-zatvorenog-tipa/kazneno-popravni-zavod-u-pozarevcu-zabeli/*, 29. новембар 2013.

[15] Иван Кузминовић, Љиљана Палибрк, Затворски систем у Србији, Хелсиншки одбор за људска права у Србији, Београд, 2012, 9-10.

[16] Дарко Димовски, *Приватни затвори*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2014, бр. 68, 559.

[17] Слободанка Константиновић Вилић et al, op. cit., 167.

У самом Закону о извршењу кривичних санкција истакнуто је да постизање економске користи од рада осуђених не сме штетити остварењу сврхе тог рада. Уједно, рад осуђеника је њихово право, а не обавеза.

Полазећи од чињенице да је приватним компанијама циљ остваривање профита, неопходно је наћи равнотежу између остваривања сврхе рада да осуђени стекне, одржи и повећа своје радне способности, радне навике и стручно знање, са једне стране, и остваривања профита, са друге стране. Стога је потребно подстаћи осуђенике, применом савремених пенолошких мера, да почну да размишљају да се радно ангажују, јер то доприноси њиховој суштинској промени, као лакшем налажењу након изласка из пенитенцијарне установе. Слободним и вољним ангажовањем осуђеника у раду у оквиру пенитенцијарних установа био би превазиђен у вези забране принудног рада прописаним чланом 26 Устава Републике Србије.[18]

Међутим, у тежњи остваривања што бољих резултата у раду осуђеника постоји још један проблем. Наиме, чланом 2 Конвенције Међународне организације рада бр. 29, од 10. јуна 1930. године, прописано је да се принудни рад не односи на сваки рад или услугу, који се од неке особе, захтева, као последица осуде проглашене судском пресудом, под условом да се наведени рад или услуга обављају под надзором и контролом јавне власти и да наведена особа није уступљена или стављена на располагање приватним особама, предузећима или удружењима.[19] Комитет експерата Међународне организације рада предложио је у вези превазилажења датог проблема истакао да је потребно да осуђеник пристаје да слободно ради у индустријском погону приватног затвора како не би постојао принудни рад осуђеника.[20]

ЗАКЉУЧАК

Стање у погледу рада осуђеника као облика третмана је такво да захтева предузимање одређених корака ради његовог побољшања. Један од начина побољшања рада осуђеника отелотворује се у томе да Република Србија уложи додатна средства ради отклањања свих препрека у реализовању овог облика третмана. Како пенитенцијарни систем Републике Србије годишње кошта 60 милиона евра, уз постојање континуиране кризе у земљи, није за очекивати да се оствари неко значајније побољшање у том погледу.

---

[18] Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/2006.

[19] Дарко Димовски, op. cit., 560.

[20] Observation (CEACR) – adopted 2001, published 90th ILC session (2002), from http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:13100:0::NO::P13100_COMMENT_ID:2198997, 21. април 2014.

Промене у погледу рада осуђеника могу се огледати у томе да се приватним компанијама дозволи да управљају привредним постројењима у оквиру пенитенцијарних установа. Међутим, да би била донета одлука о томе да привредним јединицама у оквиру пенитенцијарних установама управљају приватне компаније неопходно је да Република Србија идентификује све проблеме рада осуђеника који се могу јавити. Како приватне компаније теже остваривању што већег профита очигледно је да се највећа опасност огледа у томе да приватне компаније злоупотребљавају рад осуђеника у погледу непоштовања основних права осуђеника у односу на дужину радног времена, права на одмор итд.

Ипак, бенефити управљања приватних компанија привредним погонима у пенитенцијарним установама могу бити много већи. Стога потребно је, уколико се дозволи да приватне компаније управљају привредним погонима у пенитенцијарним установама, да у оквиру сваке пенитенцијарне установе постоје лица задужена за контролу спречавања рада осуђеника зарад остваривања искључиво економске користи приватних компанија. Такође, потребно је дати могућност да представници Управе за извршење кривичних санкција могу доћи у ванредну контролу како би се непосредно информисали о остваривању овог облика третмана. Уједно, неопходно је увести могућност да се осуђена лица, која су на добровољној основи ангажована у привредном погону којем управља приватна компанија, жале управи пенитенцијарне установе као првостепеној инстанци, односно, Управи за извршење кривичних санкција, као другостепеној инстанци у погледу остваривања својих права везаних за њихов рад. Такође, као инстанца за жалбу осуђеника у погледу рада у привредним јединицама којима управљају приватне компаније могуће је предвидети инспекцију рада.

Darko T. Dimovski, Ph.D., Associate Professor
University of Niš
Faculty of Law Niš
darko@prafak.ni.ac.rs

Ivan D. Milić, Ph.D., Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
I.Milic@pf.uns.ac.rs

International and Interior Regulatin of Convicts Work in Penal Institutions

Abstract: *One of the basic rights of convicted persons during the serving of a prison sentence is the right to work. A convict can been gaged only if he agrees. In other words, the prisoner is not obliged to work. Every prisoner who is engaged in employment has certain rights related to his / her work, such as the right to a financial compensation, daily, weekly and annual leave. The object of the author's attention, as well as the title of the article, is the international and domesti carrangement of the working engagement of prisoners who serve the prison sentence in criminal institutions. The work is divided into three systematized units. The first part of the paper points to international documents containing clauses on the work of convicts. The second part of the paper is devoted to domestic regulations related to the subject matter, in particular the Law on the Execution of Criminal Sanctions. Finally, part of the work is dedicated to the working engagement of the prisoners in some penal institutions.*

Keywords: *the work of convicted persons, the right of convicts, treatment of convicts, penitentiary institution, ZIKS.*

Датум пријема рада: 15.05.2018.

Оригинални научни рад 616.89-008.442:331(497.11)
doi:10.5937/zrpfns52-17701

Zvezdan M. Đurić, Ph.D., Associate Professor
University of Priština
Faculty of Economics in Kosovska Mitrovica
zvezdan.djuric@bbs.edu.rs

Ivana M. Erić, Ph.D., Professor of Applied Studies
Belgrade Business Scholl
ivana.eric@bbs.edu.rs

THE INFLUENCE OF SEXUAL HARASSMENT ON BUSINESS RESULTS OF ENTERPRISES IN SERBIA THE LEGAL – BEHAVIORAL ASPECTS

Abstract: *Sexual harassment at work is one of the biggest stressors, or an event that can disrupt normal functioning of individuals, which necessarily requiring bodily, psychological or behavioral adjustments, that can cause numerous consequences***.** *It has a legal, moral and behavioral dimension. As a result of that, in the paper were presented the legal definitions, certain moral dilemmas and behavioral implications. Surely, viewed from the perspective of business implications, sexual harassment leaves negative psychological and general health consequences, as well as a significant decline in business performance. So, modern world organizations are trying to eradicate it. However, in many traditional environments, to which belong and ours these problems have not been considered as significant for many years. During the 2005, the Labor Law Republic of Serbia, Article 21 prohibited sexual harassment that happens in our country, which demonstrated good will to eradicate such ugly practices. An empirical research was conducted with the intention of determining the actual presence of sexual harassment and its implications for the business performance of organizations in Serbia.*

Keywords: *sexual harassment, legal regulations, health consequences, decline in business performance.*

1. INTRODUCTION

Sexual harassment, unlike the prevailing opinion (women are at risk), can be carried out by both men and women. The point is that the harassment occurs

due to the unequal distribution of power, that is appears to the subordinates. Similarly, as with domestic violence, all eyes were and still are turned into state organs.[21] Unfortunately, the state itself, without the cooperation of the other party (actual victims, and not as sometimes a victim of manipulation[22]), is unable to fully protect victims. Most members of our community believe that sexual harassment is widespread in traditional environments. However, the actual data denies us. In the United States, sexual harassment is very much present, but it varying in degrees depending on activity and age. The most vulnerable are the workers from 24-40 years. The activities that lead to sexual harassment are: transport, trade, education and health.[23] However, data shows that the number of sexual harassment cases decreases every year, because the penalties are draconian. According to the American Equal Rights Commission, 6758 applications were filed in 2016, of which 16.6% were filed by men, and in 2017, 6696 applications were received 16.5% retrospectively.[24] By comparing with Europe for 1997, it was filed almost 15889 applications.

Unfortunately, even the Europe is not spared of sexual harassment.[25] The average of sexual harassment for all countries is around 55% for older than 15 years. The surprisingly leading are Sweden and Denmark (80% -100%, the presence of sexual harassment). Following are Great Britain, France, Germany, Belgium and Norway (60% -79%). On the third place are Greece, Croatia, Hungary, Slovakia, Czech Republic, Slovenia, Spain, Italy, Scotland, Serbia, Bosnia and Herzegovina (40% -59%). Finally, the smallest incidence of sexual harassment is in Portugal, Austria, Romania, Poland and Lithuania (20% -39%). It is remarkably surprising that 75% of women's at the highest level in the organizational hierarchy had experienced some sort of sexual harassment.[26]

The given data provide a very real picture about of the presence of sexual harassment. However, the majority of the victims feel fear of reaction of their environment, although this is not their shame, also here is fear of demission, especially today when everywhere in the world announces a new wave of great economic crisis, need for justification to the partner, and more.

---

[21] Ljubomir S. Stajić, „Odgovor države na nasilje u porodici", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu (Zbornik radova PFNS)* 3/2017, 664.

[22] An individual who plays the victim, in order to achieve personal interests.

[23] Joni Hersch, „Compensating differentials for sexual harassment", *American Economic Review* 101.3, 2011, 633.

[24] US Equal Employment Opportunity Commision, *https://www.eeoc.gov/eeoc/statistics/enforcement/sexual_harassment_new.cfm,* 21. may 2018.

[25] Europian Agency for Fundamental Right, *https://www.statista.com/chart/3345/sexual-harassment-in-the-eu/,* 22. may 2018.

[26] „Violence against women: an EU-wide survey. Main results report 2014", Europian Union Agency Rights*, http://fra.europa.eu/en/publication/2014/violence-against-women-eu-wide-survey-main-results-report*, 23. may 2018.

2. LEGAL FRAMEWORK OF SEXUAL HARASSMENT

In reality the creation of a single definition of sexual harassment as a universally acceptable in all countries is impossible, due to the diversified legal, sociological and psychological perspective, which is seen not only on the basis of cultural diversity, but also because of the presence of sex differences. „What is sexual harassment?" One of the basic dilemmas that arise when looking at sexual harassment in a particular context is whether to look at it from a legal or behavioral perspective. Essentially, it is much easier to use legal definitions, since they are narrower and more specific. As a result of that, we will continue to provide legal definitions of sexual harassment in culturally different countries.

The term sexual harassment emerged in the early 70s of the last century, precisely in 1979 with Catherine MacKinnon book „Sexual harassment of working women: The case of gender discrimination."[27] The author defines sexual harassment as: „Unwanted showing of sexual demands in the context of unequal power relations."[28] Since then, there have been a many improvements in the definition and the Employment Sexual Harassment Law, in order to protect employee's at the most adequate way. Today, there is a valid legal view that sexual harassment is a form of sexual discrimination, which consists of two forms of behavior: *quid pro quo sexual harassment* and hostile work environment sexual harassment.[29] Quid pro quo sexual harassment occurs when someone seeks out sexual favors in return for job benefits of any kind – accolades, pay increase, more favorable hours, etc.[30] On the other hand, hostile work environment sexual harassment implies a situation in which harassed individuals feel discomfort or intimidation, which impedes individual performance.

Looking at the European Union close to us, it is possible to claim that it has done a lot in terms of protecting employees from sexual harassment. The most European Union members had their sexual harassment laws, so it tried to harmonize differences. The initial impetus for the inclusion of sexual harassment was the Council Directive on the equal treatment of men and women in terms of employment, training and promotion, as well as working conditions (76/207/EEC).[31] Later, for the sake of introducing the term sexual harassment, the Directive

---

[27] Catharine Alice MacKinnon, *Sexual harassment of working women: A case of sex discrimination*, Yale University Press, New Haven – London 1979.

[28] „Refer." Miller v. Bank of America, 418 F. Supp. 233 (US District Court for the Northern District of California, 1976), revisited, 600 F.2d 211 (9th Cir. 1979).

[29] *www.freelegalaid.com/nav/massachusetts/employment-law/article/quid-pro-quo-and-hostile-work-environment-sexual-harassment,* 25. may 2018.

[30] *Ibid.*

[31] „See in" Council Directive 76/207/EEC, Official Journal L 039 , 14/02/1976 P. 0040 – 0042,1974., *http://www.equalrightstrust.org/ertdocumentbank//council_directive_76207eec.pdf,* 26. maj 2018.

2002/73 / EC of the European Parliament, supplementing Directive 76/207 / EEC.[32] Changes in the Council Directive on the equal treatment of men and women in terms of employment, training and improvement, as well as working conditions, are legally prescribed (Article 2, § 2), with introduces the definition of sexual harassment, followed by legal changes (Article 2, §5), which prescribes procedures for the prevention of sexual harassment, as well as the legal solution (Article 8), which prescribes the establishment of appropriate bodies for complaints of potential victims.[33] According to the introduced changes (Article 2, §2), sexual harassment is defined as: „Sexual harassment occurs as any form of unwanted verbal, non-verbal or physical behavior of a sexual nature, with the aim or effect of violating the dignity of a person, especially when creating a scary, hostile, humiliating, degrading or offensive environment ".[34]

Considering that Serbia is not a member of the European Union, but for many years before now we have been trying to harmonize our domestic laws with the laws of the European Union, we will try to point out the solutions that have applied countries as possible role models. One of them is certainly Germany, which has become a dream for numerous medical personnel, informatics, and representatives of other professions. Germany is a long time the issue of sexual harassment defined as: „Any intentional, sexually oriented behavior that undermines the dignity of employees in the workplace," regulated in the National Laws on Labor, Social Security and Related Human Rights.[35] However, after a series of harassing cases caused by the actions of large groups of immigrants, the Criminal Law[36] was adopted with radical measures. According to the extended definition it is now defined as: „any sexual act that a victim declines through verbal or physical cues, and other forms of non-consensual sexual contact, such as groping and fondling, were not illegal".[37] According to the Criminal Law [38] the penalties provided for various forms of sexual assault, sexual coercion and rape, range from 6 months to 10 years.[39] According to Article 184 sexual harassment is considered only

[32] „See in" Directive 2002/73/EC of the European Parliament, Official Journal L 269 , 05/10/2002 P. 0015 – 0020, *https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32002L0073,* 26. maj 2018.

[33] *Ibid.*, 1318-1320.

[34] *Ibid.*, 1325-1328.

[35] Act to establish equality for men and women (Second Equality Act – 2. GleiBG), Bundesgesetzblatt, 30 June 1994, No. 39, pp. 1406-1415., National Laws on Labor, Social Security and Related Human Rihts, *http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/39143/64941/E94DEU02.htm*, 25. Maj 2018.

[36] Strafgesetzbuch

[37] Tatjana Hörnle, „The new German law on sexual assault and sexual harassment", *German Law Journal* 18(6), 2017., 1310-1330.

[38] Article 177.

[39] Tatjana Hörnle, „The new German law on sexual assault and sexual harassment", *German Law Journal* 18(6), 2017., 1310-1330.

physical touch, excluding non-verbal signs.[40] The penalties range from two years or a certain monetary compensation.

Observing legal regulations of Austria regarding sexual harassment, we can freely argue that it is a highly regulated country. According to the Law on Equal Treatment (Private Sector), § 7 and §8a of the Federal Law on Equal Treatment, sexual harassment is defined as: „cconducts in the workplace by taking unwanted, inappropriate, offensive, humiliating or offensive sexual behavior that causes a scary, humiliating or hostile working environment."[41] At the same time, sexual harassment under the Criminal Code § 218, is a criminal activity, which refers to a sexual act committed against the will of the victim,[42] which negatively affects the dignity of the victim. So, it's about activities that relate both to the private and the business sphere.

Finally, data for one of the countries of the former Yugoslavia shows that it is strongly fighting against sexual harassment. It is about Croatia, which is in the Anti-Discrimination Act[43], defined sexual harassment as „any verbal, non-verbal or physically undesirable behavior of a full nature, which is intended or actually constitutes a violation of the person's dignity, and in particular if it creates a scary, hostile, humiliating, degrading or offensive environment."[44] Sanctions for sexual harassment are quite high. According to Article 31 Law on Gender Equality, prescribed penalty for discrimination is equivalent to 670 to 5300 euros.[45] Numerous problems are solved by the fact that in every organization with more than 20 employees is an open mobbing office and in them is one person who is always open to receiving complaints.

Until 2005, the issue of sexual harassment has been neglected in Serbia, since it is a traditional environment which was rarely believed that a woman did not cause a male person by her behavior. The legal terminology for the first time in our country recognizes the concept of sexual harassment in the 2005 at the Labor Law Republic of Serbia[46], defining it as: „any verbal, non-verbal or physical conduct that aims or constitutes a violation of the dignity of a person seeking employment, as well as an employee in the field of sex life who causes fear or creates an enmity, degrading or offensive environment".[47] In 2010 comes into force

---

[40] *Ibid.*

[41] *https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Bundesnormen/NOR40100109/NOR40100109.pdf-*, 20. maj 2018.

[42] *https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Bundesnormen/NOR40093007/NOR40093007.pdf-, Strafrechtsänderungsgesetz 2015*, went into effect on Jan 1 2016, 21. may 2018.

[43] Article 3.

[44] *https://zakon.hr/z/490/Zakon-o-suzbijanju-diskriminacije,* 21. may 2018.

[45] *https://www.zakon.hr/z/388/Zakon-o-ravnopravnosti-spolova*, 21. may 2018

[46] Article 21.

[47] Labor Law, *"Official Gazette of the Republic of Serbia", Nos. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014 and 13/2017 – decision of the CC*

the Law on Prevention of Harassment at Work, which in Art. 3, prohibits sexual harassment, and in Art. 35, prescribes a criminal provision for the employer in the amount of 200,000-800,000 dinars.[48] Finally, the latest version Criminal Code of the Republic of Serbia in Art. 182a clearly defined that is sexual harassment: „any verbal, non-verbal or physical conduct that is aimed at or constitutes a violation of the dignity of a person in the field of sexual life that causes fear or creates an enmity, degrading or offensive environment."[49]

According to the Law on Prevention of Harassment at Work, the subject of harassment can initiate: 1. internal procedure of protection against harassment, together with the employer; and 2. Submit a court notice. In addition, the rule is that from the moment of submission of the complaint until its delivery to the employer, if the internal procedure is initiated, it must pass the maximum of three days. Today, almost all larger companies have a person, who is responsible for the issue of harassment. Realistically, for a person who is harassed, it would be better if she can arrange with employer. Unfortunately, judicial proceedings often last very long, and even if they end up in favor of the harassed persons, there is a little chance that the employer will return employees to the work. Similarly, monetary compensation is almost as a rule not paid off. Unfortunately, the job market is full of individuals who are looking for a job, so it's very easy to find a replacement. As a result, most employers are not much interested in finding employees at the labor market. It's a completely different situation with the persons, without whose knowledge, skills and general abilities, the organization's business activities could not be implemented.[50]

3. BEHAVIORAL ASPECTS OF SEXSUAL HARASSMENT

Considering sexual harassment it has been pointed out that there are numerous aspects of his observation from the legal through behavioral, psychological, social and other. In the continuation of the paper will be pointed out on behavioral aspects and the appropriate organizational context. One of the definitions that indicate behavioral aspect is: „sexual harassment is the inappropriate behavior that occurs in traditionally male professions."[51] In the continuation of the work, a model of sexual harassment will be presented, which will points to all behavi-

[48] Law on the Prevention of Harassment at the Workplace, *"Official Gazette of the Republic of Serbia", Nos. 36/10.*

[49] Criminal Code, *"Official Gazette of the Republic of Serbia", Nos.* 85/2005, 88/2005 – cor., 107/2005 – cor., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 and 94/2016).

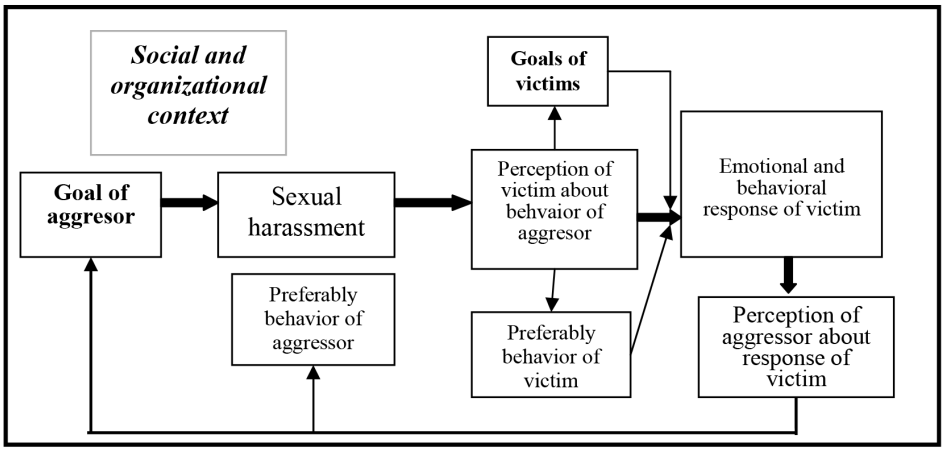
[50] Goran D. Milošević „Faktori promena na tržištu radne snage Srbije", Zbornik radova PFNS 3/2017, 713-735, 714.

[51] Barbara Gutek, Aaron Grof Cohen, and Alison Konrad, „Predicting social-sexual behavior at work: A contact hypothesis", *Academy of Management Journal*, 33.3, 1990, 560-577, 562.

oral aspects in the organizational context. In it model was given second definition of sexual harassment as „a means by which perpetrators, using their powers, achieve the desired outcomes or obtain the desired resources."[52] (Shown in Figure 1).

Aggressor undertakes sexually interconnected actions, expecting to impose harm to another person or obtain his / her consent, in order to achieve personally valued goals. The goal of the aggressor who engages in sexual harassment is to satisfy personal sexual aspirations "re-victimize" the victim, and create fear of retribution, anger, disappointment, alienation, and disgust, physical and psychological abuse. Aggressor behaves in this way for two reasons. According to the first, personal inability to dealt with a problem and solve it represent unpleasant experiences, which caused a frustration and aggressor try to the injuries of innocent others. According to another, the aggressor seeks to establish and maintain positive images of him in the work environment, in order to achieve more social power.

The victim's perception of sexual harassment will affect later emotional and behavioral responses. Interestingly, sexual harassment is not always seen as aggressive by the victim. If sexual harassment and abuse is common, they become normative and are less likely to be challenged by the individual. Likewise, if the victim estimates that there is only one attack, which will not appear in the future, the event will be ignored.



Picture 1[53]

Preferred behavior of the victim was attempted to be modeled through numerous research. In this respect, it is said that the victim must learn: (a) to oppose

[52] Anne O'Leary-Kelly, Ramons Paetzold and Ricky Griffin, „Sexual harassment as aggressive behavior: An actor-based perspective", *Academy of Management Review*, 25(2), 2000, 372-388, 373-374.

[53] *Ibid*., 374.

harassment, (b) to share his feelings about harassment, and (c) tell the harasser, in very explicit terms, that he / she wants that stop disturbing behavior.[54] Emotional and behavioral responses will appear if the victim feels threatened.[55] Internal behavioral responses are: lessening of importance, endurance, denial, redirection and self-indulgence. External behavioral responses are: avoidance, social support, confrontation, institutional and organizational struggle and relaxation.

Finally, the organizational context encourages sexual harassment if: 1) the organization does not have preventive guidelines and avoids serious consideration of victims' complaints, 2) women are part of a non-traditional atmosphere, 3) the organization maintains an inequitable gender relationship, and 4) there is a role model (if individuals notice that the behavior of sexual harassment of other men is acceptable).[56]

Thus, the model of sexual harassment completely illuminated the second approach to such a complex concept, indicating that sexual harassment cannot be presented by looking at only one aspect. At the same time, he supported the legal provisions in Serbia, pointing out that the introduction of institutional and organizational struggle was the only way for the legal solution of sexual harassment.

4. EMPIRICAL RESEARH

The research was conducted with the aim of checking the following hypotheses:

H0: There is no statistically significant correlation between the dimensions of sexual harassment and personal business performance among members of different sexes.

H1: There is a statistically significant correlation between the dimensions of sexual harassment and personal business performance among members of different sexes.

The first study that examined the impact of dimensions of sexual harassment on (not the same ones that are the subject of this paper) the psychological and physical health (not on the basis of the same hypothesis and not on the same sample), was conducted in January-March 2017 in three private companies, but only on a sample of 180 women. The results showed that sexual disturbing and sexual coercion significantly endanger the mental and physical health, as well as business

[54] Merle Waxman, „Constructive responses to sexual harassment in the workplace", *Employee Responsibilities and Rights Journal* 7.3, 1994, 243-246, 244.

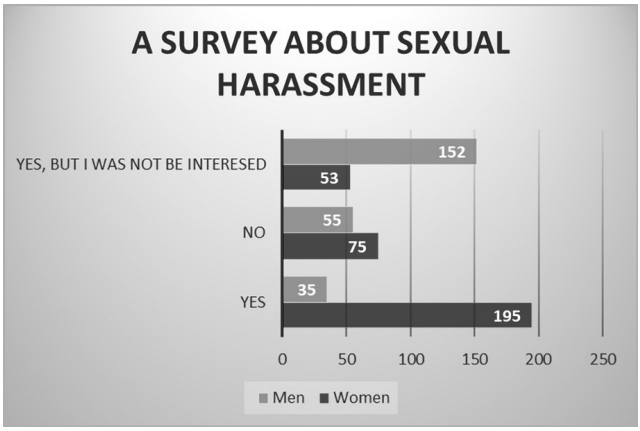
[55] *Ibid as* 33, p. 376.

[56] Louise Fitzgerald, Fritz Drasgow, Charles Hulin, Michele Gelfand, and Vicki Magley, „Antecedents and consequences of sexual harassment in organizations: A test of an integrated model", *Journal of Applied psychology* 82. 4, 1997, 578 -589, 587.

performance.[57] More precisely, sexual coercion according to results of research has 100% influence on mental health, and a sexual disturbance about 60% on physical health. However, it is now trying to look at the position of men regarding sexual harassment. More precisely, "Do men also show such a degree of sensitivity or is it culturally necessary for men to take the first steps toward women in Serbia?"

Empirical research with the intention of examining hypotheses was conducted on a sample of 323 women and 242 men in 5 organizations in the period September – December 2017. Three companies were privately owned and two state-owned. The first company Dehleze, was the subject of a survey in Belgrade and Novi Sad. It covered 47 women and 32 men. Another private company Idea included a sample of 96 women and 63 men in Belgrade, Cacak and Smederevo. In the third company Meat Industry Topola, 6 women and 5 men were surveyed in the area of Belgrade and Backa Topola. State enterprise Post of Serbia has allowed interviewing 121 women and 91 men in Belgrade, Uzice and Cacak. Finally, the Electric Power Industry of Serbia included a survey of 53 women and 51 men in the territory of Belgrade and Kraljevo.

The first part of the research, which was not directly related to the hypotheses, were that the respondents answered on the question "Were they victims of sexual abuse?". The results are shown in Fig. 2.



Picture 2

The second part of the study determined the degree of correlation between business performance and physical on the one hand, as well as verbal and non-verbal sexual harassment on the other. The research was carried out using the Likert type questionnaire, where 1 was **no**, and 3 – **yes**. Business performance

[57] Ivana Erić i Slavica Dabetic, „Seksualno zlostavljanje žena na poslu u Srbiji", *18. International Conference Accounting and Management – A and M*, 21.-22. septembar, 2017, 43-79.

was also examined using a Likert type survey, in which 1 meant **no**, 2 – **moderately** and 3 – **to a large extent**. The SPSS program was used in data processing. The strength and direction of connection between the two groups of variables ranges from -1 to 1. Pearson or Spearman coefficient of correlation will be used to test the existence, direction, and strength of the connection, depending on the way the data was distributed. The correlation was measured using Spearman's correlation coefficient **(ρ)**, since there is no normal distribution between variables. The statistical significance of the obtained values of the coefficients is determined on the basis of *p* – values. More precisely for all $\boldsymbol{p} < 0.05$ values, one can accept the existence of a statistically significant correlation between the observed sets of variables. Results are shown in Table 1.

Table 1. Correlation between dimensions of sexual harassment and business performance between different genders

Gender	Dimensions of sexual harassmenr		Business performance
Women	Phycical	**ρ**	.645**
		p	.000
		N	323
	Verbal and nonverbal	**ρ**	.103
		p	.407
		N	323
Mens	Physical	**ρ**	.023
		p	.853
		N	242
	Verbal and nonverbal	**ρ**	.154
		p	.214
		N	242

Based on the results of the conducted research, we can freely argue that the alternative hypothesis is partially confirmed. More specifically, it was determined that there was a high positive correlation between the physical dimension of sexual harassment and business performance among women ($\rho = 0.645$; $p = 0$). Namely, according to the results of the research, if women experience physical sexual harassment at work, then there will be a significant decline in business performance.

In all other situations, it is not possible to accept an alternative hypothesis. More precisely, statistically significant interdependencies have not been established between verbal and nonverbal sexual harassment, as well as business performance among women, which does not mean that they do not exist ($p = 0.407$). There is also no basis to accept an alternative hypothesis for male members, since p – values for all dimensions are greater than 0.05 ($p = 0.853$; $p = 0.214$). Of course, the conducted research did not investigate the influence of sexual harassment

male vs. male, which does not imply the absence of such relations. It would appear that men are insensitive to sexual harassment, observing the results of the research. However, the research in the world shows that there are a relatively large number of reports of sexual harassments among men. In the case of Serbia, it may be that male members probably do not perceive certain forms of behavior as sexual harassment or they don't want to report it.

5. CONCLUSION

The paper focuses on the impact of sexual harassment on the business results of the company in Serbia with respect to legal and behavioral aspects. The chronological monitoring of the improvement of legal regulations since 2005, until the formulation of sexual abuse as a crime in 2017, has been carried out. Such tendency, fully demonstrates the readiness of the legal system in Serbia to protect workers at least in the mentioned segment.

Analysis of legal regulations on sexual harassment in Serbia began by comparing with regulations in Anglo-Saxon law, primarily in the United States on whose ground it was observed. Furthermore, the basis of legal regulation in the European Union was showed, whose member we are trying to become – Germany, as the most developed country and Austria, in which the most of our citizens want to work. Finally, the comparison was done with Croatia, as the former Yugoslav Republic, with the intention to determine in which extent they are more rigorous than Serbia.

The second part of this paper deals with the behavioral aspects of sexual harassment, since it is not possible to find separate legally from a behavioral dimension. The authors of the paper can freely argue that the organizational context is a key dimension for the extent of sexual harassment in a particular organization.

Finally, a small survey was conducted to determine the presence of sexual harassment at the "field" and its impact on business performance. Previous research has shown that the dimensions of sexual harassment have significant impact on the performance of women. As a result, a study was conducted in order to determine the impact of dimensions of sexual harassment on the performance of both men and women. It was found that the only statistically significant link exists between the physical sexual harassment of women and the decline in business performance.

Statistical significance at male regarding the impact of dimensions of sexual harassment on business results has not been proven. Further research could move towards the number of applications for sexual abuse at work in Serbia, their validity (i.e. "false alarms" for the achievement of other goals), the number of positive or rejected court judgments and the time period that needed to be adjudicate.

Др Звездан М. Ђурић, ванредни професор
Универзитет у Приштини
Економски факултет Косовска Митровица
zvezdan.djuric@bbs.edu.rs

Др Ивана М. Ерић, професор струковних студија
Београдска пословна школа
ivana.eric@bbs.edu.rs

Утицај сексуалног злостављања на пословне резултате предузећа у Србији
Правно – бихејвиорални аспекти

Сажетак: *Сексуално злостављање на раду представља један од највећих стресора, односно догађаја, који може пореметити појединце у нормалном функционисању, обавезно захтевајући телесна, психолошка или бихејвиорална прилагођавања, чиме може изазвати бројне последице. Поседује правну, моралну и бихејвиоралну димензију. Услед тога, у раду су презентиране правне дефиниције, поједине моралне дилеме и бихејвиоралне импликације. Свакако, посматрано из угла пословних импликација сексуално злостављање оставља негативне психолошке и опште здравствене последице, као и значајан пад пословних перформанси. Препознавањем поменутог проблема савремене светске организације, труде се да га искорене. Међутим, у многим традиционалним срединама, којима припада и наша, проблематика дуги низ година није разматрана као значајна. Током 2005. године, Чланом 21 Закона о раду РС бива забрањено сексуално злостављање у нашој земљи, чиме је показана добра воља за искорењивањем тако ружне праксе. У раду је спроведено емпиријско истраживање са намером утврђивања стварне присутности сексуалног злостављања и његових импликација на пословне перформансе организација.*

Кључне речи: *сексуално злостављање, правна регулатива, здравствене последице, пад пословних перформанси.*

Датум пријема рада: 04.06.2018.

Оригинални научни рад 37:001.818
doi:10.5937/zrpfns52-18729

Др Љубинка М. Катић, доцент
Универзитет у Београду
Факултет безбедности
ljkatic@gmail.com

Др Светлана С. Станаревић, ванредни професор
Универзитет у Београду
Факултет безбедности
svetlana_stanarevic@yahoo.com

Др Жељко А. Бралић, ванредни професор
Универзитет у Београду
Факултет безбедности
kentaur.hiron@gmail.com

ЕВАЛУАЦИЈА У ОБРАЗОВАЊУ: ПОКУШАЈИ И ДИЛЕМЕ

Сажетак: *Тема рада је критички осврт на значај, али и лимитираност процеса евалуације у образовању, као и разматрање да ли је довољно говорити о евалуацији у техничком, метријском, статистичком смислу, или је нужно сагледавање контекста у ком је евалуација део целине образовног циклуса, руковођена ширим циљевима и улогама које образовање има у друштву. У основи пречестог посезања за квантификовањем, да би се изразиле квалитативне особине образовне делатности, лежи измењен однос према улози знања и образовања у савременом друштву. Идеји пословно-економског мишљења одговара сужено схватање образовања у коме ефикасност, практична примењивост и економска исплативост, које се мере стандардизованим методама евалуације, имају предност над разноликошћу, слободом и аутономијом. Због тога бивају потиснуте или потпуно изостају флексибилније методе евалуације, отвореније за бројна друга релевантна својства учесника у образовном процесу или карактеристике система у целини. Избегавањем метода које захтевају дуготрајне, префињеније анализе, дискриминативније поступке и квалитативни приступ, евалуација често може водити прилагођавању образовног процеса унапред*

зацртаним, редукованим ставкама које се вреднују, стварајући окружење које неки аутори представљају као ситуацију у којој „реч маше главом“, у којој се евалуацијом жели заповедати целини процеса који сужени евалуативни поступак не обухвата у потпуности. Оваквом перспективом сужава се и богатство легитимних својстава и значења које би образовање требало да развија и негује.

***Кључне речи**: образовање, квалитет образовања, евалуација.*

1. УВОД

Проглашавањем 2015. године међународном годином евалуације УН су нагласиле значај и вредност евалуације за развој и квалитет јавних политика земаља чланица. С друге стране, овакав поступак може да се тумачи и као признање да је актуелни статус евалуације далеко од пожељног, јер „своју годину“ обично добију оне вредности чији значај није задовољавајуће наглашен, а на чијем унапређивању треба појачано радити. Сматрамо да је година евалуације природни наставак процеса којим УН заокружују временски оквир за имплементацију Миленијумских циљева развоја који се завршио управо овом годином. Да би се формулисале нове глобалне политике „пост 2015. агенде“ и да би се кренуло у њихову реализацију, важно је установити да ли је и у којој мери прокламовано до сада и постигнуто. Простор неизвесности и произвољности у закључивању о постигнутом могуће је смањити квалитетном евалуацијом.

Образовање је једно од подручја јавних политика које несумњиво има кључно место у развоју, како друштвених заједница, тако и сваког појединца. Оно је уско повезано са готово свим позитивним ефектима и показатељима друштвеног и индивидуалног развоја[1]. Истовремено, оно може, како показује Бурдије, да буде и главни механизам којим се у друштву одржава или оспорава моћ и утицај појединих друштвених група и појединаца, управо зато јер образовање може да осигура или ускрати приступ економском,

[1] Биљана Бодрошки Спариосу, „*Ефикасност и правичност образовних система у европским политикама образовања*“, *[Efficiency and Equity of Educational Systems in European Educational Policies], Настава и васпитање*, 2007, 3, 264-282; Martina Vukasović, (i dr.) (prir.), *Finansiranje visokog obrazovanja u jugoistočnoj Evropi: Albanija, Crna Gora, Hrvatska, Slovenija, Srbija*, *[Financing of Higher Education in South-East Europe: Albania, Montenegro, Croatia, Slovenia, Serbia],* Beograd, Centar za obrazovne politike, Državni univerzitet u Novom Pazaru, 2009; Ludger Woessmann, Gabriela Shuetz, *Efficiency and Equity in European Education and Training Sistems,* EENEE Analytical Report No. 1, 2006, European Commission Education and Culture; Светлана С. Станаревић, „*Механизми или начини развијања и унапређења безбедносне културе*“, *Зборник радова*, Правни факултет у Новом Саду, 2, (2017), стр. 369-385.

културном, социјалном или симболичком капиталу.[2] Стога, већина дискусија о образовању, па и о евалуацији у том подручју, не може да буде потпуна уколико се сведе само на образовање као педагошко–андрагошки однос комуникације, чија се успешност онда процењује критеријумима који осим академских не укључују и друге друштвене чиниоце.

Одлука о томе које димензије и аспекте образовања вредновати, на које сегменте образовних процеса или учесника фокусирати пажњу, те које начине евалуације применити израста из ширег друштвеног контекста у коме се образовање одвија. Избор угла посматрања и деловања у подручју са збуњујућим богатством значења готово да спречава био какву потпуност. Ипак, он открива много о тежњама и имплицитним вредностима, али и карактеристикама стварног живота одређеног времена и простора.

Временски контекст и друштвено окружење у којем евалуација образовања /у образовању/ постаје актуелна тема може да сугерише и неке од разлога повећаног интересовања за потребу документовања, утврђивања, посведочавања, неретко квантитативног исказивања мере у којој је неки од /задатих/ циљева образовања испуњен. Потреба за провером квалитета јавила се још са скепсом када је образовање почело презриво да се сматра „робом за масе, јефтином и лошом.“[3] Након утицајне Кумсове констатације по којој је формално образовање широм света у кризи[4] осамдесетих година се, најпре у САД а потом и другде, умножавају студије, мање или више емпиријски подржане, у којима се доводи у сумњу педагошки оптимизам и све више инсистира на ефикасности као кључном критеријуму квалитета образовања. Било да су разлози у евенталном смањивању ресурса за образовање које намеће економичније поступање или у некој врсти коришћења евалуације као „алата“ којим се управља укупним образовним токовима, треба имати у виду све специфичности евалуације образовне делатности. Иако се она манифестује као емпиријски и индуктиван процес који започиње констатовањем очигледних чињеница или субјективне перцепције ситуације, евалутивни налази се морају тумачити на нивоу дубљем од дословног да би омогућили извођење далекосежнијих закључака о квалитету образовних институција, процеса, програма или постигнућа. Закључивање које нема чврст ослонац у педагошко-андрагошкој теорији, нужно

[2] Pjer Burdije, Žan-Klod Paseron, *Reprodukcija. Elementi za jednu teoriju obrazovnog Sistema [Reproduction. Elements of a Theory of the Educational System],* Beograd, Fabrika knjiga, 2014; Šeron Gevirc, Alan Krib, *Razumevanje obrazovanja. Sociološka perspektiva [Understanding Education. A Sociological Perspective]*, Beograd, Fabrika knjiga 2012.

[3] Jeager, 1937, према: Alaida Asman, *Rad na nacionalnom pamćenju*, Biblioteka XX vek, Beograd, 2002, стр. 69.

[4] Filip Kums, *Svetska kriza obrazovanja [The Global Crisis in Education]*, Beograd, Interpres, 1971.

остаје на нивоу апроксимација или чак прецизног манипулисања непрецизним, понекад и ирелевантним подацима. А педагошке и андрагошке дисциплине, као нормативне а не само позитивистичке научне дисциплине, враћају и дискусију о евалуацији на терен тананији/сензитивнији од метријског, статистичког, техничког. Квалитетно образовање, да би било достојно значаја које му придаје теорија зависи у великој мери од имагинације, смелости, креативности и слободе његових учесника, од тешко мерљивих и крајње индивидуализованих критеријума, те од начина решавања „немогуће мисије“ усклађивања разноврсних индивидуалних и друштвених потреба и потенцијала.

2. КВАЛИТЕТ ОБРАЗОВАЊА И ЕВАЛУАЦИЈА

Амбијент у коме се у појединим државама организује образовање креира се кроз законе, друге правне акте и стратегије, те у складу са међународним основама из ове области. Као кључна реч стратешких одредби на свим нивоима и приоритетни циљ дугорочног развоја образовања увек се наглашава *побољшање квалитета* процеса и исхода свих нивоа и форми образовања. У Стратегији развоја образовања у Републици Србији до 2020. године (даље: СРОС) истиче се да тај највиши ниво развоја „проистиче из научних сазнања о образовању и најбољих постојећих образовних пракси.“[5] Анализом актуелних образовних политика и пракси уочљиво је како данас при доношењу суда о квалитету појединог аспекта образовања преовлађују путеви, методе и технике које су базиране на непосредним емпиријским подацима, чињеницама или перцепцији, који се углавном исказују квантитативно, а потом с „неподношљивом лакоћом“ преводе у квалитативне судове.

Као основни разлог због кога се врши вредновање или евалуација у обимној литератури често се наводи и наглашава могућност *усмеравања* образовних токова на начин који доприноси побољшању квалитета. Друга функција, која се дâ наслутити већ из благе нелагоде коју многи учесници у васпитно-образовном процесу осећају у ситуацијама у којима неко вреднује њихов рад, јесте *контролна* функција евалуације. Иако се готово увек истиче како се евалуација не спроводи с намером контроле, пресије, означавања, кажњавања, многи је доживљавају као „тражење пропуста“, а не избалансирано регистровање добрих и лоших страна. Чак и оцењивање ученичких постигнућа, као најочигледнији пример коришћења евалуације као контроле, требало би да садржи елементе који за циљ имају усмеравање

[5] *Strategija razvoja obrazovanja u Republici Srbiji do 2020. godine [Strategy for Education Development in the Republic of Serbia by 2020]*, Vlada Republike Srbije, Ministarstvo prosvete i nauke, Službeni glasnik RS, br. 107/2012, стр. 7.

ка даљем развоју и побољшавању. Међутим, искуства са спровођењем евалуације, тумачењем, анализирањем и коришћењем њених резултата првенствено је доводе у везу са контролом. Историјски посматрано, најраније евалуације су такође биле везане за докимолошки приступ и оцењивање ученичких постигнућа. Поређење са другима или са унапред утврђеним стандардом сугерише да је неко бољи а неко лошији, да је нешто вредније а друго мање вредно, да неке школе, појединци, програми, научне области, садржаји, заслужују виши ранг и углед, више финансијске и друге подршке, а други мање. Примери јединствености, оригиналности, иновативности неког програма, или људска особеност, креативност и непоновљивост учесника тако могу да постану сметња, ризик и мана. Разуман поступак утврђивања добрих и мање добрих решења, који би имао информативну вредност, лако прети да склизне у неразборито апсолутизовање налаза евалуације као несумњивих, самих за себе неупитних, ако поступак остане изолован у односу на потребу за развијањем критичког и демократског образовања.

Ако је побољшање квалитета образовања прокламовани циљ евалуације, онда је у дискурсу о евалуацији неопходно поћи од појма *образовања* који доживљава убрзану инфлацију. Уместо њега све више се, чак и у академском дискурсу, употребљава појам *едукација,* којим се /не/намерно замагљују бројне разлике које у сазнајно-теоријском смислу постоје између појмова васпитање, образовање, оспособљавање, обучавање, тренинг... Не улазећи у расправу о дефиницијама ових појмова образовање је, у свим одређењима, увек повезано с нечим општим, универзалним, свеобухватним, које се, услед многих ужих, специјалистичких приступа неком од аспеката образовања лако може изгубити из вида. „Док именица „обука“ може да стоји у множини, „образовање“ у множини не постоји.“ [...] „Идеја образовања нас подсећа „да није важно оно што *већ можемо*, него и оно што можемо да *будемо*, не само оно што *знамо*, него и оно што *јесмо.*“[6] Будући да се не може на исти начин евалуирати делатности које имају суштински различите циљеве, сврхе и појавне облике, нити је могуће све истовремено евалуирати, свако вредновање би требало спроводити имајући у виду ограничења евалуационих алата, њихову /не/подесност за одређену димензију образовања, те ваљаност и поузданост закључака који се из прикупљених података могу изводити. Ако желимо да закључци буду поуздани и да евалуације заиста мере оно о чему говоре, евалутивни поступци би морали да се спроводе у дужем периоду, на различите начине за различите аспекте, елементе и димензије образовања, дискриминативнијим, сложенијим поступцима, поступцима у много чему сличним истанчаним методама научних истраживања.

[6] A. Asman, цит. дело стр. 9.

Поред тога што би евалуација требало да произлази из јасних начела, циљева и задатака појединих димензија образовања, поступци на којима се заснива претходно треба да буду усаглашени са изабраним концептом *квалитета,* јер је функција евалуације да омогући *доношење суда о квалитету.* Због ове комбинације кључних претходних избора проблеми евалуације могу да изгледају несавладиво, али без њих сваки каснији поступак може да води искривљеној слици образовне стварности. Из разлика у концепту квалитета следи различит избор параметара које ћемо сматрати значајним чиниоцима квалитета, методе путем којих ћемо их идентификовати и, најзад, суд који ћемо на основу налаза донети. Сви елементи у поменутом низу требало би да буду комплементарни у концептуалном, теоријском и методолошком смислу, а вођени теоријским дискурсом о циљевима образовања и појму квалитета.

Дефинисање квалитета у области образовања обликује се око неколико доминантних схватања. Квалитет се често одређује као мера достизања прага, *стандарда*, извесних норми и критеријума. Како је то релативно груба мера непогодна за продубљене анализе, квалитет у образовању се одређује и на субјективнији начин, као мера вредности, као *изврсност*, тежња да се буде најбољи у односу на неки постављени критеријум. Поред тога, образовање, као делатност појединаца, али која се најчешће спроводи у друштвеној заједници те и за њене *потребе*, можемо процењивати и са аспекта усклађености са тежњама, циљевима и потребама појединаца и друштва[7]

Први корак у дефинисању квалитета обично чине поступци које можемо груписати око *стандарда* и норми које неки образовни елемент треба да задовољи или достигне.[8] Тај приступ, као практично примењљив и једнообразан, погодан је при доношењу закључака о испуњавању или неиспуњавању одређених, неретко минималних услова које треба да задовољи нека институција, појединац или образовни систем. Често се користи као груба мера при акредитацији васпитно-образовних установа када се процењује ниво испуњености просторних, кадровских, материјалних, дидактичких и других услова за рад.[9] Употреба стандарда као мере квалитета изискује опрез из више разлога. Међу њима је чињеница да оно што је једнообразно није у свакој ситуацији и најбоље па самим тим /не/испуњавање стандарда не мора да буде релевантно за вредност и квалитет образовања. Стандарди су, поред тога, такође арбитрарни, неретко установљени као такви зато што су лако примењиви, обично су релативно статични и мање сензибилни на

[7] Yin Cheong Cheng, „*Multi-models of Quality in Education*“, *Quality Assurance in Education,* 5, 1997, pp. 22-31; Srbijanka Turajlić, (ur.) *Evropski univerzitet 2010? [A European University 2010?],* Beograd, AAOM, 2001.

[8] S.Turajlić, цит. дело

[9] S.Turajlić, цит. дело

промене па њихово апсолутизовање може водити стагнацији, шаблонизовању рада и потцењивању креативности. Испуњавање стандарда поседовања информатичке опреме, рецимо, за коју сви несумњиво сматрају да је корисна, само по себи не мора водити квалитетнијем образовању. Иако, савремени уређаји и технологија омогућавају професорима и предавачима да организују своја предавања на потпуно нов начин и њена примена је пожељна[10], могуће је замислити ситуацију у којој добру школу у перцепцији корисника чини старо, добро, захтевно, теоријско излагање посвећеног, мудрог и доброг наставника. Поред тога, инсистирање на стандардима може временом да доведе до занемаривања свега осталог, а једнообразност која се стандардизовањем може постићи лако губи из вида да је стварни живот, па и у сфери образовања, пун јединствених случајева и изузетака. Занемаривање тих изнимних случајева може, дугорочно посматрано, да нанесе велику штету појединцима и друштву у целини. Некритичко коришћење идеје мерења квалитета искључиво путем стандарда било би равно „Прокрустовој постељи", вештачкој мери којој се сваки поједини случај мора насилно прилагодити. Професионална група која учествује у образовању спада међу најстарије професије, па је нормално очекивати да свој ауторитет гради руковођена и сопственим мерилима и стандардима.[11] Недвосмислена правила, јасне смернице и минимална одступања можда су предност у неким мање захтевним или производним делатностима, али могу да буду проблематична при вредновању образовања где људи раде са људима, где се ефекти могу сагледати тек на дуги рок и где се „производе" нематеријалне вредности.[12]

Субјективније, традиционално схватање квалитета, присутно посебно у академској средини, одређује квалитет као меру вредности, као *изврсност*, тежњу да се буде најбољи у односу на неки постављени критеријум. Ово схватање почива на другачијим педагошким и филозофским начелима, на сарадњи и поверењу, те на професионалној аутономији наставника. Руководеће идеје овог приступа могу да опстану „једино у окружењу изграђеном на поштењу, самопоуздању и професионалности, те са добрим управљањем."[13]

---

[10] Давор Јанчић, Срђан Абдијевић, „*Коришћење електронских комуникација у образовном процесу: перспективе и иновације*", *Зборник радова*, Правни факултет у Новом Саду, 2006, стр. 433-443.

[11] Gunar Handal, *Studentska evaluacija nastave. Priručnik za nastavnike i studente visokoškolskih ustanova [Student Evaluation of Teaching. A Handbook for Teachers and Students at Institutions of Higher Education],* Beograd, AAOM, 2003.

[12] G. Handal, цит. дело; Konrad Paul Liessmann, *Teorija neobrazovanosti. Zablude društva znanja [The Theory of Miseducation. Misconceptions of a Knowledge Society]*, Zagreb, Naklada Jesenskii Turk, 2009; S.Turajlić, цит. дело.

[13] Pasi Sahlberg, *Lekcije iz Finske, Finnish Lessons; Što svijet može naučiti iz obrazovne promjene u Finskoj [Finnish Lessons: What Can the World Learn from Educational Change in Finland?],* Zagreb, Školska knjiga, 2012, str.194.

У образовним системима који се не концентришу толико на спровођење и консолидовање идеја осмишљених изван система, према којима се управо због тога осећа незадовољство и неретко пружа отпор, сви друштвени чиниоци, укључујући и систем образовања, свако у свом домену, пажњу усмеравају на унапређење образовања. Објашњање изузетног образовног успеха Финске, рецимо, почива управо на томе што је ова земља у дуготрајном реформисању образовног система изабрала алтернативни пут, често у супротности са глобалним образовним кретањима. „Фински приступ реформи одражава посебну побједничку стратегију: изврсност цјелокупног образовног система могуће је постићи тако да поступате другачије од осталих.“[14] А изобиље је онога што раде другачије од осталих: целокупна управа у јавном сектору темељито је децентрализована па и образовање као најважнија јавна услуга; у Финској „не постоје екстерне школске инспекције, стандардизовани курикулум, одлучујуће вредновање ученика, одговорност за успех[15] ученика утемељена на тестовима, као ни менталитет немилосрдне „утрке до врха.“[16] У вредносном систему целокупне заједнице образовање је у самом врху, негује се култура међусобног поверења, рефлексивне самопроцене, припадници наставничке професије уживају висок степен аутономије а професија се убраја међу три најцењеније у друштву; одупрли су се образовним реформама које се руководе правилима тржишта, а образовни сектор развијају на вредностима заснованим на инклузивности и праведној расподели ресурса. Ипак, или управо због тога, резултати финских ученика на међународним PISA тестирањима OECD – а годинама су у самом врху.

Квалитет образовања можемо процењивати и као меру усклађености са *потребама* и циљевима друштва и појединаца. Овај најкомплекснији пут захвата најшире аспекте образовања које у сваком друштву спада међу главне механизме којима се одржава или оспорава моћ појединих друштвених група.[17] Из ове перспективе квалитет се може процењивати као мера у којој је могуће остварити основно људско право[18] на слободан и демократски процес школовања и мера у којој је друштво организовано на начин којим се обезбеђује највећа корист за највећи број њених становника. Иако образовне политике многих држава показују тренд урушавања схватања образовања као јавног добра демократски засноване заједнице и ангажовани појединци ово кретање

[14] P. Sahlberg, цит. дело стр. 186.

[15] Вредновање наставника према успеху ученика духовито се пореди са вредновањем хирурга према броју преживелих пацијената – резултат такве политике био би одбијање лечења најтежих пацијената (Baker i dr., 2010; према: P. Sahlberg, цит. дело стр. 143).

[16] P.Sahlberg, цит. дело стр. 31.

[17] Michael W. Apple, *Ideologija i kurikulum [Ideology and Curriculum]*, Beograd, Fabrika knjiga, 2012; P. Burdije, Ž. K . Paseron, цит. дело; Š. Gevirc, A. Krib, цит. дело.

[18] У већини земаља за одређене старосне групе образовање је и законска обавеза.

уназад настоје спречити. Јавно добро, при том, као и у економској теорији, означава добро свима доступно и које сви уживају, али и неривалско и неискључиво.[19] Сужени, али доминантан, приступ при процењивању квалитета образовања у односу на потребе друштва, обично у дискурс укључује само економске категорије, цени њихову усклађеност са тржиштем рада, у контексту тешког проблема /не/запослености и сличних друштвених проблема.[20]

Задовољавање образовних потреба појединаца и актуелних и перспективних потреба „друштвеног организма" могуће је вредновати тек захватајући широк распон релевантних чинилаца. Референтни оквир анализе чине како појединачне потребе индивидуа за личним развојем, тако и оне проистекле из њихових групних обележја: класе, расе, здравственог статуса, рода и слично. Добром школом се у том смислу не би могла сматрати школа која није инклузивна, доступна свима без разлике и без изузетака, школа која не уважава језичку, религијску, верску или другу разноликост. Још шири простор за неспоразуме добијамо укључујући у анализу друштвене потребе: ко их дефинише, са ког становишта, да ли је могућ консензус о карактеру друштва какво желимо да градимо и томе слично. Несинхронизованост образовне стратегије са бројним стратегијским одредбама које регулишу друге, повезане друштвене домене показује да област образовања није заснована на сигурним темељима. Вредновање образовних политика, стратегија и система у том смислу није могуће доследно спровести ако се на декларативном нивоу истиче квалитет као први циљ и правичност као главна димензија образовања, а са друге стране, за крајњи исход развоја образовања се каже да треба „у потпуности да одговара захтевима тржишта радне снаге."[21] Ако унутар истог документа имамо несклад, онда је вероватно на делу криза циљева, а не само путева до како-тако формулисаних циљева. У том случају вредновање било којег појединачног аспекта образовања губи смисао јер полазни критеријуми остају нејасни.

3. КВАНТИФИКОВАЊЕ КВАЛИТЕТА

Унаточ многим мањкавостима и потешкоћама присутним у теорији, а још више у пракси евалуације, не треба стећи погрешан утисак како је ева-

[19] Luc Veber, Sjur Bergan, (ur.), *Javna odgovornost za visoko obrazovanje i istraživački rad [Public Responsibility for Higher Education and Research],* Beograd, Savet Evrope, 2005.

[20] Љубинка Катић, „*Функционална вредност студентске евалуације рада наставника"*, *Зборник радова Факултета безбедности* [The Functional Value of Student Evaluation of Teacher Performance, *Collection of Papers of the Faculty of Security Studies*], Београд, Универзитет у Београду, Факултет безбедности, 2007.

[21] *Strategija razvoja obrazovanja u Republici Srbiji do 2020. godine [Strategy for Education Development in the Republic of Serbia by 2020]*, Vlada Republike Srbije, Ministarstvo prosvete i nauke, Službeni glasnik RS, br. 107/2012, стр. 121.

луација образовања непотребна. Напротив, ваљана и поуздана евалуација је предуслов квалитетног образовања. Без евалуације „више је наде него сигурности“[22] да образовање испуњава циљеве који се од њега очекују. Да би вредновањем обухватили широк спектар једнако легитимних подручја без којих образовање није могуће разумети, потребан је исто толико широк распон различитих метода и техника евалуације. Како судимо о томе шта чини добро образовање, добру школу, доброг наставника, ученика, уџбеник, наставни програм – у великој мери је руковођено субјективним мерилима и вредносним оријентацијама некога друштва, али и вишедимензионалном природом различитих појавних облика образовања. Својство или индикатор који је значајан за квалитет једног аспекта образовања може да буде слабо или нимало релевантан за други. Овде се опет крећемо по терену који указује да ваљано вредновање нужно поприма обележја научно-истраживачког рада.

Теоријско-методолошки проблеми су у основи релативне запостављености ове сложене евалуативне делатности, али они нису једини. Поред *субјективних* разлога недовољне оспособљености за евалуацију, нису без значаја ни многи *друштвени* чиниоци. Пошто образовање није никада друштвено неутрално, према мишљењу неких аутора[23], спровођењем евалуације једног одређеног типа се, поред осталог, доприноси задржавању *statusa quo* у друштву. Нејака теоријска утемељеност евалуације последично производи захватање и прикупљање података на нивоима, облицима и формама образовања који су јаснији, доступнији, лакши за спровођење и обраду. Обично су то нивои којима се могу прилагодити докимолошки модели, па се они често и непримерено користе, а устаљени поступци мерења и оцењивања ученичких постигнућа ставља се у први план евалуативног процеса. На овај начин одговорност за квалитет образовања спушта се наниже, на школе, децу, наставнике, а ретко се пропитује смисао и филозофија образовања, његова укупна друштвена улога, стратегијска опредељења и вредности које се у друштву и путем образовања промовишу. Задовољити форму, а не суочити се са озбиљним изазовима и стварним проблемима многих учесника у образовању, могуће је извесно време без велике штете, али и не задуго.

Различите методе и технике евалуације омогућавају закључивање о неким аспектима образовања на основу емпиријских података. Да ли се, међутим, испод првог очигледног слоја значења тих података може открити други, дубљи слој који говори о *вредности* образовања није могуће закључити једноставно, без резерве и без остатка. Унаточ томе што се називају

---

[22] Ranko Bulatović, *Andragoški zapisi [Andragogical Notes]*, Beograd, Institut za pedagogiju i andragogiju Filozofskog fakulteta,2002, стр. 165.

[23] M. Apple, cit. delo; K.P. Liessmann, цит. дело.

индикаторима многи подаци то у строгом методолошком смислу нису па, иако имају извесну информативну вредност коју не треба потцењивати, на основу њих није упутно доносити далекосежне закључке. Они омогућавају проширивање или исправљање непосредних утисака, смањују субјективност или неоснованост паушалних процена. Реализована активност, иновативан наставни програм, одређени број објављених радова или високе оцене из неког предмета, ипак не морају истовремено да значе и да смо постигли жељени резултат. Погрешно у том случају би било само *апсолутизовати* резултате који нису били подвргнути ригорозној методолошкој провери, која би можда била превише скупа, и прихватити их као да јесу. Посебан, не мање значајан проблем, тиче се *даљих последица* коришћења оваквих налаза по људе, институције, ученике, финансирање програма и томе слично.

Иако су континуирани мониторинг, прикупљање и анализа података из којих се са довољном поузданошћу може закључивати о квалитету образовања корисне и неопходне активности, оне још увек немају чврсте ослонце. Као битно својство евалуације обично се сматра „приписивање одређених квантитативних или квалитативних вредности одређеним облицима активности или одређеним ефектима и то према унапред одређеним стандардима.“ [24] Дакле, дискурс о евалуацији је, у ствари, дискурс *о вредностима.* У пракси се најчешће подразумева да се различитим одредницама које се користе као матрице при евалуацији приписују *бројчане вредности* и даље се њима барата као егзактним чињеницама. Статистички, метријски поступци стварају илузију објективности и закључци постају несумњиви. Можда је најоштрије овакву ситуацију изложио Liessmann:

> „квалитети се већ с појмовно-логичких разлога не могу једноставно пребацивати у квантитете, тај је концепт осигурања квалитета – који сам по себи не влада ни најједноставнијим основним појмовима логике – квалитет већ одавно заборавио. Управо се на овој глупости заснива опчињеност рангирањима, јер се њима квалитети све више очитују као однос квантитета. Ради се о томе да се бројкама које означавају мјеста изрази тко је бољи а тко лошији.“[25]

Још више упозорава став истог аутора по коме наше пристајање на „лудило ранг листа“ потврђује „исконско повјерење у хијерархијски поредак свијета“[26] које демократизација не може лако уздрмати. Не пропитујући

[24] Biljana Trebješanin, „*Upravljanje kvalitetom nastave i evaluacija rada nastavnika*“, *Obrazovanje odraslih* [Teaching Quality Management and Teacher Performance Evaluation, *Adult Education*], Sarajevo, 2, Bosanski kulturni centar, DVV International, 2003, стр. 49.

[25] K.P. Liessmann, цит. дело, стр. 72.

[26] K.P. Liessmann, цит. дело стр. 67.

начине настанка тих листа ни њихову улогу супституте слободног тржишта, претпоставља се став по коме достизање квалитета значи, у ствари, достизање првога на листи, чак и по цену његовог копирања. Мање или више успешне копије других образовних система, школа или универзитета постају форма која доноси успех, формула уни-форме постаје пожељна. Прихватањем овог концепта, без захтева да се нормативне смернице аргументују и образложе, јединственост, креативност и различитост „губе трку".

Једно од уверљивих објашњења јачања статуса евалуације и настојања да се постане арбитар квалитета образовања посредством *„држања кључева" евалуационе политике* тиче се много ширих друштвених промена које се не односе само на подручје образовања. Као дубински узрок најчешће се наводи савремени успон неолиберализма и неоконзервативизма у једном делу развијених земаља. Пословно-економско мишљење, које је постало преовлађујуће, одразило се и на образовне системе. Они се неретко посматрају више са становишта могућег доприноса пословним подухватима и профиту, него доскорашњег циља развоја људских и укупних друштвених потенцијала. Многе замке које носи такав приступ обично нису на први поглед видљиве јер су предности комерцијализације образовања „тренутне, опипљиве и крајње корисне", а опасности „удаљене и неопипљиве."[27] Економски сектор треба да буде укључен у доношење одлука које се тичу образовања, али је за друштвену заједницу штетно ако остане и једини.

О многим лошим странама одустајања од образовања као јавног добра и сужавања његове аутономије, посебно са становишта угрожавања шанси непривилегованих слојева друштва и запостављања свих потреба сем економских, расправљали су бројни аутори.[28] Каква може да буде улога евалуације у том процесу? Склони смо мишљењу да може да буде пресудна. Онај ко поседује моћ да *дефинише квалитет* може да изабере начин евалуације који одговара њему или одређеној друштвеној групи. У подручју образовања он прописује стандарде, критеријуме изврсности и потребе које ће бити задовољене; бира на шта ће фокусирати пажњу образовне политике; установљава позицију појединаца у образовном процесу било као аутономних личности или пуких извршилаца; одређује које знање се сматра легитимним; које дидактичке праксе пожељним. При томе, критеријуми евалуације не произлазе нужно из унутрашњих могућности и сврха образовања него из спољашњих користи. „Знање и образовање више нису циљ него постају средство."[29] Као да се очекује да се образовање прилагоди одређеном начину евалуације који је наметнут различитим врстама институционалног при-

[27] Derek Bok, *Univerzitet na tržištu [University on the Market]*, Beograd, Clio, 2005, стр. 114.

[28] M. Apple, цит. дело; K.P. Liessmann, цит. дело; Martha Nussbaum, *Not for Profit. Why Democracy Needs the Humanities?,* Princeton, Princeton Univerity Press, 2010.

[29] K.P. Liessmann, цит. дело, стр. 129.

тиска, да би потом резултати евалуације на погрешан начин усмеравали образовање.

Могуће је навести читав низ примера који показују на који начин оно што мере евалуације повратно утиче на разне димензије образовања. Чак и сама чињеница да постоји свест о праћењу, процењивању и вредновању може да *мења* понашање учесника у неком процесу у односу на њихово спонтано понашање. Ова правилност присутна је не само код понашања појединаца, у овом контексту наставника, руководилаца, ученика, него се одражава и на колективне одлуке и процене. Ако се нешто у одређеном друштвеном контексту перципира као вредно оно ће се утолико теже и ређе доводити у сумњу. Одлука о томе који ће се *наставни програми или праксе* усвојити као вредни изучавања у великој мери је и кроз историју зависила од идеологије, вере или политике више него педагошко-андрагошких и филозофских основа образовања. Према тумачењима социолога образовања[30] актуелни друштвени тренутак погодује потискивању значаја као и мултидимензионалности циљева образовања у корист његове сужене улоге служења економском интересу. Улога коју образовање /може да/ има за развој потенцијала сваког појединца и друштвену заједницу у целини, маргинализована је, између осталог, и начином на који се вреднује квалитет образовања. Као подразумевајуће боље, вредније, значајније и корисније знање образовним системом се форсира знање које доноси највише користи владајућим, већинским, привилегованим друштвеним групама. Искуство осталих не сматра се значајним, не цени се, чак се понекад и не вреднује. Конформизам или различите врсте притисака консеквентно доводе до тога да се *вредности, норме и модели понашања* поменутих група образовањем интериоризују и сматрају природним, а образовање у том смислу вредносно неутралним. Образовна стварност се прилагођава, макар и само „на папиру“, чак ако тиме изневерава образовне идеале.

Све већа употреба квантификовања, преузета из природних наука и примењена на све несродне области, омогућава и све чешће коришћење рангирања као облика вредновања. „Сувереност данас посједује онај тко има моћ приредити овакво низање.“[31] Што је ниво образовања виши то се ужим круговима препушта посао пресудитеља, иако ни у научној заједници нема јединственог става по питању може ли се и како измерити свака димензија образовања. Агенције за рејтинг и вредновање, неретко у приватном власништву, решавају дилеме на темељу не баш јасних критеријума, недовољно сигнификантних низова тестова и евалуационих поступака. Најутац-

[30] M. Apple, цит. дело; Драган Коковић, *Социологија образовања [The Sociology of Education]*, Нови Сад, Матица Српска, 1994.

[31] K.P. Liessmann, цит. дело, стр. 70.

нији међународни програми којима се евалуирају образовни системи, попут OECD-овог PISA програма, обухватају три области – математику, природне науке и читалачку писменост, па ипак се према њима суди о целини система. Образовни системи и политике образовања многих држава потом поклањају више пажње поменутим, него неким другим областима, чак и провераваним областима унутар тих евалуираних подручја. Упозорења о погрешно изведеним закључцима и променама образовне праксе након ПИСА тестирања стижу и из држава које постижу најбоље резултате на овим тестирањима. Управо из Финске сугеришу како „реформе на стероидима“[32], које форсирају неке државе, могу да се претворе у вештачко побољшање резултата, а не одрживо решење. Њихов образовни успех заснива се управо на супротним основама. Бригу за друштвену кохезију и важност једнаких могућности, поред унутаробразовних чинилаца, сматрају темељним извором квалитета образовања.[33]

Резултати стандардизованих метода евалуације, рангирања, бодовања и мерења нивоа институционалних носилаца образовања, ученичких постигнућа, наставних програма, научних пројеката, компетенција наставника и свега другога што се може мерити често постају незаменљиво средство у формулисању образовних политика, алокацији увек ограничених ресурса и сличних практичних решења. Флексибилније, осетљивије, валидније методе евалуације, отвореније за бројна друга релевантна својства учесника у образовном процесу или карактеристике система у целини, које захтевају дуготрајне, префињеније анализе, дискриминативније поступке и квалитативни приступ бивају потиснуте или потпуно изостају, док се мерљивијим својствима придаје превелики значај.

У последњој деценији преовладао је модел квантитативног изражавања квалитета и у универзитетској средини. Задржимо се само на „вредновању квалитета истраживања, које истовремено има и функцију вредновања самих истраживача.“[34] У образовању у целини, посебно у универзитетској настави, запослене су особе које су као друштвена група задржале многе карактеристике слободних професија од којих се очекује висок степен индивидуалне и институционалне аутономије. Ипак, вредновање њиховог рада, при том само истраживачке а не и наставне компоненте овог поливалентног позива, „базира се на филозофији позитивизма, прагматизма и са наглашено утилитарном оријентацијом.“[35] Оно је потцењивачко и за „најбо-

[32] P. Sahlberg, цит. дело, стр. 15.

[33] Wilkinson i Pickett, 2009, према: P. Sahlberg, цит. дело, стр.204.

[34] Katarina Popović, Nataša Vujisić Živković, „*Kvantitativni pristup vrednovanju kvaliteta istraživanja u oblasti obrazovanja – otvorena pitanja, problemi i perspektive*“, *Andragoške studije* [A Quantitative Approach to Evaluating the Quality of Research in Education – Open Questions, Problems and Perspectives, *Andragogical Studies*], Beograd, 2, 2012, стр. 25.

[35] K. Popović, N. Vujisić Živković, цит. дело, стр. 38.

ље“ и за „лошије“ истраживаче јер спољашњим притиском надомешта слободу избора и аутономију. Као индикатори квалитета се мере место објављивања истраживања (назив, ранг часописа), индекс цитираности и број приступа истраживању у електронским базама података. Многи од ових индикатора нису релевантни за закључивање о квалитету: висока цитираност, рецимо, може да буде последица навођења у негативном контексту или мреже узајамних цитирања; високо котиран часопис може да буде тзв. „предаторски часопис“; приступ податку не мора да значи да је рад и прочитан. Ипак, на основу оваквих мерила одређује се бодовни еквивалент квалитета одређеног чланка, „па тако од онога што су истраживачи написали не морамо прочитати ни ретка.“[36] Апсурд ове ситуације Liessmann илуструје историјом академског напретка светски признатог филозофа Канта који у данашњем научном систему не би имао никакве шансе.[37] Поверење и слобода, а не притисак и контрола погодују креативности, макар се уз неке генијалне истраживаче и професоре „провукли“ и они који то нису. Преовлађујући начин евалуације, најзад, силом притиска јача најгоре, а не најбоље особине човека, како ученика тако и наставника – надметање, егоизам, склоност конформизму, чак превари, себичност, некритичко покоравање ауторитету.

ЗАКЉУЧАК

Преовлађујући начин евалуације у образовању јача тенденције сужавања, сиромашења богатства циљева који се образовањем могу постићи. Својим повратним деловањем на образовну праксу претежно квантификовани приступ квалитету показује се као рђав начин вредновања квалитета, посебно уколико остаје једини. При вредновању образовања требало би поћи од свих потреба и циљева појединаца и припадника друштвене заједнице који се образовањем могу задовољити, а не само економских потреба, уских захтева тржишта или привилегованих и моћних друштвених група. Изузетно комплексна васпитно-образовна делатност тражила би и изнијансиране начине евалуације. Уска, деформисана и крута перспектива вредновања образовања, проистекла из других и другачијих делатности и из ужих форми образовања као што су тренинг или обука, временом може да доведе

[36] K.P. Liessmann, цит. дело стр. 72.

[37] K.P. Liessmann, цит. дело стр. 74-77. Liessmann подсећа на демонстративну Кантову непокретљивост; пре универзитетског намештења никада није боравио у иностранству; десет година по доласку на универзитет ништа не објављује; сазревање *Критике чистог ума* чини године шутње његовим најпродуктивнијим годинама; не учествује у колективним пројектима... Како би био измерен његов истраживачки учинак, према данашњим критеријумима?

до прилагођавања образовног процеса унапред зацртаним ставкама које ће се вредновати стварајући амбијент који неки аутори називају ситуацијом у којој „реп, у овом случају поступак вредновања, маше псом“[38] и покушава заповедати целини сложеног и вишедимензионалног процеса који сужени евалутивни поступак не обухвата у потпуности.

[38] M. Apple, цит. дело, стр. 383.

Ljubinka M. Katić, Ph.D., Assistant Professor
University of Belgrade
Faculty of Security Studies
ljkatic@gmail.com

Svetlana S. Stanarević, Ph.D., Associate Professor
University of Belgrade
Faculty of Security Studies
svetlana_stanarevic@yahoo.com

Željko A. Bralić, Ph.D., Associate Professor
University of Belgrade
Faculty of Security Studies
kentaur.hiron@gmail.com

Evaluation in Education: Trials and Dilemmas

***Abstract**: The subject of the paper is a critical review of both the importance and the limitations of the evaluation process in education. The key question raised hereis whether it is enough to consider evaluation in technical, metric and statistical terms or it is necessary to also view the context in which evaluation forms part of the entire educational cycle, guided by broader objectives and roles of education in society. The underlying cause of the all too frequent recourse to quantification in order to convey the qualitative characteristics of educational work is the altered attitude towards the role of knowledge and education in modern society. The idea of corporate-economic thinking correlates with the reduced notion of education where efficiency, practical applicability and economic exploitability, which are measured by standardized evaluation methods, are favoured over diversity, freedom and autonomy. That way the more flexible evaluation methods, more open to many other relevant qualities of the participants in the educational process or to the characteristics of the system as a whole, which require long-term, more sophisticated analyses, more discriminating procedures and a qualitative approach, are superseded or omitted. Consequently, evaluation leads to the adjustment of the educational process according to the predefined reduced features being evaluated, creating an environment that some authors describe as a situation where "the tail wags the head", in which evaluation is meant to govern the entirety of a process that is not fullyencompassed by the reduced evaluation procedure. Such a perspective*

also reduces the wealth of legitimate features and meanings that education is supposed to develop and foster.

***Keywords**: education, quality of education, evaluation.*

Датум пријема рада: 30.08.2018.

Оригинални научни рад 347.73:336.71
doi:10.5937/zrpfns52-17670

Др Марко Б. Димитријевић, доцент
Универзитет у Нишу
Правни факултет у Нишу
markod1985@prafak.ni.ac.rs

Др Срђан С. Голубовић, редовни професор
Универзитет у Нишу
Правни факултет у Нишу
golub@prafak.ni.ac.rs

РЕШАВАЊЕ МЕЂУНАРОДНИХ МОНЕТАРНИХ СПОРОВА: АЛТЕРНАТИВНИ МЕХАНИЗМИ*

Сажетак: *Предмет анализе у овом раду јесте сагледавање могућности примене и значаја алтернативних механизама у решавању међународних монетарних спорова. У том смислу се у истраживању акценат ставља на питања која се тичу правног дефинисања појма новца, постулата државне (институционалне) и друштвене теорије новца у монетарном праву и сагледавању битних обележја монетарних спорова. У даљем тексту, посвећује се пажња међусобном поређењу предности и надостатака судског и арбитражног решавања спорова у Европској монетарној унији (ЕМУ) на примеру меродавних случајева везаних за надлежност Европске централне банке, где се као општи закључак уочава потреба за стварањем предуслова за примену алтернативних начина решавања монетарних спорова који се налазе у функцији очувања, како монетарне, тако и опште привредне стабилности.*

Кључне речи: *монетарно право, монетарни спор, монетарна јурисдикција, ММФ, Европска централна банка.*

1. УВОД

У разматрању правног дефинисања појма новца у монетарној литератури се не може наићи на опште прихваћену дефиницију која би успешно

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом ЕУ“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013-2018.

обухватила све његове карактеристике и појавне облике од значаја за привредни промет. У том контексту, мора се имати у виду да успешно правно дефинисање појма новца имлицира и познавање битних елемената његовог дефинисања у економском смислу (које је конзистентније и не оставља простора за недоумице). Тако, економисти у дефинисању новца примењују *функционални приступ*, који полази од основних функција новца у савременој привреди, и то као: средства размене, мере вредности, тј. стандарда при утврђивању уговорних облигација, средства очувања вредности и обрачунске јединице.[1] Приметно је да овакво дефинисање новца на генералан начин у правној науци мора имати одређене задршке, јер сам појам новца може имати различита значења у зависности од контекста у коме се употребљава и конкретних ситуационих оквира. Наука монетарног права наука мора дефинисати новац унутар оквира у коме његова употреба производи одређене правне последице. Потреба за правним дефинисањем новца проистиче из незадовољавајућег поступања судова у монетарним споровима, односно одлука које нису увек адекватно аргументоване (преоптерећене комплексним доктринама) и које не доприносе расветљавању монетарних контроверзи, где правне потешкоће имају и изражен финансијски и политички карактер.[2]

2. ПОЈАМ НОВЦА У МОНЕТАРНОМ ПРАВУ

Уопштено говорећи, у разматрању појма новца као правне категорије у монетарноправној литератури се прави разлика између ставова представника тзв. *државне теорије новца* и *друштвене теорије новца*. Заступници државне теорије новца у први план стављају улогу државе, која као носилац монетарног суверенитета ужива правни монопол у издавању новца. Представници друштвене теорије наглашавју да је став јавног мњења пресудан у одређивању појма новца. У дефинисању новца као правне категорије *Ман* (*Mann*), као један од водећих теоретичара монетарног права истиче да се под правни појам мора подвести сва покретна имовина издата од стране правних ауторитета којима је држава делегирала то право, која је деномирана као средство обрачуна (плаћања) и која под законом прописаним условима служи као средство плаћања.[3]

Иако на први поглед може деловати да је друштвена теорија новца подеснија за сагледавање монетарног права ЕМУ и да државна теорија у окол-

[1] Charles Proctor, *Mann on the Legal Aspects of Money*, Oxford University Press 2005, 9-10.

[2] Arthur Nussbaum, *Money in the Law*, The Foundation Press Inc 1939, 2-3. Уколико сагледамо монетарну историју у различитим етапама робно-новчане привреде несумњиво можемо закључити колико је уплив права у материји новца био неопходан.

[3] *Ibid*., 15.

ностима тако комплексне монетарне уније губи смисао, таква констатација захтева детаљну анализу. Наиме, идеологија државне теорије новца не забрањује државама да се упусте у процес монетарног уједињења и увођење јединствене валуте. Такође, представници струје тзв. „*институционалне теорије новца*“ су ставова да појам новца није усмерен искључиво на готов новац и новац у оптицају, већ обухвата и дематеријализовани концепт новца попут депозитних захтева према кредитним иституцијама које представљају посебан скриптурални новац (посматрано у контексту апстрактних новчаних захтева са реалним покрићем).[4] Ова теоријска концепција се базира на два стуба: 1) независној централној банци који гарантује стабилну понуду новца и; 2) правном оквиру који подржава њену независност, где организовање правних тендера данас остаје усамљен концепт у модерном друштву, јер се готов новац све више потискује из платног промета. То имлицира да се концепт тендера ограничава на званичну (државну) стандардизацију дизајнирања појавних облика готовог новца и да је вредност новца независна од таквог техничког поступка која, према мишљењу *Де Викуна* (*Sainz de Vicune*), као једног од водећих представника модерног међународног монетарног права, у њему не може имати своје упориште. *Можемо уочити* да институционална теорија новца представља посебан облик државне теорије, где се минимизира значај правног тендера, због чега може остати једнострана у сагледавању свих битних карактеристика новца. Јасно је да између свих поменутих теорија постоји *комплементаран однос* и да ни једна *per se* не може понудити универзалну дефиницију правног појма новца због чега иста изостаје из монетарних законских текстова.

3. АРБИТРАЖНО НАСПРАМ СУДСКОГ РЕШАВАЊА МОНЕТАРНИХ СПОРОВА

Приликом решавања монетарних спорова арбитар се налази у позицији која се не разликује много од позиције судије, али *de facto* валидирањем конкретног монетарног избора једне стране у спору као исправне, приметно ужива већа дискрециона овлашћења од судије који је у свом раду детерминисан постојећом праксом у тој области.[5] Наиме, арбитар својом одлуком признаје правне ефекте монетарном избору (под којим се мисли на валуту у којој ће уговорне престације бити реализоване) одређујући притом и везу са другим валутним клаузулама (на пример употребу треће валуте за рачу-

[4] Rosa Maria Lastra, *International Monetary and Financial Law*, Oxford University Press 2015, 16-18.

[5] Dominique G. Carreau, „Money and Arbitration“, *International Monetary Law: Issues for the New Millenium* (ed. M. Giovanoli), Oxford University Press 2000, 493.

новодствене сврхе или вредносне валуте какав је својевремено био „еки“ Европских заједница или данас специјална права вучења Међународног монетарног фонда-ММФ). Ипак, у пракси су арбитри веома пажљиви приликом имплементације својих одлука због осетљивости природе самих монетарних спорова. У савременом монетарном праву новац није добро чији корисници имају слободну вољу у погледу његовог коришћења, већ је правни појам новца уређен националном монетарном регулативом која има карактер *ius cogens* норми. Монетарни закони се данас третирају као интегрални елемент тзв. „*lois de police*“ (полицијског права), којима се најбоље потврђује знчај и место монетарне стабилности као круцијалног јавног добра сваке државе.[6] Арбитражна одлука представља еквивалент судској одлуци и сви привредници и предузетници које уговоре арбитражу очекују ефикасан систем решавања спора који ће им омогућити да брзо ставе тачку на спор и наставе заједничко пословање.[7]

Битна разлика између судског и арбитражног решавања монетарних спорова огледа се у чињеници да су судије дужне да штите своју националну валуту, док арбитри уживају пуну слободу и све валуте третирају на једнак начин што је, *према нашем мишљењу*, веома важно за адекватно расветљавање правно-економског чињеничног стања код међународних монетарних спорова. У том смислу, абитражни прописи великог броја земаља утврђују слободу избора арбитара у погледу монетарне деноминације њиховог награђивања (попут Енглеског арбитражног закона и Нових правила Лондонског суда за међународну арбитражу).[8] У пракси је ова слобода арбитара ограничена конкретним околностима монетарних спорова, који према својој природи могу бити веома разноврсни. Тако се основ покретања и вођења монетарног спора може кретати од проблема насталог због коришћења различитих валута за финансирање трансакција уговорних страна и пропуста у одређивању средства плаћања, преко употребе различитих валута за сврхе плаћања и рачуноводствене потребе до проблема валутних конверзија. Управо из тог разлога је Међународна арбитражна асоцијација установила као опште правило да се награда арбитрима исплаћује у валути у којој је закључен спорни уговор, изузев, када би употреба друге валуте у те сврхе била много погоднија.[9]

Ово постаје посебно уочиво код комплексних међународних монетарних обавеза, где се, примера ради, различите валуте употребљавају у склопу

---

[6] Оваква терминологија у области монетарних спорова први пут се помиње у Римској конвенцији о уговорним облигацијама (1982).

[7] Маја Станивуковић, „Једностепеност или двостепеност у поступку поништаја судске одлуке“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2016, 805-822.

[8] D. G. Carreau, 494.

[9] *Ibid*.

мера финансијске подршке, монетизације јавног дуга, коњуктурних инвестиција и слично. Посебне околности су оне када је валута у којој се врши исплата (независно од тога да ли су је експлицитно одредиле уговорне стране или арбитар у случају њиховог ћутања) не поклапа са валутом која се користи у рачуноводствене сврхе. Када постоји таква монетарна дискрепанца, арбитар одлучује под којим условима ће извршити конверзију валуте за рачуноводствене потребе у валуту за плаћање уговорних обавеза. Тако је, примера ради, својевремено Међународни арбитражни суд одлучио да у случају штете коју је белгијски увозник претрпео због уговора о продаји деноминираног у америчким доларима и француским францима, обештећење буде дато у износу израженом у белгијским францима.[10]

Свакако, монетарне одлуке арбитара су подложне оцени националних судова унутар мехнизма *exequatur* процедуре, која се тиче начина признавања и извршења иностраних одлука на домаћој територији. У случају монетарног права ЕУ, решавање монетарних спорова добија посебну димензију. Мада су државе приступањем Европском систему централних банака (ЕСЦБ) ограничиле свој монетарни суверенитет и пренеле га на Европску централну банку (ЕЦБ), то не значи да су централне банке изгубиле право издавања валуте.[11] Проблем са решавањем монетарних спорова у којима учествује централна банка огледа се у томе што у монетарном законодавству не постоји одговарајући субјект који може контролисати њен рад у правом значењу те речи. Као врховна монетарна институција централна банка креира, усмерава и примењује целокупно монетарно законодавство једне државе (што у случају ЕЦБ добија на додатној сложености).

Проблеми са судским решавањем монетарних спорова су више него очигледни и првенствено се огледају у недостатку стручног знања судија из области националног и (нарочито) међународног монетарног права за адекватно решавање спорова, где изузетак не представља ни Европски суд правде. То се најбоље може уочити анализом образложења његових одлука у случају непоштовања обавеза одређених Пактом о стабилности и расту (случај Француске и Немачке), преко одлучивања о оправданости Споразума о конституисању Европског стабилизационог механизма до одлуке о оправданости мера ЕЦБ за куповину обвезница на секундарном финансијском тржишту (2015).[12] У поменутим монетарним споровима потврдило се

[10] *ICC Case 5940/96*, (1991), XVI Yearbook of Common Arbitration 97. У пракси је посебно проблематичан период у коме се врши конверзија, али се обично везује за једну од три одлучујуће чињенице: време повреде уговорне обавезе, време исплате или тренутак доношења одлуке.

[11] Више о праву ЕЦБ вид. Chiara Zlilou, Martin Selmayr*, The Law of European Central Bank*, Oxford Hart Publishing 2001, 100-110.

[12] *Commission v Council* C11-03; *Pringle Case* 2012 и *OMT Case, Bundestag v ECB,* 2013.

да они представљају посебну категорију управних спорова у којима долази до реализације активне или пасивне легитимације ЕЦБ и где начело уставности (законитости) „трпи“ одређена ограничења. У околностима глобалне финансијске кризе дошло је до еволуције улоге ЕЦБ која све више поред задатака везаних за ценовну стабилност, мора водити рачуна и о финансијској стабилности и обављати улогу банке последњег уточишта.[13] Ширење надлежности ЕЦБ може додатно отежати ефикасност судског решавања монетарних спорова услед непознавања њеног поља деловања од стране надлежних судских органа. Нове ингеренције ЕЦБ установљене су одребама меког права (енг. soft law) од којих су посебно значајани Амандмани на Протокол о раду ЕЦБ. Иначе, меко право је у међународним пословним односима пуну експанзију доживело у задњој деценији XX века доношењем Начела европског уговорног права (1995) и Начела UNIDROIT за међународне трговинске уговоре (1994) године.[14]

4. ОПРАВДАНОСТ ШИРЕ ПРИМЕНЕ АРБИТРАЖЕ МОНЕТАРНОМ ПРАВУ

Потенцијални недостаци у судском решавању монетарних спорова могли би се надоместити арбитражним решавањем, под предходним условом да се у улози арбитра нађе стручно лице или орган који би допринео решавању спора на начин *de lege artis*. Судско решавање монетарних спорова, *према нашем мишљењу*, може допринети и лошем угледу монетарних агената који у њему учествују без обзира на то какав је исход поступка, јер је у већини случајева исти пропраћен високим степеном публицитета (негативног по репутацију централне банке) што доприноси повећању незадовољства грађана који живе под одређеном монетарном јурисдикцијом.

Грађани, по правилу, не разумеју суштину монетарних спорова, као ни надлежност централних банака, које често доживљавају као владине агенције одговорне за све економске неприлике у привреди. Арбитражно решавање спора води директном избегавању стигматизације рада централних банака и подривања постигнутих успешних резултата на терену монетарне политике. Наравно, поменуто не имплицира да суд не би требало да учествује у оцени рада централних банака (јер она не може бити привилегована институција), али је *conditio sine qua non* оптималног решавања спора у том случају адекватно образовање судије из области специјализованих прав-

[13] О новој надлежности ЕЦБ вид. Срђан Голубовић, „Еволуција улоге Европске централне банке у условима глобалне финансијске кризе“, *Правни живот* 63/2014, 589-600.

[14] Душанка Ђурђев, „Soft Law у европском комунитарном праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 1/2013*, 101-116.

них дисциплина какво је монетарно право и одговарајући степен општег економског образовања за правнике.

Полемике о интензивном коришћењу арбитраже у решавању монетарних спорова нарочито су постале актуелне у околностима глобалне финансијске кризе на терену међународних плаћања. Под међународним плаћањима се у привредном саобраћају најчешће мисли на *два типа трансакција* са елементима иностраности: 1) кредитне трансфере под којим се обухватају трансфери између иницијатора трансакције (оригинанта) и примаоца транскације (бенефицијента) коришћењем једне или више банака или других финансијских посредника и; 2) дебитни трансфер код кога се плаћање спроводи у складу са налозима бенефицијента исплате према држаоцу исплатног фонда, али уз обавезно одобравање корисника фонда.[15] Другачије посматрано, кредитне трансфере иницира дужник, док дебитне трансфере (трансфере задужења) иницира поверилац.

У таквим околностима је међународна монетарна заједница почела озбиљно да преиспитује и анализира потенцијалне предности употребе арбитражног механизма за решавање спорова. Међународна арбитража има дугу и богату праксу успешног делања у различитим привредним споровима, а посебно у области међународне трговине, грађевинарства, инжињерства и других привредних сектора. У области међународних монетарних спорова арбитража до сада није употребљавана из разлога везаних за саму природу спора и могућност примене арбитражне процедуре на специфично чињенично стање, као и због ефеката потенцијалних одлука на област јавног монетарног управљања (уколико у спору учествује централна банка или агенција за управљање јавним дугом). Непримењивање арбитраже у монетарним споровима и није изненађујуће, с обзиром да се она не фаворизује ни у решавању банкарских спорова управо због бојазни дејства одлуке на будуће пословање комерцијалних банака. Уколико таква пракса постоји код спорова у којима учествују комерцијалне банке (које су, такође, поред централне банке и агенције за управљање јавним дугом основни субјекти монетарног система сваке државе), изостанак арбитраже у споровима где долази до активације активне или пасивне процесне легитимације централне банке нас не може много изненадити.

Са друге стране, убрзани развој међународног тржишта капитала имплицира и трагање за новим механизмима решавања монетарних спорова који истовременим и равноправним коришћењем са тренутно недовољно развијеним судским механизмима могу понудити задовољавајућа правна

[15] Luca G. Radicati di Brozolo, „Conflict of Laws Issues of International Payments“, *International Monetary Law: Issues for the New Millenium* (ed. M. Giovanoli), Oxford University Press 2000, 457-458.

решења. Предности коришћења арбитраже у решавању монетарних спорова су иманентни предностима који се генерално јављају као предности вансудског начина решавања спорова и обухватају: уштеду трошкова и релативно краће време потребно за решавање спорова, неутралност, заштиту поверљивости и флексибилност.[16]

Посебна опрезност би била неопходна код детерминисања облика арбитраже, тј. установљавања *ad hoc* или *институционалне* арбитраже, где смо става да би погодније решење било организовање институционалне арбитраже због предности која се огледа у решавању спорова са минималним закашњењем и већег степена извесности и одређености приликом решавања спора. Када је реч о трошковима поступка, требало би имати у виду да понекад они могу премашити трошкове судског поступка, али у већини случајева то неће бити тако, јер умешан арбитар води процес на начин којим се умањују временски и новчани издаци.[17] Значајно претходно питање које условљава успех решавања спора јесте и месна надлежност арбитраже, јер она са собом повлачи и примену законодавства који одређују одлуку и пут њеног даљег процесуирања (жалбеног поступка). Када централна банка учествује у монетарном спору, оваква питања добијају на сложености, али улагањем потребних напора она нису нерешива.

5. МОНЕТАРНА ЛЕГИСЛАТИВА У ФУНКЦИЈИ ПОПУЛАРИСАЊА АЛТЕРНАТИВНИХ МЕХАНИЗАМА

На овом месту морамо истаћи да се примени алтернативних механизама у области европског и међународног монетарног права не сме приступити неприпремљено, јер она не може представљати експеримент. Јасно је да тај механизам поседује потенцијал за избегавање анатемисања пресуда у монетарним споровима, које су у научној и стручној јавности готово увек биле окарактерисане као „соломонско решавање спорова“ иницирано разлозима политичког прагматизма. Потенцијални арбитар у монетарном праву може бити пронађен у *Европској управи банака* (ЕУБ), која на терену централизације банкарске политике обавља улогу прикупљања података у вези са стрес тестовима у циљу планирања и развијања јединствених поступака, техничких стандарда и јачања целокупног банкарског система Уније. У случају спора у домену кооперације, координације или заједничког одлучивања различитих националних органа из домена банкарске политике, ЕУБ већ обавља функцију медијатора. Уколико стране у спору не поступе према инструкцијама, ЕУБ може изрећи и

[16] Simon Morgan, Johnatan Kelly, „Banks Seek New Strategy for Financial Disputes“, *International Finance Law Review* 1/1999, 13-18.

[17] *Ibid*.

одлуке које се непосредно примењују.[18] На ове одлуке могуће је уложити жалбу другостепеном већу, с тим што се поводом његових одлука може покренути поступак пред Првостепеним судом или Европским судом правде.[19]

Примена арбитраже је у последњој деценији много више распрострањена у решавању банкарских и финансијских спорова са елементом иностраности, где се као добар пример може навести Euronext.[20] Велики број уговора о пројектним финансијама предвиђа арбитражу за решавање супротстављених интереса уговорних страна, поготово када се ради о уговорницама које долазе из мање развијених земаља. И код уговора код којих арбитража није експлицитно предвиђена, увек се оставља довољно маневарског простора за утврђивање њене накнадне примене. Штавише, може се приметити велики број иницијатива усмерен на накнадно уговарање опционих арбитражних клаузула у постојеће уговоре који су скоро сасвим заменили рад тела попут *Центра за решавање финансијских спорова* у Хонг-Конгу и *Управе за регулисање финансијске индустрије* у САД.[21] Наравно, финансијски спорови се битно разликују од монетарних спорова, али је чињеница да их повезује елемент који се тиче правног дефинисања новца, због чега би требало уложити даље напоре на стварању предуслова за примену овог механизма на терену међународног монетарног права.

Индикативан пример из праксе јесте случај *Банке за међународна поравнања* (БМП), која поред ЕЦБ и ММФ-а представља главне субјекте међународних монетарних односа. *Ratio legis* њеног оснивања јесте стварање услова за олакшану и сврисходнију сарадњу између централних банака. Према статутима централних банака, спорови између банке и њених акционара подлежу арбитражи. Током 2001. године, Генерална скупштина акционара БМП одлучила је да ограничи власништво над акцијама централних банака и откаже све приватне сертификате акција који су постојали (али су изузети акционари оспорили цену коју је БМП одредила за обавезни откуп њихових акција сматрајући да су њихова права повређена). Стални арбитражни суд је у накнадном поступку одлучио о питању правилног вредновања отказаних акција.[22]

---

[18] Guido Ferrarini, Charella Luigi, „Common Banking Supervision in the Eurozone: Strenghts and Weaknesses“, *Law Working Paper No. 223/13*, ECGI Working Paper Series in Law, 20-22.

[19] *Ibid*., 26-31. У сфери међународног монетарног права, такву улогу би могао да обавља Међународни арбитражни суд или би реформа међународних монетарних институција омогућила развијање такве функције (што потенцијално може бити један од захтева у предстојећој реформи Међународног монетарног фонда и конституисања посебних фискалних установа које делују унутар њега).

[20] ICC Commission *Report Financial Institutions and International Arbitration*, International Chamber of Commerce (ICC), 2016, 5.

[21] *Ibid*.

[22] Суд је одлуку о делимичној награди донео 22. новембра 2002. године, док је коначна одлука донета 19. септембра 2003. године. Више о томе вид. *Reports of International Arbitral*

У монетарном и финансијском сектору реализују се трансакције код којих није могуће применити приступ који свима подједнако користи (енг. *one size fits all*), што се посебно уочава код трансакција на примарном и секундарном финансијском тржишту. Такође, морамо нагласити да је примена арбитраже у решавању банкарских спорова као посебне категорије монетарних спорова у *Шпанији* покренута од стране удружења пословних банка, али уз недвосмислену подршку централне банке која је препознала потенцијал и предности њене примене у равноправној заштити интереса банка чији рад контролише.[23]

Улога арбитра би на терену монетарних спорова могла имати другачије правне и политичке последице када је у питању однос ЕЦБ и Немачке као водеће чланице еврозоне. Историјат европских монетарних спорова датира од тужбе коју је ЕЦБ поднела против Немачке 2003. године сматрајући да има право на повраћај пореза који је на њеној територији платила за обављање послова из своје надлежности ради куповине свих потребних добара и услуга, а поготово изнајмљивања покретне и непокретне имовине.[24] Своју тужбу ЕЦБ је заснивала на рационалној економској процени цене коју је платила за све поменуте активности (сматравши да то може лако доказати), позивајући се на одредбе Статута ЕСЦБ и Протокола о привилегијама и имунитету институција Европских заједница (1965). Европски суд правде је одбио захтев ЕЦБ и наложио јој да плати трошкове поступка у потпуности, па није тешко увидети да би примена вансудског решавања истог била и више него пожељна. На овом месту морамо поставити питање да ли би примена арбитраже у случају спора који Немачка покренула против ЕЦБ због примене мера о куповини обвезница на секундарном финансијском тржишту (2013) могла допринети ефикаснијем решењу спора? Наиме, овај спор је трајао три године и окончан је одлуком Европског суда правде којом је потврђена институционална и функционална независност банке на терену монетарне политике, али је истовремено таква одлука угрозила успех мера на терену ионако крхког макроекономског управљања привредним системом ЕУ.[25] Вансудским решавањем могло се избећи продубљивање антагонизма у односима између ЕЦБ и централних банака чланица ЕСЦБ и у

Awards, Bank for International Settlements – partial dispute with former private shareholders 22 November 2002 and 19 September 2003, UN, volume XXIII, 153-296.

[23] Ради се о тзв. „DIRIBAN“ механизму, који представља облик квази-арбитражног одлучивања.

[24] *ECB v Germany*, Judgment of the Court (First Chamber) of 8 December 2003, Case C 220/03. ЕЦБ је у овом монетарном спору захтевала одштету у износу од 7.794.023,37 евра на име изнајмљивања простора на територији Немачке и износ од 1.925.689,23 на име повраћаја плаћеног пореза.

[25] Марко Димитријевић, „О процесној легитимацији Европске централне банке у монетарним споровима“, *Право и привреда* 7-9 (2017), 158-169.

духу сарадње наставити пут ка заштити вредности и циљева јединствене монетарне политике (односно користима приступања ЕМУ).

Имајући у виду последњи монетарни спор (2016) који је иницирао немачки уставни суд против ЕЦБ, тј. њеног програма о мерама квантитативног повлачења обвезница у износу од две милијарде евра, механизми вансудског решавања спорова постају прилично атрактивни.[26] Немачки уставни суд је јасно исказао став да је ЕЦБ прекорачила своја овлашћења и прекршила забрану монетарног финансирања чиме је угрозила интересе ЕУ. Специфичност овог случаја је у томе што и поред забране немачкој централној банци да учествује у програму, исти може бити реализован. Такође, поступак саслушања пред ЕСП вероватно ће трајати најмање годину дана, а у том периоду ће се окончати реализација програма, па се поставља питање какве ће бити евентуалне последице судске одлуке на већ изазване промене у монетарном систему, имајући у виду начело заштите већ стечених права и последице враћања у пређашње стање (уколико суд донесе такву одлуку).

6. ЗАКЉУЧАК

Алтернативно решавање монетарних спорова за разлику од судског решавања избегава контроверзе око последица ограничавања обима захтева за оцену уставности и законитости што је до сада био случај у споровима који је немачки Уставни суд иницирао против ЕЦБ пред Европским судом правде. Предности арбитражног начина решавања сукоба на терену монетарног права ЕУ не исцрпљују се у имплементацији начела ефективности и нормативне и економске ефикасности, већ се односе и на избегавање подривања достигнутог нивоа макроекономског дијалога између ЕЦБ и централних банака држава чланица усмереног на реализацију јединствене монетарне стратегије и постизање, како монетарне, тако и опште финансијске стабилности. Решавање монетарног спора од стране компетентног арбитра истовремено би омогућило и проток потребног времена суду за стицање специјализованих знања из области националног и међународног монетарног права, што представља *conditio sine qua non* доношења аргументованих одлука у околностима када изостане примена арбитражног поступка. Примена арбитраже у области међународних монетарних односа мора бити унапред пажљиво припремљена, усмеравана и актуелизована на примерима добре праксе и по угледу на њену примену у решавању међународних привредних спорова, али уз претходно прилагођавање свим специфичностима монетарноправног чињеничног стања конкретног случаја.

[26] *BVerfG* 2; *BvR 859/15* et *2 BvR980/16*.

Marko B. Dimitrijević, Ph.D., Assistant Professor
University of Niš
Faculty of Law Niš
markod1985@prafak.ni.ac.rs

Srđan S. Golubović, Ph.D., Full Professor
University of Niš
Faculty of Law Niš
golub@prafak.ni.ac.rs

Resolving International Monetary Disputes: The Alternative Mechanisms

Abstract: *The subject of analysis in this paper is to review the possibilities of application and the importance of alternative mechanisms in the resolving of international monetary disputes. In this regard, the focus is on issues related to the legal definition of money, the postulates of the state (institutional) and the social theory of money in monetary law and the perception of the important features of monetary disputes. In further text, attention is paid to the comparison of cost and benefits of judicial and arbitration settlement of monetary disputes in the European Monetary Union (in the cases related with the competence of the European Central Bank), where a general conclusion points to the need of creating the prerequisites for application of the alternatives ways for resolving monetary disputes, that are managed in the function of preservation monetary and general economic stability of the EMU member states.*

Keywords*: monetary dispute, monetary law, monetary jurisdiction, alternative mecahnism, IMF, European Central Bank.*

Датум пријема рада: 03.06.2018.

Прегледни чланак 349.412.22:341.95
doi:10.5937/zrpfns52-17772

Др Лука О. Батуран, асистент са докторатом
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
L.Baturan@pf.uns.ac.rs

СТРАНЦИ И ПОЉОПРИВРЕДНО ЗЕМЉИШТЕ:

Одговори на нека питања постављена у монографији „Породична газдинства на раскршћу: изазови и могућности биолошке, економске и социјалне репродукције“[1]

Сажетак: *У монографији „Породична газдинства на раскршћу: изазови и могућности биолошке, економске и социјалне репродукције“ размаран је проблем права странаца да стичу својину на пољопривредном земљишту на територији Србије, те се у оквиру социолошког истраживања поставља неколико питања економској и правној теорији. Питања се односе (1) на временско трајање позитивних ефеката либерализације, (2) ефекте либерализације на смањење броја домаћих газдинстава, пролетеризацију и пауперизацију ситног сељаштва, (3) стварање страних монопола, (4) порски третман страних купаца пољопривредног земљишта и (5) злоупотребе код промене намене земљишта. Циљ ове полемике је да понуди одговоре на ова питања из аспекта правне и економске теорије, да би се након размене аргумента усагласили ставови по овом важном питању. Суштина је да ограничење права странцима да стичу својину на пољопривредном зељмишту ремети тржишну алокацију јер редукује тражњу за тим добрима на ниво домаће тражње. Директна последица оваквог законског решења је смањена вредност земљишта и погоршан положај домаћих економских субјеката. Либерализација правног режима донела би побољшање у смислу Парета.*

Кључне речи: *пољопривредно земљиште, својина, власништво, права странаца, непокретности.*

[1] Јована Чикић: „Породична газдинства на раскршћу: изазови и могућности биолошке, економске и социјалне репродукције“. Универзитет у Новом Саду – Филозофски факултет у Новом Саду. Монографија у електронском издању доступна је на Интернет сајту: http://digitalna.ff.uns.ac.rs/sadrzaj/2018/978-86-6065-458-0. Сајту приступљено 2. априла 2018. године.

УВОД

Споразумом о стабилизацији и придруживању са Европском унијом, Србија се још 2008. године обавезала да измени своје законодавство које се односи на стицање својине на непокретностима у Србији, како би држављанима Уније осигурала исти третман као и својим држављанима, у року од четири године од дана ступања на снагу ССП-а.[2] Иако су све земље- кандидати за чланство преузеле сличну обавезу (с тим што се прелазни периоди донекле разликују), у Србији није било већег научног интересовања за ову тему све до пред истек прелазног периода 2017. године.

Доц. др Јована Чикић је почетком 2018. године објавила монографију „Породична газдинства на раскршћу: изазови и могућности биолошке, економске и социјалне репродукције“ у издању Филозофског факултета Универзитета у Новом Саду. Монографија је писана из социолошког угла, а једна од споредних тема која је тек додирнута јесте и питање права странаца да стичу својину на пољопривредном земљишту на територији Републике Србије, због чега је мени била посебно интересантна.[3]

Проблем својине на пољопривредном земљишту има своје и економске, и правне, и безбедносне, и политичке, и религијске и социолошке аспекте. Зато ни једна од ових научних дисциплина не може самостално да представи целокупну слику проблема. Наслањајући своје истраживање на сазнања до којих је дошла правна и економска теорија, Чикић коректно и детаљно

---

[2] Споразум је ступио на снагу 2013. године, тако да је четворогодишњи прелазни период истекао у септембру 2017. године.

[3] О овој теми сам писао на више места. Видети: Лука Батуран: Пренос права својине на пољопривредном и шумском земљишту на страна лица у Србији и другим земљама региона. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Vol. 47, No. 2, Нови Сад, 2013, 515-531 http://scindeks-clanci.ceon.rs/data/pdf/0550-2179/2013/0550-21791302515B.pdf; Luka Baturan, Economic analysis of the Ban on Foreigners Acquiring Property Rights on Agricultural Land in Serbia. *Ekonomika poljoprivrede*, vol. LVIII, No. 4, Beograd, 2013, 479-491 https://ageconsearch.umn.edu/bitstream/158250/2/4%20-%20Baturan.pdf; Лука Батуран, Креирање правног оквира ради ефикасног коришћења пољопривредног земљишта. *Зборник сажетака „Теоријски и практични проблеми стварања и примене права (ЕУ и Србија),* Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2016, 199-201 http://scindeks.ceon.rs/article.aspx?artid=0550-21791702153B; Лука Батуран, Либерализација права странаца да стичу својину на пољопривредном земљишту у контексту ССП-а и приватизације ПКБ-а. *Економске, социјалне и развојне последице продаје пољопривредног земљишта у Србији.* Институт економских наука, Београд, 2017, 158-170; Лука О. Батуран: Право страних лица да стичу својину на пољопривредном земљишту у Србији након законских новела из 2017. године. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, Vol. 51, No. 3/2, Нови Сад, 2017, 1153-1175; Лука Батуран, *Економска анализа правног режима за пренос права својине на непокретностима у Републици Србији* (докторска дисертација). Правни факултет Универзитета у Београду, 2016, 173-218. Дисертација није објављена али је доступна на интернет сајту: https://uvidok.rcub.bg.ac.rs/bitstream/handle/123456789/1720/Doktorat.pdf?sequence= 1&isAllowed=y.

преноси моју анализу објављену 2013. године.[4] На крају тог дела, она кроз имплицитни коментар мог рада поставља неколико питања економској теорији. Ова полемика нема за циљ да демантује ставове који су изнети у цитираној монографији, већ управо да одговори на питања која су тамо постављена. У том смислу, захваљујем се доц. др Јовани Чикић што ми је пружила прилику да додатно појасним тезе које сам у својим претходним радовима износио, те да већ дате одговоре прилагодим тако да буду разумљиви и широј научној јавности. Рашчишћавањем спорних економских и правних питања, ствара се претпоставка да се кроз социолошку анализу да свеобухватан научни одговор на ово комплексно питање које тангира све друштвене области.

1. ПОЗИТИВНИ ЕФЕКТИ ЛИБЕРАЛИЗАЦИЈЕ[5] И ЊИХОВО ТРАЈАЊЕ

У цитираној монографији наводи се да мојој анализи недостаје *„социјални моменат који је од изузетне важности с обзиром на социјалну карту пољопривреде, породичних газдинстава и села у савременом српском друштву. Иако би, према предложеном сценарију, можда дошло до пораста цене земљишта,* ***позитивни ефекти тог пораста били би кратког века“.***[6] Први део констатације није споран јер се ја заиста нисам ни бавио социјалним аспектима проблема. Међутим, спорно је шта се подразмева под тим да ће позитивни ефекти бити кратког века.

На првом месту, либерализација правног режима довешће до ефикасне (оптималне) алокације ресурса, у овом случају пољопривредног земљишта. Оптимална алокација представља стање на тржишту у коме су ресурси којима друштво располаже искоришћени тако да дају максималну вредност производње на дуги рок.[7] Пораст ефикасности производње, уз прилив

---

[4] Ј. Чикић, 2018, *op.cit.,* 164-166. Л. Батуран, 2013, *op.cit.* Такође, цитирано је и економско истраживање спроведено на Институту економских наука: Јован Зубовић и други: *Анализа правног и институционалног оквира тржишта пољопривредног земљишта, процена економских ефеката либерализације тржишта пољопривредног земљишта и препоруке за измене домаћег законодавног и институционалног оквира и њихову адекватну примену.* Институт економских наука Београд, 2016. Са закључцима ове Анализе полемисао сам у следећем чланку: Л. Батуран, 2017, 1169-1173.

[5] Либерализација ће за потребе овог рада подразумевати прелазак права странаца да стичу својину на пољопривредном земљишту у режим општег права, доступног свим лицима без обзира на држављанство.

[6] Ј. Чикић, 2018, *op.cit.,* 165.

[7] Већ у самој монографији може се наћи довољно основа за тврдњу да се пољопривредно земљиште у Србији тренутно експлоатише на субоптималан начин.

страних инвестиција,[8] довешће до раста бруто домаћег производа (БДП) земље. Раст страних инвестиција значи и девизни прилив у земљу.[9] То би даље довело до повећања извоза пољопривредних производа (или до супституције увоза), што су такође фактори који доводе до економског раста.[10] Резултат пораста БДП-а значи да ће се увећати доходак становништва, односно да ће након либерализације становништво моћи да остварује већи ниво потрошње, штедње или инвестиција. Да све ово кажем речником разумљивим и лаику: ако производимо мање, имамо нижи животни стандард; повећањем нивоа производње, повећаћемо и животни стандард (то су ти „позитивни ефекти раста“).

[8] Генерални изостанак контроле над власништвом представља једну од основних мера за привлачење директних страних инвестиција. Ђорђе Попов, Подстицаји и контрола иностраних инвестиција. *Зборник радова,* Vol. 42, No. 3, Правни факултет у Новом Саду, 2008, 43. И Станивуковић констатује да је „куповина непокретности по својој природи само један вид улагања страног капитала“. Маја Станивуковић: Својина и друга стварна права странаца на непокретностима у Југославији. *Зборник радова,* Vol. 30, No. 1-3, Правни факултет у Новом Саду, 1996, 226.

[9] Ђорђе Попов, Значај иностраних инвестиција за привредну стабилност Србије. *Зборник радова*, Vol. 42, No. 1-2, Правни факултет у Новом Саду, 2008, 29-44. И према Прокопијевићу, страно „улагање у непокретнине би повећало цене ових ресурса и донело значајан доток капитала, што би даље подстакло финансијска тржишта и економски развој.“ Мирослав Прокопијевић, *Европска унија – увод.* Службени гласник, Београд, 2009, 572. Видети још и: James R. Mason, Jr.: „Pssst, Hey Buddy, Wanna Buy a Country?“ An Economic and Political Analysis of Federal and State Laws Governing Foreign Ownership of United States Real Estate. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 27, No. 2, 1994, 470-473.

[10] Л. Батуран, 2017, *op.cit.,* 1169. Такође: „ефекат либерализације тржишта пољопривредног земљишта у Републици Србији требало би да утиче на остваривање једног или више од следећих пет циљева: 1) повећање продуктивности пољопривредних газдинстава; 2) укрупњавање парцела кроз повећање коришћеног пољопривредног земљишта по пољопривредном газдинству; 3) повећање извоза пољопривредних производа; 4) повећање приуштивости пољопривредног земљишта за држављане Републике Србије; 5) повећање цене пољопривредног земљишта.“ Ј. Зубовић и др., 2016, *op.cit.,* 82. „Ефикасно и функционално тржиште земљиштем има веома важну улогу у економском развоју и расту једне земље. Размена и куповина земљишта побољшава продуктивност, приступ капитала, технологије и знања, и, самим тим, стимулише економски развој. Трговина пољопривредним земљиштем омогућава његово рационалније и продуктивније искоришћавање. Једноставно речено, тако се омогућава да они који имају знање, средства и жељу да се баве пољопривредом лако и брзо дођу до основног пољопривредног ресурса, тј. обрадивог земљишта.“ Стела Стрсоглавец, Одрживо управљање пољопривредним земљиштем. *Економске, социјалне и развојне последице продаје пољопривредног земљишта у Србији.* Институт економских наука, Београд, 2017, 84. Погледати још: Ковиљко Ловре & Иван Ловре, Аквизиције пољопривредног земљишта у међународним размерама: импликације на прехрамбену сигурност и рурално сиромаштво. *Економске, социјалне и развојне последице продаје пољопривредног земљишта у Србији.* Институт економских наука, Београд, 2017, 36; Петар Ђукић, Одрживо господарење земљишним ресурсима у светлу одоцнелих економских реформи. *Економске, социјалне и развојне последице продаје пољопривредног земљишта у Србији.* Институт економских наука, Београд, 2017, 64.

Тачно је да пораст ефикасности коришћења капитала и природних ресурса не може неограничено дизати БДП. Да би се постигао дугорочни економски раст, неопходне су инвестиције у знање, односно у људски капитал. Међутим, теза да ће услед либерализације доћи само до привременог повећања производње, односно дохотка и стандарда грађана, па да ће се након „кратког века“ све вратити на старо није одржива, односно требало би је доказати да би могла бити прихваћена.

2. ЕФЕКТИ ЛИБЕРАЛИЗАЦИЈЕ НА СМАЊЕЊЕ БРОЈА ДОМАЋИХ ГАЗДИНСТАВА, ПРОЛЕТЕРИЗАЦИЈУ И ПАУПЕРИЗАЦИЈУ СИТНОГ СЕЉАШТВА

Чикић такође наводи да би *„у савременом српском друштву потпуна либерализација тржишта пољопривредним земљиштем значила, на дуги рок, не само* ***смањење броја домаћих газдинстава****, већ и* ***пролетеризацију*** *и* ***пауперизацију*** *ситног сељаштва“*.[11]

За прву тврдњу, да ће либерализација довести до **смањења броја домаћих газдинстава,** не можемо рећи да је нетачна, али ни да је сасвим тачна. Није спорно да је смањење броја сеоског становништва процес који траје више деценија, а што је веома прецизно констатовано и у цитираној монографији. *„Најуочљивија и најдинамичнија промена у вези са сеоским домаћинствима у Војводини уопште свакако јесте опадање њиховог броја, како у апсолутном, тако и релативном износу. Ова промена непосредна је последица измењених обележја демографске структуре сеоског становништва – депопулације, сенилизације и деаграризације. Тако, према подацима за 1971. годину у Војводини је регистровано укупно 330.880 сеоских домаћинстава, док је четири деценије касније (2012. године) у Војводини пописом регистровано чак 58.733 сеоских домаћинстава мање, односно, укупно 272.147 сеоских домаћинстава. Посматрано у односу на укупан број домаћинстава у Војводини, у истом периоду удео сеоских домаћинстава опао је са 53,7% на 39,1%.“*[12] Ово је тенденција која је карактеристична за све развијене земље, не само за Србију.

Наиме, услед технолошког развоја, дошло је до повећања продуктивности људског рада. Коришћење савремене пољопривредне механизације и технологије показало се ефикаснијим и профитабилнијим начином производње, због чега је потражња за радом у пољопривреди постајала све мања. Самим тим, смањивала се и цена рада (најамнина) у пољопривреди. Са друге стране,

[11] Ј. Чикић, 2018, *op.cit.,* 165.
[12] Ј. Чикић, 2018, *op.cit.,* 51.

потражња за радницима у индустрији и сектору услуга је расла, због чега долази до депопулације села.[13] Дакле, смањење сеоског становништва је тренд који траје већ више деценија и који ће се наставити и у будућности чак и кад би либерализација изостала, мада је вероватно да би она овај процес убрзала.

Тешко је оценити какав би био крајњи ефекат либерализације правног режима за стицање пољопривредног земљишта. Са једне стране, она ће додатно подстаћи становнике села да се радно ангажују у непољопривредним делатностима, јер ће продавци земље моћи да остваре већу цену, па ће им и могућности бити веће. Са друге стране, уколико Србија не покрене економски раст, наставиће се одлив и градског и сеоског становништва у развијене земље у којима се овим људима нуде бољи услови за живот. Међутим, једно је сигурно: села више никад неће изгледати онако како су изгледала пре педесет или сто година, колико год нам се та романтична слика чинила идиличном. Зато решење овог проблема треба тражити у прилагођавању савременим трендовима, а не у безуспешним (и скупим) покушајима да се стање конзервира а точак историје врати уназад.

Много је више споран став да ће либерализација довести до **пролетеризације и пауперизације** ситног сељаштва. Ово су тезе које се у економској литератури могу срести, али се нигде не може наћи објашњење узрочно-последичне везе између либерализације и пролетеризације, односно либерализације и осиромашења (пауперизације).[14] Учесници у размени се понашају економски рационално, предузимајући активности којим они увећавају индивидуалну граничну корист[15], односно благостање. У конкретном случају, купац више преферира земљиште него новац, док продавац више преферира уговорени новчани износ (односно она добра које се за тај износ могу прибавити) од земљишта које поседује. Дакле, оба економска субјекта су на добитку, док је благостање трећих лица остало непромењено. Ово је темељ на ком почива тржишна привреда, а његовим рушењем, срушио би се цео модел на коме почива економска теорија.

---

[13] Ова тенденција је увећана масовним укључивањем сеоских ђака у систем средњег и високог образовања, под једнаким условима које имају и ђаци који живе у градовима.

[14] Упоредити са: Славољуб Вукићевић, Даница Степић, Данило Савовић: Својинско-правна овлашћења странаца на пољопривредном земљишту у Републици Србији, *Економика пољопривреде,* Vol. LVIII, No. 4, Београд: Научно друштво аграрних економиста Балкана, Институт за економику пољопривреде, Академија економских наука Букурешт, 2011, 541: „(...) На тај начин ће наши пољопривредници бити принуђени да раде за стране газде као надничари, док ће профит ићи страним власницима (...)“.

[15] Појам користи (енг. *utility*) се на овом месту употребљава у свом економском значењу, као индивидуална мера среће и задовољства услед предузимања одређене активности. Она може бити како материјална, тако и нематеријална, али важно је истаћи да свако може само за себе одређивати да ли му нека активност доноси прираст користи или не, односно која му активност од више понуђених доноси највећи прираст користи.

Међутим, да за тренутак прихватимо и тезу да продавац земљишта не користи средства добијена од продаје на начин који Чикић или Батуран сматрају да је адекватан. Да још једном цитирам: *„Једна од дилема које се намећу односи се на* ***намену средстава добијених продајом/закупом земљишта*** *у овом случају – да ли би стечени новац био инвестиран у неку другу (непољопривредну) делатност или би био трошен на непроизводни начин? Ако на уму имамо карактеристике наших породичних газдинстава, већа је вероватноћа да новац добијен продајом/изнајмљивањем земље не би био утрошен на инвестицију, већ на задовољење потреба чланова домаћинства. Дугорочно посматрано, то ова газдинства и домаћинства ставља у положај зависности, односно, повећава ризике њихове економске репродукције.“*[16] Дакле, према овом ставу, исправно је да се добијена средства користе за инвестиције, али не и за „задовољење потреба чланова домаћинства“, јер у том случају долази до пролетеризације и пауперизације.

На страну сад што се цео концепт економске теорије слободног тржишта базира на слободи појединца да сам одлучује о коришћењу добара који су у његовој својини, цитирана теза уопште није аргумент да странцима треба онемогућити да купују земљиште на територији Србије; она само може бити аргумент да се власницима пољопривредног земљишта апослутно забрани да продају своје земљиште, или евентуално да се наметну нека ограничења везана за круг лица која могу да располажу својим ресурсима, или ограничења везана за коришћење добијеног новца...[17] А шта је онда следеће? Хоће ли се и нама одређивати како ћемо користити своје зараде и

[16] Ј. Чикић, 2018, *op.cit.,* 165-166.

[17] У реалном животу бројне су ситуације у којима се показује да се власници не понашају увек на рационалан начин. Уколико је могуће на основу неких спољних и објективних критеријума утврдити у којим ситуацијама се власници нерационално понашају, онда је могуће поставити правна ограничења која ће таква понашања спречити, што би било од користи и власнику и целокупном друштву. Најважније ограничење тиче се пословне способности лица која нису достигла одговарајући ниво психофизичке зрелости и способности за расуђивање. У првом реду се то односи на лица млађа од 14 година (млађи малолетници). Они по српском праву не могу закључивати никакве правне послове којима за себе стварају неку обавезу. Старији малолетници, од 14 до 18 година старости, могу закључивати правне послове, али је за њихову пуноважност потребна сагласност родитеља. Уколико су у питању послови којима се располаже непокретностима или покретним стварима велике вредности (што је овде случај), неопходна је и сагласност органа старатељства. Такође, закон штити и пунолетна лица која због болести или сметњи у психофизичком развоју нису способна да се самостално старају о себи и о заштити својих права и интереса, или ако својим поступцима угрожавају сопствена права и интересе. Таквим лицима се делимично или у потпуности одузима пословна способност, па се у правима и обавезама изједначавају или са старијим или са млађим малолетницима. Бројни су примери патерналистичких законских ограничења права својине. Међутим, законска могућност доношења оваквих решења не сме бити употребљена да се власницима намећу преференције већине, које су супротне њиховим интересима.

хонораре – да ли на потрошњу или на инвестиције (кад већ о штедњи не говоримо), и куда би нас одвела доследна примена оваквог размишљања?

3. СТВАРАЊЕ СТРАНОГ МОНОПОЛА

Чикић поставља и питање *„да ли би се потпуном либерализацијом тржишта пољопривредним земљиштем створили услови за стварање* ***страног монопола“***.[18]

Постојање монопола представља случај у коме тржиште не даје оптималан резултат. Тада монополиста на тржишту нуди субоптималну количину производа, по цени која је изнад оптималне. Због тога је један од задатака коју економска теорија ставља пред модерну државу: спречавање ситуација да до појаве монопола дође, и то је неспорно. Такође, требало би да буде неспорно и да су подједнако опасни и домаћи и страни монополи.

Морам признати да нисам разумео на какав страни монопол се мисли? Не могу да замислим могућност да би страни купци могли на неки начин да домаћим продавцима диктирају цене пољопривредног земљишта, искључујући конкуренцију домаћих купаца?

Или се мисли да ће након либерализације један странац купити сво пољопривредно земљиште на територији Србије, па ће тако створити монополску позицију на тржишту пољопривредних производа у Србији? У том случају бих да напоменем да у условима када је увоз пољопривредних производа из иностранства слободан и неограничен, тешко да би ниједан монополиста, био домаћи или страни, могао да диктира цене и количне пољопривредних производа на тржишту.

У сваком случају, ни ово не би био аргумент у прилог постојању забране странцима да стичу својину на пољопривредном земљишту, већ само задатак надлежним државним органима да спрече евентуалну појаву монопола.

4. ДИСКРИМИНАТОРНИ ПОРЕСКИ ТРЕТМАН СТРАНИХ ИНВЕСТИТОРА

Чикић поставља и *„питање да ли је, на који начин и у којој мери* ***могуће изнети добит стечену*** *на основу поседовања/изнајмљивања пољопривредног земљишта. Реч је о успостављању одређеног система опорезивања за стране инвеститоре“*.[19]

[18] Ј. Чикић, 2018, *op.cit.,* 166.
[19] Ј. Чикић, 2018, *op.cit.,* 166.

Ово питање је било веома актуелно током 90-их година, када је у земљама Источне Европе отпочињао процес транзиције. Природно је да је научницима који су више деценија стварали под доминантним утицајем марксистичког учења било тешко да прихвате и разумеју суштину функционисања слободног тржишта на ком се ресурси алоцирају у односима великог броја купаца и продаваца, вођених искључиво својим интересом. У срећним земљама транзиције ова дилема је већ заборављена, као што је заборављена и транзиција, док се ми стално враћамо на почетна питања која су морала бити начелно решена пре две или три деценије. Па да се вратимо и кренемо редом.

Профит представља основни мотив због кога неко привредно друштво предузима неку инвестицију. Због чега би било ко уопште инвестирао у пољопривредну или у било коју другу делатност, уколико ће му стварање профита бити онемогућено? Веће фискално оптерећење добити страних улагача у односу на домаће само би значило смањен ниво инвестиција, односно нижи ниво економског раста. Оно што државе могу и требају да ураде, то је да створе такав економски амбијент у коме инвеститори, било страни било домаћи, неће износити свој профит у иностранство, већ ће бити заинтересовани да тај профит реинвестирају у овој земљи.

5. ПРОМЕНА НАМЕНЕ ЗЕМЉИШТА

Постављено је и питање *„да ли би након куповине пољопривредног земљишта страни купци* ***чекали да му се преименује намена*** *што би, евентуално, могло да допринесе расту цене“*.[20]

Вероватно да би овде одговор био потврдан, али (опет) не разумем у чему је проблем јер нико не спречава ни домаће инвеститоре да откупе земљиште па да чекају промену намене. Уколико се овде мисли на постојање неких злоупотреба у области урбанистичког планирања, онда пажњу треба усмерити на спречавање злоупотреба, без обзира на држављанство учесника у тим незаконитим активностима. Дакле, не видим ни да је ово аргумент против либерализације.

ЗАКЉУЧАК

Проблем својине на пољопривредном земљишту тангира све друштвене области, па се може изучавати применом методологије различитих научних

[20] Ј. Чикић, 2018, *op.cit.,* 166.

области. Друштвени односи на селу не могу се озбиљно изучавати ако се занемари економски аспект тих односа. Имовински односи везани за пољопривредно земљиште ту имају централно место. У том смислу, Чикић значајну пажњу посвећује овом питању, остављајући отворена питања на која социологија не може самостално дати одговор.

У до сада објављеним радовима на ову тему покушавао сам да докажем да ограничење права странцима да стичу право својине на пољопривредном зељмишту ремети тржишну алокацију јер редукује тражњу за тим добрима на ниво домаће тражње. Директна последица је смањена вредност земљишта и погоршан положај домаћих економских субјеката. Либерализација правног режима донела би побољшање у смислу Парета. Највећи отпор овом процесу пружају различите интересне групе. То су домаћи субјекти који користе постојећи режим да, заштићени од иностране конкуренције, откупе велике површине пољопривредног земљишта по ниским ценама.[21] Они ће након тога сачекати либерализацију до које ће неминовно доћи према одредбама ССП-а,[22] након чега ће се вредност њихове имовине вероватно увећати због повећане тражње, али и субвенција које Унија даје кроз своју аграрну политку.

У трагању за најбољим научним објашњењем овог друштвеног феномена квалитетна полемика може бити од великог значаја, јер помаже у интрадисциплинарној и интердисциплинарној комуникацији. Као неко ко се бави економским аспектима имовинскоправних односа везаних за пољопривредно земљиште, примећујем да се појављује све већи број радова на ову тему. Нажалост, код највећег броја радова недостаје познавање научне методологије, па било каква полемика нема смисла. Монографија „Породична газдинства на раскршћу: изазови и могућности биолошке, економске и социјалне репродукције“ свакако представља озбиљан научни рад који се издваја својим квалитетом.[23] Одлучио сам се на писање ове полемике да бих и социологе охрабрио да се укључе у изучавање овог изузетно важног проблема, како бисмо сучељавањем идеја заједнички дошли до најбољег правног решења.

---

[21] Видети случај будуће приватизације ПКБ-а: Л. Батуран, 2017, *op.cit.,* 158-170.

[22] Тренутно правно решење које је донето у августу 2017. године не може опстати на дужи рок. Видети: Л. Батуран, 2017, *op.cit.,* 1153-1175.

[23] Видети супротно: Слободан Рељић: Распродаја земље странцима – последњи чин „бећарске економије“. *Економске, социјалне и развојне последице продаје пољопривредног земљишта у Србији.* Институт економских наука, Београд, 2017, 23-34.

Luka O. Baturan, Assistant with Ph.D.
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
L.Baturan@pf.uns.ac.rs

Foreigners and Agricultural Land: Answers on some Questions Raised in the Book „Family Farms at the Crossroads: challenges and opportunities in biological, economic and social farm reproduction“

Abstract: *In the book "Family Farming at the Crossroads: challenges and opportunities in biological, economic and social farm reproduction ", the problem of the right of foreigners to acquire property on agricultural land in the territory of Serbia has been considered. In the context of sociological research, several questions were raised to economic and legal theory. Issues are related to (1) the duration of the positive effects of liberalization, (2) the effects of liberalization on the reduction of the number of domestic farms, the proletarization and pauperization of small farmers, (3) the creation of foreign monopolies, (4) tax treatment of foreign buyers of agricultural land and (5) abuse in the change of the land'S purpose. The main aim of this polemics is to provide answers to these questions from the aspect of legal and economic theory, and after valid exchange of arguments, the views on this important issue should be in tune. Our attitude is that the proscription to foreigners to acquire the agricultural land will distort the market allocation, because it reduces the demand for such goods to the level of domestic demand. The direct consequence of this legal solution is the lower price of land. The liberalization of the legal regime would bring an improvement in the sense of Pareto.*

Keywords: *agricultural land, property, ownership, rights of foreigners.*

Датум пријема рада: 08.06.2018.

Оригинални научни рад 004.8:347.78
doi:10.5937/zrpfns52-18856

Слобода Д. Мидоровић, асистент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
S.Midorovic@pf.uns.ac.rs

ГРАЂАНСКОПРАВНИ РЕЖИМ ПОДАТАКА КОЈИ НАСТАЈУ УПОТРЕБОМ ПАМЕТНИХ УРЕЂАЈА

***Сажетак**: У раду је испитан грађанскоправни режим података који настају употребом паметних уређаја, и то како са становишта домаћих и наднационалних прописа, тако и са аспекта одлука судова, те теоријских предлога за уређење новина које је донело дигитално доба. У контексту четврте индустријске револуције и интернета ствари, посебна пажња је посвећена питању да ли се подаци који настају употребом паметних уређаја могу сматрати објектима апсолутног права или је, пак, за уређење друштвених односа који настају поводом њих примеренији уговорноправни режим. Осим тога, сагледана је могућност проширења правне заштите коју ужива телесни носач података на саме податке похрањене на њему. Истовремено је указано на нека од питања која искрсавају у пракси услед растућег тренда раздвајања фактичке и правне контроле на подацима.*

***Кључне речи:** паметни уређаји, својина на подацима, право произвођача података, право на приступ подацима.*

1. УВОД

Промене које се убрзано одвијају у сектору информационо-комуникационих технологија као и општи тренд дигитализације представљају велики изазов за право на глобалном нивоу. Широка примена тзв. паметних уређаја у индустрији али и у свакодневном животу, као и огромна количина података која се генерише њиховом употребом, намећу питање да ли је постојећи правни оквир адекватан за правно обликовање друштвених односа који настају у новом дигиталном окружењу. То ново окружење отвара питање да ли се правна правила аналогног доба могу применити на дигитални

свет, те, да ли решења за настале промене треба тражити у традиционалним правним институтима, или их, пак, треба модификовати, како би могли да одговоре изазовима дигиталне ере.

У контексту четврте индустријске револуције (*Industry 4.0*) и интернета ствари (*Internet of Things, IoT*) у раду је испитано како треба квалификовати податке који се генеришу употребом паметних уређаја, тј. да ли се они имају сматрати објектима апсолутног права или је, пак, за уређење друштвених односа који настају поводом њих примеренији уговорноправни режим. При томе, термин „интернет ствари", поједностављено речено, треба схватити као феномен који подразумева повезаност, уз помоћ интернета, телесних ствари снабдевених разним сензорима, који међусобно комуницирају и размењују податке, прилагођавајући се тако свом окружењу и потребама својих корисника.[1]

О овој теми се у научној и стручној јавности навелико дискутује. О значају ове дебате говори велики број друштвених актера који су у њу укључени, као и бројне студије које су у скорије време објављене на ову тему.[2] За исход ове расправе нарочито су заинтересовани субјекти чији се пословни модели заснивају на контролисању података које генеришу трећа лица.

Описане промене условиле су настанак једног новог израза „својина на подацима" (енгл. *data ownership*). У вези са тим је потребно испитати да ли се термин својина у контексту података употребљава у свом традиционалном значењу, или је, пак, реч о новом феномену који подразумева суштински другачије карактеристике од права својине. Осим тога, потребно је проверити и да ли се са становишта позитивног права уопште може говорити о својини на подацима и да ли би такав концепт имао оправдање. У раду ће, такође, бити анализирани и *de lege ferenda* предлози у погледу правног ква-

---

[1] Више о томе вид у: Malte Grützmacher, „Dateneigentum – ein Flickenteppich – Wem gehören die Daten bei Industrie 4.0, Internet der Dinge und Connected Cars?", *Computer und Recht* 8/2016, 485; Hermann Kopetz, „Internet of Things" у: *Real-Time Systems,* Springer 2011, 307-323.

[2] Неке од њих су: Data Ownership and Access to Data Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 16 August 2016 on the Current European Debate, *https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2833165*, 2. марта 2018. године (надаље: Data Ownership and Access to Data); Driven Innovation for Growth and Well Being, OECD Publishing, Paris, 2015. *http://dx.doi.org/10.1787/9789264229358-en*, 11.новембар 2017; European Commission DG Communications Networks, Content & Technology by: Osborne Clarke LLP, Legal study on Ownership and Access to Data, 2016, *https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d0bec895-b603-11e6-9e3c-01aa75ed71a1/language-en*; Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart" der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister der Länder Bericht vom 15. Mai 2017 *https://www.justiz.nrw.de/JM/schwerpunkte/digitaler_neustart/bericht_ag_dig_neustart.pdf,* 3.12.2017 (надаље: Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart"); OECD Data Gutachten von Noerr LLP im Auftrag des BDI, Digitalisierte Wirtschaft/Industrie 4.0, *http://bdi.eu/media/themenfelder/digitalisierung/downloads/20151117_Digitalisierte_Wirtschaft_Industrie_40_Gutachten_der_Noerr_LLP.pdf*, 26. јануар 2018.

лификовања података који настају употребом паметних уређаја, са циљем њиховог критичког сагледавања. Претходно треба испитати да ли важећа регулатива већ пружа довољан степен заштите подацима који настају у дигиталној ери, и да ли су евентуалне правне празнине по свом значају такве да заврећују да буду попуњене нормативном активношћу.

2. ПОДАЦИ КОЈИ НАСТАЈУ УПОТРЕБОМ ПАМЕТНИХ УРЕЂАЈА И СА ЊИМА ПОВЕЗАНИ ФЕНОМЕНИ

Под податком се најчешће подразумева секвенца знакова попут низа слова, бројева, облика или, пак, њихова комбинација, која носи одређено значење. Као такав, „податак је [...] само могући елемент информације".[3] Иако сваки низ знакова који се сматра податком има одређено значење, оно није исто за сваког појединца. Наиме, подацима су, „инхерентна различита могућа значења, а адресат се опредељује за једно од њих у оквиру сопствене способности разумевања."[4]

Подаци који се прикупљају употребом паметних уређаја представљају тзв. сирове податке и они, по правилу, појединачно узети, немају значајнију вредност. Но, њиховим обједињавањем у тзв. велике податке (*Big Data*), те њиховом селекцијом, систематизацијом и анализом се може доћи до значајних сазнања и закључака уз помоћ којих се може обезбедити пословни успех и предност над конкурентима. Имајући у виду то да подаци који се генеришу употребом паметних уређаја могу бити од значаја не само за произвођаче тих уређаја, који уз помоћ њих желе да унапреде своје производе, него и за читав низ других приватних субјеката, али и за носиоце јавне власти, поставља се питање коме ови подаци припадају.[5] У одсуству посебне регулативе о томе, подаци припадају ономе ко им може фактички приступити, а то је најчешће произвођач производа чијом се употребом они генеришу. У том смислу се поставља питање, да ли је тренутно стање задовољавајуће, односно да ли право треба да осигура и другим субјектима приступ овим подацима као и учешће у економској користи која се остварује њиховом употребом.[6]

У тесној вези са великим подацима је и измештање места њиховог складиштења. До недавно је било уобичајено да сваки субјект своје податке чува на сопственој меморији и да, на тај начин, има фактичку контролу над њихо-

[3] Dušan Ž. Nikolić, *Pravo informacija (ka novoj grani prava)*, Novi Sad 1990, 15.

[4] Louisa Specht, „Ausschließlichkeitsrechte an Daten – Notwendigkeit, Schutzumfang, Alternativen – eine Erläuterung des gegenwärtigen Meinungsstands und Gedanken für eine zukünftige Ausgestaltung", *Computer und Recht* Vol. 32, Issue 5/2016, 290.

[5] M. Grützmacher, 485.

[6] Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart", 75, 76.

вом употребом на основу чињенице да у својој државини има носач на коме су ти подаци похрањени. Временом се, међутим, потреба за меморијским капацитетима значајно повећала. То је изискивало значајна улагања у инфраструктуру која би омогућила чување растућих количина података, при чему нису сви субјекти у могућности да такву инфраструктуру и обезбеде. Описане потребе су, заједно са развојем интернета, довеле до појаве нове услуге која се означава као *cloud computing*.[7] Ради се о својеврсном закупу виртуелног меморијског простора у власништву одређене компаније – закуподавца меморијског капацитета, ради складиштења и чувања података другог субјекта – закупца меморијског простора.[8] Након уступања података ради њиховог складиштења на *cloud*-у, корисник *cloud* услуга, са правне тачке гледишта, и даље остаје „господар" података иако губи фактичку контролу над њима.[9] Раздвајање података од њиховог носача отворило је низ нових правних питања, од којих ће нека бити поменута у овом раду.

3. ПРАВНА ЗАШТИТА ПОДАТАКА КОЈИ НАСТАЈУ УПОТРЕБОМ ПАМЕТНИХ УРЕЂАЈА

3.1. Испитивање адекватности важећих прописа

У складу са важећим правом, подаци се, у зависности од њихове садржине, штите од неовлашћеног приступа и искоришћавања на различите начине. Заправо, постоји читав низ прописа којима се штите поједини аспекти садржине података. Пре свега, ту спадају прописи који имају за циљ заштиту података о личности, затим прописи из области права интелектуалне својине, а постоје и правила о пословној тајни. Међутим, ниједан од ових прописа не пружа свеобухватну, или, пак адекватну заштиту подацима који настају у контексту индустрије 4.0 и употребом *IoT* уређаја.

Тако, на пример, прописи о заштити података о личности нису у потпуности прилагођени подацима који настају употребом паметних уређаја будући да се они често прикупљају у анонимизираном облику. То значи да се на основу њихове садржине углавном не може одредити идентитет физичког лица о чијим се подацима ради[10] и да, самим тим, нема места примени про-

[7] Радовановић Сања, „Употреба рачунарског програма у *cloud computing-у*", Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 2/2012, 334-357.

[8] Thomas Heymann, „Der Schutz von Daten bei der Cloud Verarbeitung", *Computer und Recht* Vol. 31, Issue 12/2015, 807; Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart", 60.

[9] T. Heymann, 808; Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart", 48, 49.

[10] Вид. пасус (26) уводног образложења *Уредбе ЕУ 2016/679 Европског парламента и Савета од 27. априла 2016. године о заштити физичких лица у вези са обрадом података о личности и о слободном кретању таквих података и о стављању Директива 95/46/ЕЗ ван*

писа о заштити личних података. Уколико би се, пак, на основу прикупљених података магао одредити идентитет лица о чијим је подацима реч, прописи о заштити података о личности би, без дилеме, били примењиви. Међутим, подаци који се генеришу употребом паметних уређаја у индустрији ни теоријски не улазе у поље примене прописа о заштити података о личности, будући да се они односе само на податке физичких, али не и правних лица.[11]

Када је реч о ауторскоправној заштити, њу могу да уживају само низови знакова који представљају људске творевине, које имају одређени духовни садржај под условом да су оригиналне.[12] Већ на основу реченог, делује да се подаци који се генеришу употребом паметних уређаја не могу квалификовати као објекти ауторскоправне заштите. Пре свега, разлог томе лежи у чињеници да ове податке не ствара човек, већ се они аутоматски прикупљају употребом уређаја.[13] Подаци који се генеришу употребом *IoT* уређаја немају духовни садржај и не „представљају средство непосредне комуникације међу људима"[14], него средство комуникације међу уређајима чијом се употребом они прикупљају. Осим тога, *IoT* генерисаним подацима недостаје и оригиналност. За разлику од аутора који је „јединствен и незаменљиви агенс сваког ауторског дела"[15], делује да већину података који настају употребом *IoT* уређаја може да генерише било ко без потребе да у тај процес унесе свој креативни, стваралачки дух. Коначно, и само трајање ауторскоправне заштите делује предугачко из угла сврхе која се жели постићи обрадом велике количине *IoT* података, а то је да се олакша и оптимизује процес доношења одлука на основу закључака до којих се долази у реалном времену.[16]

Ни правила о заштити права произвођача базе података нису адекватна за уређење односа који настају поводом *IoT* података. Наиме, подаци

снаге, у јавности познатије као *Општа уредба о заштити података о личности*, *OJ L 119,* 4.5.2016, 1–88.

[11] Вид. чл. 3, ст. 1, тач. 1) Закона о заштити података о личности, *Службени гласник РС, бр. 97/2008, 104/2009, 68/2012 – Одлука Уставног суда, 107/2012*.

[12] Слободан М. Марковић, Душан В. Поповић, *Право интелектуалне својине*, Београд 2014, 38.

[13] Thomas J. Farkas, "Data Created by the Internet of Things: The New Gold Without Ownership?", *Revista la Propiedad Inmaterial* No. 23/2017, 8. Ипак, не може се порећи сваки допринос човека у њиховом настанку, будући да се они генеришу управо захваљујући томе што се човек одлучи на употребу одређеног уређаја (нпр. паметног телефона, паметног сата, аутомобила и сл.). Ова чињеница је навела не само поједине теоретичаре, него и Европску комисију да размотри могућност признавања кориснику паметног уређаја својства произвођача података.

[14] С. М. Марковић, Д. В. Поповић, 38, 39.

[15] *Ibid*.

[16] Josef Drexl, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 16-13, *Designing Competitive Markets for Industrial Data – Between Propertisation and Access*, 41; T. J. Farkas, 9.

који се прикупљају уз помоћ сензора којима су опремљени паметни уређаји, по правилу, представљају сирове податке, који нису уређени на систематичан или методичан начин. Ипак, то не искључује могућност њиховог организовања у одговарајући систем. Међутим, чак и када би ови подаци били распоређени на систематичан или методичан начин, поставља се питање да ли би то био резултат ангажовања појединца, или би, пак, неки рачунарски програм био заслужан за њихов распоред.[17] Осим тога, спорно је и да ли би такав напор представљао у квалитативном и квантитативном смислу значајнију инвестицију, при чему не треба мешати аутоматско селектовање и распоређивање података са средствима која су уложена у осмишљавање уређаја за њихово прикупљање. Аргумент против заштите података који настају употребом паметних уређаја путем права произвођача базе података може се пронаћи у ставу Суда правде Европске уније заузетом у случају *The British Horseracing Board Ltd and Others v William Hill Organization Ltd*.[18] Према виђењу овог Суда, „циљ заштите базе података јесте да се подстакне презентовање већ постојећих података, а не креирање података који би накнадно могли да буду обједињени у базу података“.[19]

Када је реч о патентноправној заштити, замислива је заштита *IoT* података путем патентног поступка будући да се „обим његове заштите протеже и на ‘производе’ који се добијају кроз тај поступак.“[20] То даље отвара питање да ли би се евентуално податак могао сматрати производом који се добија применом патентираног поступка. Ово је нарочито замисливо у области индустрије где се применом патентираног поступка медицинског дијагностиковања долази до одређених података.[21] О овом потенцијалном облику заштите података се судска пракса, бар за сада, негативно изјаснила.[22]

3.2. Заштита података *de lege ferenda*

3.2.1. Апсолутна права на подацима

Иако постоји низ прописа којима се подаци штите с обзиром на њихову садржину, делује да ниједан од постојећих видова заштите није прилагођен правном уређењу података који настају употребом паметних уређаја.

---

[17] Michael Dorner, „Big Data und „Dateneigentum““, *Computer und Recht* Vol. 30, Issue 9/2014, 621; L. Specht, 293.

[18] Case C-203/02, ECLI:EU:C:2004:695.

[19] Вид. пасус 31 Case C-203/02, ECLI:EU:C:2004:695.

[20] J. Drexl, 24.

[21] *Ibid.*, 24, 25.

[22] Düsseldorfer Entscheidung Nr.: 1364, Landgericht Düsseldorf, Urteil vom 16. Februar 2010, Az. 4b O 247/09, *https://www3.hhu.de/duesseldorfer-archiv/?p=813*, 17. јун 2018.

Због тога се, у последње време, у научној и стручној литератури све више дискутује о томе има ли места заштити података признавањем апсолутног права независно од њихове садржине и телесног носача. При томе се, као потенцијални узори, намећу право својине и поједина права интелектуалне својине.

3.2.1.1. Својинскоправна заштита података

За податке који настају у ери интернета ствари тренутно не постоје јединствена правна правила. Нарочито се као спорно јавља питање коме они припадају, ко их може употребљавати и ко на основу њих може црпети економску корист.[23] У преовлађујућем делу теорије, подацима се негира карактер телесних ствари, па самим тим и могућност њиховог подвођења под систем заштите који је својствен материјалним добрима. У прилог таквом ставу се наводе карактеристике података и то, пре свега, одсуство ривалитета и неексклузивност. Ипак, треба скренути пажњу и на новине које се могу уочити у судској пракси појединих земаља које наговештавају промене у перцепцији података. Очигледан пример за прихватање реалности коју доноси ера дигитализације може се пронаћи у пракси француског Касационог суда (*Cour de Cassation*) који је у једном случају заузео став да се противправно одузимање компјутерског податка сматра крађом. На тај начин је компјутерском податку, иако посредно, признато својство ствари.[24]

У делу доктрине који заговара увођење заштите на подацима признањем апсолутног права истиче се да подаци постепено замењују телесне ствари и да се у пракси све чешће јавља потреба за њиховом заштитом налик заштити телесних ствари.[25] Осим тога, све је учесталија потреба за заштитом интегритета података независно од њиховог носача. Тако, на пример, пуштање компјутерског вируса који доводи до брисања туђих података нема истовремено за последицу оштећење или уништење њиховог носача, а ипак ствара потребу за заштитом.

У теоријској дебати о признавању апсолутног права на подацима, свој допринос је, између осталог, дао и холандски професор ван Ерп. Разматрајући потенцијални правни режим за податке, он предлаже „заузимање прагматичнијег приступа како би се избегла непотребна и непродуктивна ака-

[23] Iris Plöger, „Recht in Zeiten von Industrie 4.0. – Braucht unsere Rechtsordnung ein „digitales update“?“, *GRUR Newsletter* 01/2016, 6.

[24] N° de pourvoi: 14-81336 од 20. маја 2015. В. Pierre Berlioz, „Consécration du vol de données informatiques. Peut-on encore douter de la propriété de l'information?“, *Revue des contrats*, December 1, 2015 – n° 04- p. 951. Нав. према: European Commission DG Communications Networks, Content & Technology by: Osborne Clarke LLP, *Legal study on Ownership and Access to Data*, 2016, 46.

[25] M. Dorner, 625.

демска дебата заснована на стерилним догматским анализама замишљена на парадигмама из 19. века.“[26] Сходно томе, он предлаже реконцептуализацију традиционалног поимања права својине, односно увођење различитих врста и степена права својине. Према његовом виђењу, потребно је променити перцепцију традиционалних својинских овлашћења, при чему овлашћење држања треба заменити контролом, овлашћење на повраћај ствари треба заменити гарантовањем права на приступ подацима, док би овлашћење располагања требало супституисати алокацијом (дистрибуцијом) података.[27]

Расправу о својини на дигиталним подацима подстакла је и једна новија одлука Суда правде Европске уније у случају *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp.*[28] У њој се Суд изјаснио по питању примене правила о исцрпљењу права у односу на дигиталне садржаје. Наиме, у складу са правилом о исцрпљењу права, власник примерка дела које је легално прибављено од аутора или његовог следбеника, може тај примерак слободно да отуђи. У случају је, пак, било спорно да ли се примерком дела може сматрати и компјутерски програм који се не налази на телесном носачу, већ је преузет (путем опције *download*) у дигиталном облику са званичног сајта туженог. Са тим у вези, Суд је утврдио да се легалним преузимањем компјутерског програма са интернета на њему стиче право својине. Тачније, Суд је нашао да „продаја подразумева уговор којим особа, као накнаду за плаћену цену, преноси на другу особу своје *право својине на* телесној или *бесшелесној имовини*.“[29] (Истакла: С. Мидоровић) Иако су у конкретном случају стицалац програма и тужена компанија закључили уговор о корисничкој лиценци, а не уговор о продаји, Суд је закључио да корисничка лиценца у суштини има одлике продаје, будући да омогућује стицаоцу трајно коришћење компјутерског програма уз накнаду за цену која одговара његовој економској вредности.[30] Ово важи чак и у случају да уговор о корисничкој лиценци садржи клаузулу којом се ограничава могућност даљег преноса легално стеченог програма, под условом да првобитни стицалац учини неупотребљивим компјутерски програм који продаје на свом рачунару у време његове продаје.[31] У овом случају Суд је чак закључио да „*on-line* преношење програма представља функционални еквивалент предаји материјалног носача.“[32]

---

[26] Sjef van Erp, *Ownership of Data and the Numerus Clausus of Legal Objects,* Maastricht European Private Law Institute Working Paper No. 2017/6, 18.

[27] *Ibid.*, 18, 22, 23.

[28] Case C-128/11, ECLI:EU:C:2012:407.

[29] Вид. пасус 42 Одлуке у случају *UsedSoft GmbH v.Oracle International Corp.*

[30] Вид. пасусе 45, 46 Одлуке у случају *UsedSoft GmbH v.Oracle International Corp.*

[31] Вид. пасусе 77, 78 Одлуке у случају *UsedSoft GmbH v.Oracle International Corp.*

[32] Вид. пасус 61 Одлуке у случају *UsedSoft GmbH v.Oracle International Corp.*

Иако поједини теоретичари тврде да је став Суда у случају *UsedSoft* ограничен на примену правила о исцрпљењу права и да се, стога, не може прихватити као опште правило[33], могуће је да он наговештава промене које постепено налазе своју пут, за почетак кроз тумачење судова, а у скорије време вероватно и кроз одговарајућу легислативу.

Када је реч о објекту потенцијалног права својине на подацима, поставља се питање да ли својина може постојати на појединачним подацима, или је једино оправдано њено евентуално признавање на скуповима података (на енгл. *data sets*).[34] Осим тога, спорно је и да ли се може говорити о својини података као јединственом концепту, имајући у виду постојање различитих врста података. О овим питањима, за сада, нису формирани јасни теоријски ставови.

3.2.1.2. Правни режим носача података и података похрањених на носачу

Одређивање односа носача података и података похрањених на њему је битно из угла заштите података. У вези са тим се поставља питање да ли подаци који су депоновани на извесном носачу аутоматски потпадају под исти правни режим као и сам носач. О томе постоје различита теоријска становишта. Док поједини аутори истичу да стварно право није прилагођено уређивању неривалитетних овлашћења на подацима[35], други сматрају да се, под одређеним условима, заштита носача, и то како својинскоправна тако и државинска, може проширити и на заштиту података који су опредмећени у њему.[36]

У прилог другом ставу се наводе различити аргументи. Један од њих заговара немачки професор Гроскопф (*Grosskopf*). Према његовом виђењу, подаци се могу сматрати плодом носача, јер се њиховим бележењем не црпи супстанца носача.[37] По том основу, плод припада власнику плодоносне ствари. Ипак, према владајућем мишљењу, овај став није прихватљив, јер подаци не потичу изворно од самог носача, већ се само похрањују на њему.[38] Осим тога, у делу теорије је заступљено и мишљење да подаци представљају потпуно инкорпорисани део носача, јер је реч о тако повезаним деловима

[33] J. Drexl, 28,

[34] Maximilian Becker, „Rechte an Industrial Data und die DSM Strategie“, *GRUR Newsletter* 01/2016, 7; J. Drexl, 13, 39.

[35] L. Specht, 292.

[36] Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“, 46.

[37] Lambert Grosskopf, „Rechte an privat erhobenen Geo- und Telemetriedaten“, *IP Rechtsberater* 11/2011, 173.

[38] L. Specht, 292.

који се не могу раздвојити без оштећења, односно уништења.[39] У том случају, носач и податке похрањене на њему треба квалификовати као једну ствар која се штити у складу са правилима стварног права. У прилог овом ставу може се навести случај у коме је суд нашао да намерно изазивање прекида струје на компјутеру, који је довео до уништења података представља повреду права својине на хард диску на коме су уништени подаци претходно били похрањени.[40] На тој линији резоновања је био и Виши регионални суд у Карлсруеу (*Oberlandesgericht Karlsruhe*) који је заузео став да брисање података са њиховог носача може да доведе до повреде права својине на самом носачу.[41] У вези са опредељивањем односа података и носача, треба споменути и став према коме се спајање података и носача независно од воље ималаца права на њима има решити применом правила о спајању, односно мешању као врсти прираштаја.[42]

Ипак, алокација података посредством својине на носачу није увек прихватљива. У вези са тим је потребно разликовати две ситуације. Прва постоји у случају када је власник носача уједно овлашћен да приступи подацима депонованим на њему. Тада делује оправдано проширење стварноправне заштите на носачу и на податке складиштене на њему. Ово тим пре што се суштина својине састоји у могућности власника да према својој ствари поступа према свом нахођењу, што укључује и његову могућност да несметано приступи и користи податке инкорпорисане на носачу. У супротном би уживање својине на носачу било умањено или чак онемогућено у случају мењања или брисања података похрањених на њему.[43]

У другој ситуацији, пак, лице које је власник носача не фигурира уједно као овлашћени титулар података похрањених на њему. У тим околностима, власништво на носачу нема за аутоматску последицу и уживање права на подацима који су инкорпорисани у њему, због чега је нужно раздвајање правног режима носача од правног режима података депонованих на њему.

Раздвајање правног режима носача од података похрањених на њему потенцира растући тренд депоновања података на туђем серверу преко *cloud computing* услуга. У овом случају није могуће похрањене податке штитити посредством права својине на њиховом носачу, јер пружалац *cloud computing*

---

[39] Нав. према: Christian von Bar, Gemeineuropäisches *Sachenrecht, Band 1: Grundlagen, Gegenstände sachenrechtlichen Rechtsschutzes, Arten und Erscheinungsformen subjektiver Sachenrechte*, München 2015, 163, фн. 205.

[40] LG Osnabrück, 09.08.2011 – 14 O 542/10.

[41] OLG Karlsruhe, Urt. v. 7.11.1995 – 3 U 15/95.

[42] Вид. мишљење Вишег регионалног суда у Келну у случају Тонских снимака канцелара Кола, пасус 6 пресуде Савезног врховног суда Немачке: BGH, Urteil vom 10. Juli 2015 – V ZR 206/14 – OLG Köln, LG Köln.

[43] Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“, 54.

услуге има само фактичку контролу над подацима, док они и даље, правно гледано, припадају кориснику услуга *cloud computing*-а.

Ситуације у којима се подаци не могу штитити посредством права својине на њиховом носачу, актуелизовале су питање правних средстава која имаоцу података стоје на располагању у случају да њихов фактички ималац одбија да их врати. У досадашњој судској пракси земаља које не познају изричит законски основ за реституцију података једног лица који се нађу у фактичкој контроли другог лица, судови су аналогно примењивали правила о повраћају индивидуално одређених ствари тј. *Actio rei vindicatio.* Повраћај података се у овом случају реализује на тај начин што би тужиоцу била предата копија тражених података уз истовремено налагање туженом да их избрише са свог сервера или другог носача.[44] Ипак, поставља се питање да ли је таквим налогом туженом проблем решен. Наиме, и након брисања податка са своје меморије тужени и даље може да га злоупотреби на основу чињенице да има сазнање о њему и о његовој садржини. Другим речима, тужени и након враћања спорних података тужиоцу и њиховог брисања са своје меморије може да их реконструише. Ова могућност нам указује да брисање податка са меморије туженог није довољно, него да треба отићи и корак даље и туженом забранити сваку даљу реконструкцију и употребу тужиочевих података, под претњом изрицања новчане казне.

Осим тога, у неколико случајева у пракси је искрсло питање да ли се ималац права на подацима који се чувају код трећег може позвати на излучно право уколико над компанијом која фактички чува податке буде покренут стечајни поступак. Наиме, излучно право је право лица да на основу свог стварног или личног права тражи да се одређена ствар издвоји из стечајне масе дужника.[45] Стриктним тумачењем ове одредбе долази се до закључка да предмет излучења у контексту стечаја могу бити само индивидуално одређене ствари, што подаци, према владајућем мишљењу нису. Уважавајући овај проблем, поједине земље су прилагодиле формулације својих законских текстова. Тако, на пример, чл. 567, ст. 2 Трговачког законика Луксембурга гласи: „Незаменљива, бестелесна лична имовина која је у државини стечајног дужника може бити захтевана од стране особе која их је поверила стечајном дужнику или од стране власника, под условом да се она може одвојити од свих других незаменљивих покретних ствари у време отварања поступка, с тим да ће све трошкове у вези са тим сносити подносилац захтева“.[46]

---

[44] OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.9.2012 – I-6 U 241/11, пасус 34; BGH Urt. v. 17.04.1996, Az.: VIII ZR 5/95.

[45] Вид. чл. 50 Закона о стечају, *Службени гласник РС,* бр. 104/2009, 99/2011, 71/2012 *(Одлука Уставног суда)*, 83/2014, 113/2017, 44/2018.

[46] Више о томе вид. Sjef van Erp*,* 18, 19.

На крају, поставља се питање да ли је заштита података посредством својине на њиховом носачу адекватна у контексту података који се аутоматски генеришу употребом *IoT* уређаја и у домену индустрије 4.0. У теорији се скреће пажња на могуће недостатке оваквог решења утолико што би тако произведени подаци припадали власнику паметног уређаја, независно од тога ко тај уређај користи у конкретном случају, те да такво решење не би уважило интересе свих лица која потенцијално могу бити укључена у њихово генерисање.[47]

3.2.1.3. Заштита података путем новог права интелектуалне својине

У оквиру расправе о признању апсолутног права на подацима, у теорији су артикулисани и предлози за увођење новог права интелектуалне својине којим би се штитили подаци који настају употребом паметних уређаја. Аутори који заговарају ову идеју сматрају да се не сме занемарити економска вредност ових података, и да, стога, има основа размишљати о увођењу новог „права произвођача података“ (на енгл. *data producer's right*). Према њиховој визији, радило би се о новом праву интелектуалне својине којим би се штитили подаци који настају употребом паметних уређаја чији се корисник јавља у улози њиховог произвођача.[48] Признавањем овог права се жели омогућити кориснику паметног уређаја, кроз чију употребу се генеришу одређени подаци, да учествује у делу прихода који се остварују на основу обраде тако генерисаних података.

О овом новом праву интелектуалне својине се не дискутује само у научним круговима, већ је његово увођење размотрено и у Саопштењу Европске комисије под називом „*Изградња европске економије података*“[49] и детаљно објашњено у пратећем документу уз то Саопштење. Према виђењу Комисије, радило би се о праву које би се односило на неличне, анонимне податке који се генеришу употребом паметних уређаја које би титулару донело искључиво овлашћење на употребу таквих података, укључујући и право уступања лиценце за њихову употребу. Оно би укључивало сет овла-

[47] T. J. Farkas, 11.

[48] Herbert Zech, „„Industrie 4.0“ − Rechtsrahmen für eine Datenwirtschaft im digitalen Binnenmarkt“, *GRUR* 2015, 1151; Arthur-Axel Wandtke, „Ökonomischer Wert von persönlichen Daten – Diskussion des „Warencharakters“ von Daten aus persönlichkeits- und urheberrechtlicher Sicht“, *MMR* 2017, 6; Karl-Heinz Fezer, „Theorie des immaterialgüterrechtlichen Eigentums an verhaltensgenerierten Personendaten der Nutzer als Datenproduzenten“, *MMR* 2017, 3. Нав. према: Arbeitsgruppe „Digitaler Neustart“, 92.

[49] Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions "Building a European Data Economy", Brussels, 10.1.2017 COM(2017) 9 final, *https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/communication-building-european-data-economy*, 13. јун 2018.

шћења супротстављивих трећим лицима уз истовремено гарантовање права титулару да потражује накнаду штете у случају неовлашћеног приступа и употребе тих података.[50]

Овај предлог Комисије је наишао на оштру критику научне јавности[51] уз напомену да би се ово право косило са основном идејом права интелектуалне својине да подаци као такви треба да буду слободни.[52]

3.2.2. Аргументи против заштите података признавањем апсолутног права

Иако се расправа о потреби и оправданости признавања апсолутног права на подацима већ неко време активно води у научним и стручним круговима, али и на политичком нивоу, за сада делује да још није сазрело време за такву новину. У прилог томе говори подугачка листа аргумената.

Разлози који негирају потребу увођења новог апсолутног права на подацима се, пре свега, тичу очувања општег интереса оличеног у слободном протоку података.[53] Као препреке за признавање новог апсолутног права се наводе и својства података, а пре свега одсуство ривалитета, тј. могућност њиховог истовременог коришћења у пуном обиму од стране више субјеката. Листи аргумената против се придодају и тешкоће у изналажењу адекватних критеријума за одређивање титулара новог права[54], као и велика разноврсност података.[55] Признавање апсолутног права на подацима би било незамисливо без истовременог предвиђања низа изузетака и ограничења, која је, пак, тешко унапред предвидети. Поврх тога, упитно је и то да ли би ново право дугорочно гледано могло да одговори изазовима дигиталне технологије коју карактеришу изразито брзе промене. Истовремено се указује на негативан утицај потенцијалног апсолутног права на обраду великих података, чији су резултати прецизнији, па самим тим и вреднији уколико обухватају већу количину података.[56] Овом низу се додаје и став да фактичка искључивост,

---

[50] Commission Staff Working Document on the free flow of data and emerging issues of the European data economy, Accompanying the document Communication Building a European data economy, Brussels, 10.1.2017 SWD(2017) 2 final, 33.

[51] Више о томе вид. у: Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 26 April 2017 on the European Commission's "Public consultation on Building the European Data Economy.

[52] Више о томе вид. у: Bernt Hugenholtz, "The "Data Producer's Right": Unwelcome Guest in the House of IP", *Kluwer Copyright Blog*, August 25, 2017, *http://copyrightblog.kluweriplaw.com /2017/08/25/data-producers-right-unwelcomeguest-house-ip/*, 13. јун. 2018.

[53] J. Drexl, 28.

[54] *Ibid.,* 6, 28

[55] T. Heymann, 810.

[56] M. Dorner, 626.

која се постиже применом техничких мера[57], већ даје добре резултате, те да би увођење новог права у овом моменту било преурањено. Посебан изазов за ново апсолутно право на подацима представљале би тешкоће, а можда чак и техничка неизводљивост у његовом спровођењу.[58]

3.2.3. Уговорноправна заштита података

Противници увођења новог апсолутног права на подацима предлажу да се односи међу субјектима поводом података уреде на уговорној основи, што представља тренутни *modus operandi*. Заговорници овог модела заштите истичу да је уговор пуно флексибилнији и да омогућује контракторима да његову садржину прилагоде околностима конкретног случаја, односно потребама конкретног сектора пословања.[59] Према њиховом мишљењу, комбинацијом техничких мера заштите и одговарајућим уговорним одредбама може се постићи прихватљиви ниво заштите. У том смислу, потребно је сва права и обавезе у вези са подацима детаљно уредити уговором уз предвиђање уговорне казне у случају неизвршења или задоцњења у испуњењу[60] неке од уговорних обавеза.

Нека од питања која би требало уредити уговором су: ко и у ком обиму има право да приступи којим подацима; за које сврхе се подаци могу користити, на које начине се подаци могу привредно искоришћавати; који облици коришћења података би се сматрали дозвољеним, а који забрањеним; на који начин се прибављени подаци морају чувати; да ли се подаци смеју даље преносити; да ли се права из уговора гарантују уз накнаду; да ли информације до којих се дође обрадом података треба држати у тајности; ко се има сматрати „господаром“ података за питања која нису изричито уређена уговором и др.[61]

С обзиром на то да уговорноправни оквир може функционисати само у границама слободе уговарања, те да је он неефикасан у случају да субјект који има фактичку контролу на подацима одбија да омогући приступ заинтересованим лицима[62], потребно је ограничити слободу уговарања. Сходно томе, когентним нормама треба уредити случајеве обавезног закључење

---

[57] Више о томе вид. у: Сања Радовановић, „Технолошке мере у систему заштите ауторског права“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2011, 399-411.

[58] Peter Hoppen, „Sicherung von Eigentumsrechten an Daten“, *Computer und Recht* 2015/12, 802.

[59] J. Drexl, 41.

[60] Више о томе вид. у: Сања Радовановић, *Акцесорност уговорне казне у српском праву*, Нови Сад 2017, 37-38.

[61] Konrad Żdanowiecki, „Recht an den Daten“ у: *Gutachten von Noerr LLP im Auftrag des BDI, Digitalisierte Wirtschaft/Industrie 4.0*, November 2015, 26, 27.

[62] J. Drexl, 41.

уговора[63] ради омогућавања приступа одређеним подацима у корист одређених субјеката. Истовремено би требало искључити могућност одрицања права на приступ подацима уз прописивање да евентуално одрицање неће производити дејство. На тај начин би се спречила злоупотреба моћније позиције субјеката који имају фактичку контролу на подацима и ефикасно остваривање овог права у пракси.[64] Посебно је питање да ли би било довољно на један општи начин уредити правила о приступу подацима, или би, пак, било боље предвидети различита правила у зависности од области на коју би се подаци односили.

4. ЗАКЉУЧАК

У раду је анализиран грађанскоправни режим података који настају употребом паметних уређаја. У контексту четврте индустријске револуције и интернета ствари, посебна пажња је посвећена питању да ли се подаци који настају употребом паметних уређаја могу сматрати објектима апсолутног права или је, пак, за уређење друштвених односа који настају поводом њих примеренији уговорноправни режим.

Када је реч о својинскоправној заштити података, она, бар за сада, делује неостварива будући да се подацима негира карактер телесних ствари, па самим тим и могућност њиховог подвођења под систем заштите који је својствен материјалним добрима. Ипак, из судске праксе појединих земаља може се уочити тренд уважавања новина савременог доба и, сходно томе, прилагођавања традиционалних института новим феноменима. У том смислу, поједини судови повреду интегритета података штите аналогно повреди права својине, чак и у одсуству оштећења или уништења материјалног носача на коме су подаци похрањени.

Иако има доктринарних предлога о реконцептуализацији традиционалног поимања права својине кроз увођење различитих врста и степена права својине, делује да би уместо мењања физиономије фундаменталног грађанскоправног института – својине пожељније било установити ново *sui generis* право које би садржало поједина искључива овлашћења прилагођена специфичним својствима података. Идеја о увођењу новог права отвара читав низ питања: ко би био титулар тог права, из којих би се овлашћења оно састојало, да ли би било временски ограничено, да ли би у општем интересу била предвиђена извесна ограничења и изузеци и сл.

[63] Више о томе вид. у: Душан Николић, *Увод у систем грађанског права*, Нови Сад 2017, 124, 125.

[64] Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 26 April 2017 on the European Commission's "Public consultation on Building the European Data Economy", 9, 10.

Осим својинскоправне заштите, у теорији, али и у званичним саопштењима Европске комисије, разматра се и могућност увођења новог права интелектуалне својине у виду права произвођача података. Заговорници овог новог права сматрају да се не сме занемарити економска вредност ових података, као ни допринос корисника паметних уређаја у њиховом настанку. Међутим, овај предлог није наишао на подршку шире научне и стручне јавности и, према свему судећи, неће постати део важећег права.

Због бројних отворених питања која искрсавају у вези са евентуалним признавањем апсолутног права на подацима, у делу теорије су формулисани алтернативни предлози. Сходно њима, правне односе поводом података који настају употребом паметних уређаја треба уредити на уговорноправној основи уз предвиђање обавезног закључења уговора у случајевима који би оправдали приступ подацима у корист одређених субјеката у одсуству воље имаоца податка. Ипак, треба указати да наведена алтернатива не пружа решење у случају да неовлашћени ималац неког податка, или лице коме је престало овлашћење да држи туђе податке, одбија да их врати њиховом законитом имаоцу. Делује да би се овај проблем могао решити само признавањем искључивог овлашћења на подацима.

С обзиром на значај и вредност коју имају подаци који се генеришу у дигиталној ери, нема сумње да ће расправе о њиховом могућем правном режиму окупирати пажњу теоретичара и у будућности. На основу анализе теоријских предлога, делује да би најпожељније било установити ново *sui generis* право чија би овлашћења била прилагођена специфичностима података. У ком правцу ће тећи даљи развој, остаје да се види. У сваком случају, делује да право неће моћи да остане имуно на промене које је донео талас дигитализације, јер, у супротном неће бити у стању да одговори захтевима савременог доба.

Sloboda D. Midorović, Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
S.Midorovic@pf.uns.ac.rs

Civil Law Regime of Data Generated by the Use of Smart Devices

***Abstract**: The paper analyses civil law regime of data generated by the use of smart devices. The examination has been given from the viewpoint of domestic and supranational legal sources, as well as from the standpoints brought forward by the jurisprudence and doctrine on how to deal with novelties connected to the digital era. In the context of Industry 4.0 and Internet of Things, special attention has been paid to the question whether data generated by the use of smart devices should be considered objects of absolute right, or, it would be better to rely on contractual framework in order to regulate social relations with regard to such data. Subsequently, the possibility of extending legal protection of tangible data carrier over the data stored in it has been considered. In addition to that, some emerging practical issues connected to the rising trend of separation of factual and legal control of data have been presented.*

***Keywords:** smart devices, data ownership, data producer's right, right of access to data.*

Датум пријема рада: 14.09.2018.

Прегледни чланак 347.44:342]:341.9
doi:10.5937/zrpfns52-18855

Бојана Д. Ристић, сарадник у настави
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
B.Ristic@pf.uns.ac.rs

УЛОГА КЛАУЗУЛЕ ЈАВНОГ ПОРЕТКА КОД УГОВОРА СА МЕЂУНАРОДНИМ ЕЛЕМЕНТОМ

Сажетак: *Једна од основних функција јавног поретка код уговора са међународним елементом јесте улога предмета заштите клаузуле јавног поретка, института међународног приватног права који омогућава суду да одбије право меродавно према колизионој норми уколико је резултат примене тог права супротан јавном поретку. Део јавног поретка који је неопходно заштитити у материји уговора односи се на начела као што су начело слободе уговарања, начело савесности и поштења или начело равноправности учесника у уговорним односима. Несумњиво је да се клаузулом јавног поретка штити јавни поредак државе суда, што се може видети и у чињеници да је ова установа заступљена у већини националних и међународних извора релевантних за одређивање меродавног права за уговоре. Међутим, отвара се питање да ли се клаузулом јавног поретка може заштитити и јавни поредак треће државе са којом је уговор повезан (нпр. са државом места извршења уговора). У доктрини су присутни ставови како за, тако и против оваквог поступања и они су изложени у овом раду.*

Кључне речи: *уговор са међународним елементом, клаузула јавног поретка, јавни поредак државе суда, јавни поредак треће државе.*

1. УВОД

Код уговора са међународним елементом јавни поредак може да игра двоструку улогу. Са једне стране, као део права које је меродавно за уговор (*lex contractus*) може да представља ограничење слободе уговарања, а са друге стране да путем клаузуле јавног поретка буде алат за одбрану од одредби страног права чијом применом би се повредила фундаментална начела

правног поретка државе суда или неке треће државе са којом је конкретан уговорни однос повезан.

Према речима једног аутора: „[ј]авни поредак примењен кроз клаузулу јавног поретка супротставља се примени сваког страног меродавног права које повређује основна начела права, док се јавни поредак меродавног права за уговор супротставља свакој уговорној одредби која повређује меродавно право за уговор“.[1]

У домаћој доктрини, једну од најзначајнијих и најсвеобухватнијих дефиниција јавног поретка дао је професор Слободан Перовић, према којој је јавни поредак скуп принципа на којима је засновано постојање и трајање једне правно организоване заједнице, а који се испољавају преко одређених друштвених норми које странке у својим односима морају поштовати.[2] У суштини, јавни поредак представља „множину принципа различитог карактера и порекла, економских, моралних и принципа који произлазе из одређеног политичког и филозофског опредељења“.[3] Клаузула јавног поретка је, са друге стране, правно средство којим суд који одлучује приликом сусрета са страним правом штити домаћи правни систем на тај начин што не примењује редовно меродавно страно право уколико је резултат његове примене у датом случају неприхватљив из угла домаћег права.[4] На неки начин, када се до меродавног права за уговор долази путем избора уговорних страна, а када је то меродавно право супротно јавном поретку, те се не примењује, јавни поредак представља истовремено и ограничење слободе уговарања, зато што се онемогућава пружање дејства избору уговорних страна, односно уважавање колизионоправне аутономије воље.

Циљ овог рада је да се изврши преглед одговарајућих позитивноправних извора и доктрине који се баве питањима и проблемима који се јављају у погледу друге функције јавног поретка, односно института клаузуле јавног поретка, како када је предмет заштите јавни поредак државе суда, тако и када је предмет заштите јавни поредак треће државе. Треба нагласити да се у раду анализира примена клаузуле јавног поретка у судском поступку, те није обрађена њена примена у арбитражном поступку и теорији арбитражног права.

---

[1] Pascal de Vareilles-Somières, „Notes on an unstable couple: party autonomy and public policy in the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts“, *Yearbook of Private International Law* 17/2015-2016, 79.

[2] Слободан Перовић, „Утицај јавног поретка на пуноважност облигационих уговора“, *Архив за правне и друштвене науке* 3/1982, 311-312.

[3] Марко Ђурђевић, Драган Павић, „Неколико мисли о ограничењима слободе уређивања садржине уговора у нашем савременом праву“, *Право и привреда* 7-9/2016, 48.

[4] Маја Станивуковић, Мирко Живковић, *Међународно приватно право, општи део*, Службени гласник 2015, 347.

2. САДРЖИНА ЈАВНОГ ПОРЕТКА КОД УГОВОРА СА МЕЂУНАРОДНИМ ЕЛЕМЕНТОМ

Јавни поредак у међународном приватном праву представљају основне вредности и начела домаћег правног система које је неопходно заштитити приликом контакта са страним меродавним правом.[5] Када је у питању материја у којој јавни поредак може да игра улогу, нема ограничења. Међутим, треба нагласити да је много већи број случајева позивања на ову установу у материји статусних или наследних односа, него у материји уговора са иностраним елементом.[6] Но, без обзира на тај податак, јавни поредак и даље има утицаја и када је у питању ова област. Циљ јавног поретка у материји уговора јесте да се заштите начела која представљају његове темеље, као што су: принцип слободе уговарања, начело *pacta sund servanda,* начело савесности и поштења, начело равноправности учесника у уговорним односима и принцип еквивалентности узајамних чинидби.[7] Ова начела отелотворена су у домаћем праву пре свега у Закону о облигационим односима. Већина наведених начела присутна је и у страним правним системима. Разлика између тих правних система и нашег, самим тим, није у томе да ли ти принципи постоје или не постоје, већ у схватању шта све могу да значе, односно који је домет њихове примене.[8]

Несумњиво је да се поједини уговори чији предмет или кауза[9] вређају основне вредности домаћег права и који су самим тим или непознати или забрањени домаћим правом сматрају супротним домаћем јавном поретку, као што су нпр. уговор о трговини људима, о продаји новорођенчади, о ангажовању некога ради извршења кривичног дела и уговор са адвокатом о откупу парнице.[10] Међутим, поставља се питање шта је са оним уговорима који не вређају на тако флагрантан начин фундаментална начела. Примера ради, може бити неизвесна судбина уговора о продаји људских органа или алкохола који нису ништави по праву које их регулише, али јесу у држави суда где се питање поставља, иако је веза са том државом слаба. У таквим ситуацијама до повреде јавног поретка може да дође[11], али са друге стране

---

[5] М. Станивуковић, М. Живковић, 348.

[6] Милорад Рочкомановић, *Јавни поредак у међународном приватном праву,* Институт за правна и друштвена истраживања Правног факултета у Нишу, Ниш 1988, 57.

[7] *Ibid.,* 116-117.

[8] *Ibid.,* 118.

[9] О каузи вид. Атила Дудаш, „Схватања о каузи уговора у домаћој цивилистици по усвајању Закона о облигационим односима“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2012, 475-490.

[10] М. Рочкомановић, 118.

[11] Michael Bogdan, *Private international law as component of the law of the forum: general course,* Recueil des cours, vol. 348, Hague Academy of International Law 2010, 177.

постоје мишљења да је код уговора са иностраним елементом потребан један разуман и еластичан став судске праксе о томе шта се сматра супротним, односно сагласним домаћем јавном поретку.[12] Уколико се оде корак даље, могу се наћи још екстремнији ставови извесних аутора који негирају значај клаузуле јавног поретка у материји уговора и који указују на то да би коришћење клаузуле јавног поретка у овој области могло довести до правне несигурности, што би требало избећи[13], јер би то био резултат супротан основном циљу међународног приватног права.

3. ЈАВНИ ПОРЕДАК ДРЖАВЕ СУДА

Да би суд користио клаузулу јавног поретка како би заштитио основне вредности и начела домаћег, односно јавног поретка државе суда, морају да буду испуњене одређене претпоставке за њену примену. У питању су следећи услови: неопходно је да је за уговор меродавно страно право, затим, потребно је да оно што је неспојиво са домаћим јавним поретком буде резултат примене страног права, а не апстрактна оцена садржине страног права и најзад, да постоји одређена веза између случаја и државе суда.[14] Оно што се често наглашава је да у случају сумње да ли је меродавно право у супротности са јавним поретком државе суда, треба одлучити у корист права које је одређено као меродавно.[15] Када је у питању веза са државом суда, та веза постоји нпр. уколико уговорне стране имају држављанство или пребивалиште у држави суда, док не постоји уколико је једина веза надлежност суда који поступа.[16] Треба нагласити да очигледна повреда фундаменталних начела и вредности захтева мању повезаност између уговорног односа и државе суда и обрнуто.[17]

У одељцима који следе биће приказано на који начин је клаузула јавног поретка државе суда заступљена у домаћим, међународним и упоредноправним изворима права који су релевантни за уговорне односе.

Што се тиче домаћих извора права, за сад је најзначајнији Закон о решавању сукоба закона, чији чл. 4 представља клаузулу јавног поретка и

---

[12] М. Рочкомановић, 117.

[13] Matthew Kruger, „The Role of Public Policy in the Law of Contract, Revisited“, *South African Law Journal* 128/2011, 712.

[14] М. Станивуковић, М. Живковић, 354-356.

[15] *Commentary on the Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts* – Коментар Хашких начела, The Hague Conference on Private International Law, The Hague 2015, 77.

[16] Ragne Piir, „Application of the Public Policy Exception in the Context of International Contracts – The Rome I Regulation Approach“, *Juridica International* 23/2015, 31.

[17] *Ibid.*

предвиђа да се неће применити право стране државе уколико би његово дејство било супротно Уставом утврђеним основама друштвеног уређења.[18] Дакле, домаћи суд је овлашћен да се позове на домаћи јавни поредак како би отклонио примену страног права чији резултат је супротан фундаменталним вредностима домаћег правног система.

У Нацрту нашег новог Закона о међународном приватном праву, такође је предвиђена клаузула јавног поретка, с тим да су услови за њену примену прецизније регулисани него у тренутно важећем закону. Ова норма прописује да се одредба страног права неће применити ако је њено дејство *очигледно* супротно јавном поретку Републике Србије.[19] Додаје се да се приликом примене овог института нарочито узима у обзир интензитет повезаности односа са правним поретком Републике Србије и значај последица до којих би довела примена одредбе страног права.[20] Коначно, као супсидијарно решење, предвиђа се да ће се на дати однос уместо одредбе страног права применити одредба домаћег права.[21]

Када су у питању међународни извори, најзначајнији извор за уговорне односе је Прва римска уредба о праву меродавном за уговорне обавезе. Иако је формулација из Уредбе слична формулацији из Нацрта нашег новог Закона о међународном приватном праву, уочавамо да је наш Нацрт богатији за два става која на детаљнији начин разрађују примену клаузуле јавног поретка државе суда. Клаузула јавног поретка Прве римске уредбе предвиђа само да се одредба страног права неће применити ако је њено дејство очигледно супротно јавном поретку државе суда.[22]

Слично решење предвиђено је и у Интерамеричкој конвенцији о меродавном праву за међународне уговоре, чија клаузула јавног поретка прописује да се право меродавно за уговор неће применити уколико је очигледно супротно јавном поретку државе суда.[23]

---

[18] Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља – ЗРСЗ, *Службени лист СФРЈ,* бр. 43/82 и 72/82-испр., *Службени лист СРЈ,* бр. 49/96, чл. 4.

[19] Нацрт Закона о међународном приватном праву – Нацрт ЗМПП, јун 2014, доступно на *http://www.mpravde.gov.rs*, чл. 43 ст. 1.

[20] Нацрт ЗМПП, чл. 43 ст. 2.

[21] Нацрт ЗМПП, чл. 43 ст. 3.

[22] Уредба (ЕЗ) бр. 593/2008 Европског парламента и Савета од 17. јуна 2008. о праву које се примењује на уговорне обавезе (Рим I) – Прва римска уредба, *Службени гласник Европске уније,* бр. L 177/10 од 4. јула 2008., чл. 21. Овај извор права примењује се на нивоу Европске уније у области одређивања меродавног права за уговоре. Прва римска уредба заменила је Римску конвенцију о меродавном праву за уговорне обавезе из 1980. године која се односила на исту материју.

[23] Интерамеричка конвенција о меродавном праву за међународне уговоре од 17. марта 1994. године – Интерамеричка конвенција, чл. 18. Интерамеричка конвенција као значајан инструмент унификације колизионог права у области уговора усвојена је у оквиру Организације америчких држава.

Клаузулу јавног поретка државе суда садрже и нова Хашка начела о избору меродавног права за међународне трговинске уговоре, која у чл. 11 наводе да суд може да не примени одредбу права изабраног од стране уговорних страна само ако и у мери у којој је резултат примене тог права неспојив са фундаменталним вредностима јавног поретка државе суда.[24]

Када је у питању упоредноправна регулатива и заступљеност клаузуле јавног поретка државе суда, аутор овог рада је на бази узорка прописа из области међународног приватног права[25] спровео истраживање и дошао до следећих закључака. Од законских текстова из 80 држава, њих 50 садржи одредбу која се односи на клаузулу јавног поретка, и то на ситуацију када суд може да се позове на сопствени јавни поредак (јавни поредак државе суда).[26] Од тих 50 прописа, 40 се недвосмислено односи на ситуацију када се суд позива на сопствени јавни поредак, док њих осам садржи формулацију да суд може да не примени редовно меродавно право ако је оно супротно јавном поретку уопште (дакле, без означавања да је реч о јавном поретку државе суда)[27], један[28] садржи формулацију да суд може да одбије примену меродавног права ако је оно супротно јавном поретку у међународним односима и један садржи формулацију да се суд може позвати на овај институт ако је меродавно право супротно међународном јавном поретку[29].

Аутор овог рада сматра да је број закона који садрже клаузулу јавног поретка којом се штити јавни поредак државе суда релативно мали, с обзиром на значај овог института и на чињеницу да он на известан начин посто-

---

[24] Хашка начела о избору меродавног права за међународне трговинске уговоре – Хашка начела, од 19. марта 2015., чл. 11 ст. 3. Овај инструмент донет је у оквиру Хашке конференције за међународно приватно право и регулише превасходно начело аутономије воље код избора меродавног права за уговоре. Није обавезујућег карактера, већ служи као модел који може да се користи у националним правним системима за одређивање меродавног права за уговоре, и то за уговоре трговачког карактера са иностраним елементом. Основни циљ Начела је промоција аутономије воље, те се у њима не налази решење за ситацију када уговорне стране нису изабрале меродавно право.

[25] У питању су прописи међународног приватног права сакупљени у следећем извору: *Encyclopedia of Private International Law, Vol. 4 Legal Instruments A-Z*, Edited by Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari, Pedro de Miguel Asensio, Edward Elgar Publishing 2017.

[26] Реч је о законима следећих држава: Албанија, Аргентина, Аустрија, Белгија, Белорусија, Босна и Херцеговина, Бугарска, Венецуела, Вијетнам, Грузија, Грчка, Египат, Естонија, Италија, Јапан, Јужна Кореја, Казахстан, Канада, Кина, Куба, Летонија, Литванија, Лихтенштајн, Луксембург, Мађарска, Македонија, Макао, Мексико, Немачка, Парагвај, Перу, Пољска, Португал, Румунија, Руска Федерација, Словачка, Словенија, Србија, Тајван, Тајланд, Тунис, Турска, Украјина, Уругвај, Холандија, Хрватска, Црна Гора, Чешка Република, Швајцарска, Шпанија.

[27] У питању су закони следећих држава: Белгије, Грчке, Италије, Јапана, Макаа, Парагваја, Холандије и Шпаније.

[28] Пропис Канаде.

[29] Пропис Перуа.

ји од самог настанка међународног приватног права у 14. веку, а у данашњем облику још од почетка 19. века.[30] Поред тога, чињеница је да је у свим међународним изворима права релевантним за уговорне односе заступљен, те да тенденција коришћења ове установе не опада. Српско право, како тренутно важеће, тако и будуће, као што смо видели, не касни у том погледу.

4. ЈАВНИ ПОРЕДАК ТРЕЋЕ ДРЖАВЕ

Када се говори о клаузули јавног поретка, као установи којом се штите основе правног система једне државе, најчешће се под јавним поретком који се штити подразумева јавни поредак државе суда, на начин објашњен у одељку 3. овог рада. Овакво решење не чуди ако се има у виду да је клаузула јавног поретка институт националног права, установљен ради заштите оних принципа на којима је оно утемељено.[31] Међутим, иако често оспоравана, постоји могућност да се клаузула јавног поретка користи и за заштиту јавног поретка треће државе која је са конкретним уговорним односом повезана, а не само за заштиту јавног поретка државе суда.

Клазула јавног поретка којом би се штитио јавни поредак треће државе подразумевала би да се у конкретном случају не примењује редовно меродавно право за уговор уколико је оно супротно јавном поретку треће државе са којом је уговорни однос у вези. Прво питање које се поставља јесте шта се подразумева под правним системом треће државе са којом је уговорни однос у вези. Одговор на то питање је да би то могло бити право места закључења уговора, право држављанства/пребивалишта/редовног боравишта/седишта уговорних страна или право места извршења уговора.[32] Прве две могућности, тј. право места закључења уговора и право држављанства/пребивалишта/редовног боравишта/седишта уговорних страна према претежном мишљењу теорије и праксе нису од значаја, те кључно место заузима право места извршења уговора, као средиште уговорног односа и као право које има интереса да се примени у конкретном случају иако није меродавно за сам уговорни однос.[33] То даље значи да ће суд који одлучује имати могућност да у случају који има пред собом узме у обзир не само сопствени јавни поредак, већ и јавни поредак државе места извршења уговора, пре

[30] Борислав Благојевић, *Међународно приватно право (Сукоб (избор) закона код грађанско-правних односа са елементом иностраности)*, Универзитет у Београду, Научна књига, Београд 1950, 144.

[31] М. Рочкомановић, 50.

[32] Adeline Chong, „The Public Policy and Mandatory Rules of Third Countries in International Contracts“, *Journal of Private International Law* vol. 2, issue 1, 2006, 45.

[33] *Ibid.,* 45-46.

свега у погледу пуноважности самог уговора. Потребно је нагласити да се јавни поредак треће државе може узети у обзир само посредством правила међународног приватног права државе суда, што значи да држава суда задржава потпуну контролу над целим процесом – другим речима, уколико би резултат примене јавног поретка треће државе био у супротности са јавним поретком државе суда, неће му бити признато дејство.[34]

Следеће питање јесте због чега би требало допустити суду једне државе да узме у обзир јавни поредак треће државе. Један од одговора од кога се у доктрини полази јесте да свака држава има интерес да се примени њено право.[35] Ово становиште потиче још од Керијеве интересне анализе (енгл. *governmental interest analysis*) која предвиђа да је примена страног права (у овом случају страног јавног поретка) оправдана када то право изражава одређене интересе саме државе, када је веза са том државом одговарајућег интензитета да оправдава позивање на поменути интерес и када не постоји сукоб интереса са државом суда.[36] Други одговор који оправдава узимање у обзир страног јавног поретка јесу захтеви правде и међусобног поштовања држава, односно учтивости (енгл. *comity*). Ови захтеви обухватају у себи следеће: потребу одржавања добрих односа са пријатељским страним државама, међународну сарадњу, могућност евентуалне реципрочне акције и узимања у обзир јавног поретка државе суда од стране те треће државе у аналогном случају, спречавање *forum shopping*-а, униформност одлучивања, чињеницу да се страном праву свакако индиректно пружа дејство кроз поступак признања и извршења страних одлука и коначно, потреба правне сигурности и оправданих очекивања странака.[37] У прилог становишту да треба допустити позивање на страни јавни поредак иде и чињеница да су француски судови у прошлости узимали у обзир јавни поредак страних држава без обзира на то чије право је било меродавно за уговор: познати су случајеви поништавања уговора о кријумчарењу различите врсте робе који нису били супротни француском јавном поретку, али у којима су се судови позивали на јак интерес државе која је била одредиште кријумчарења да регулише конкретан однос.[38]

Додатни аргумент који би могао да иде у прилог мишљењу да треба дозволити узимање у обзир страног јавног поретка, јесте чињеница да је у одређеним ситуацијама, посматрано из другачијег угла, то већ дозвољено.

---

[34] *Ibid.,* 46; M. Bogdan, 186.

[35] A. Chong, 35-36.

[36] Brainerd Currie, *Selected Essays on the Conflict of Laws,* Duke University Press 1963, 48, наведено према: A. Chong, 36.

[37] A. Chong, 37-40.

[38] Andrea Bonomi, „Article 7(1) of the European Contracts Convention: Codifying the Practice of Applying Foreign Mandatory Rules“, *Harvard Law Review* 114/2001, 2471.

У случају када домаћи суд треба да се изјасни о пуноважности, односно непуноважности неког уговорног односа који је постао такав позивом на јавни поредак стране земље, иако је иначе био важећи, односно неважећи према редовно меродавном праву за тај уговор – у питању је рефлексно дејство клаузуле јавног поретка.[39] У тој ситуацији, суд који одлучује свакако узима у обзир страни јавни поредак и пореди га са сопственим како би одлучио да ли да му омогући дејство или не. Треба нагласити да је узимање или неузимање у обзир страног јавног поретка у оваквом случају увек у служби задовољавања интереса права државе суда, а не страног права.[40] На основу чињенице да је рефлексно дејство клаузуле јавног поретка дозвољено и да претпоставља узимање у обзир страног јавног поретка, како би се на основу тога евентуално активирао домаћи јавни поредак и одређени однос огласио пуноважним или непуноважним, односно признао или не, може се закључити да судовима није у потпуности стран процес узимања у обзир страног јавног поретка, те да би стога требало размотрити омогућавање таквог поступања и у ситуацијама када би домаћи суд директно водио рачуна о страном јавном поретку.

Када су питању разлози који иду у прилог узимању у обзир јавног поретка треће државе, остаје отворена још једна могућност. Наиме, у време када се у теорији јавила слична расправа у вези са принудним прописима[41] треће државе (расправа о томе да ли треба дозволити узимање у обзир принудних прописа треће државе), било је аутора који су предлагали решење по коме би се принудним прописима треће државе требало пружити дејство посредством јавног поретка државе суда. Аутори који су покретали ово питање сматрали су да није искључена опција по којој је јавни поредак државе суда тај који заправо омогућава узимање у обзир страних принудних прописа, јер процес уважавања страних принудних прописа заправо представља уважавање страних правних правила, а сам тај процес уважавања страних правних правила представља саставни део јавног поретка државе суда.[42] На пример, енглески судови су се у појединим случајевима позивали на захтеве правде и међусобног поштовања држава (који представљају део јавног поретка) као разлог одбијања извршења уговора који су у супротности са основним законима страних пријатељских држава.[43] Користећи овакво

[39] М. Рочкомановић, 50.

[40] *Ibid.*

[41] Принудни прописи у међународном смислу или норме непосредне примене су норме таквог значаја да се морају применити без обзира на то које право је меродавно. Вид. Маја Станивуковић, „Уговори са потрошачима са иностраним елементом – меродавно право и надлежност“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2003, 193.

[42] A. Bonomi, 2474.

[43] *Ibid.,* 2472.

резоновање, по аналогији, могло би се доћи до сличног решења и када је реч о страном јавном поретку – узимање у обзир страног јавног поретка, односно уважавање интереса државе чији је јавни поредак, могло би се у ширем смислу подвести под јавни поредак државе суда и на тај начин омогућити.

Међутим, без обзира на аргументе који иду у прилог узимању у обзир јавног поретка треће државе, чињеница је да би омогућавање оваквог процеса ослабило ефикасност судског поступка. Наиме, у таквом случају, суд који одлучује узимао би у обзир не само сопствени јавни поредак, већ и јавни поредак свих оних држава са којима је одређени уговорни однос повезан. То би даље значило да би у сваком конкретном случају судија морао да примени или узме у обзир норме јавног поретка бар две различите државе (јавни поредак државе суда и јавни поредак бар једне државе која није држава суда). Ситуација би се додатно компликовала уколико би у случају који судија има пред собом постојало више од једног места извршења уговора (или уколико би се прихватило узимање у обзир и права места закључења уговора или права држављанства/пребивалишта/редовног боравишта/седишта уговорних страна) – тада би се број норми различитих правних система могао знатно повећати. Свако узимање у обзир страног права или његова примена подразумева утврђивање садржине страног права, поступак који је сам по себи сложен и подложан грешкама. У оваквој ситуацији, проблем утврђивања садржине страног права се усложњава, зато што судија мора да установи да ли је нека норма страног права део јавног поретка стране државе или није, а након тога да концепт јавног поретка те државе и примени на начин како би га применио судија државе чији јавни поредак је у питању да се случај нашао пред њим. Јавни поредак је непрецизан и тешко одредив појам, чак и када је реч о домаћем јавном поретку, у чијим оквирима се судије крећу свакодневно, а камоли када домаћи судија треба да се „стави у ципеле“ страног судије и поступа по правилима страног правног система, који му је стран и често фундаментално другачији од оног у коме се сам налази. Због свега наведеног, сматра се да симултано узимање јавних поредака више различитих правних система чини судски поступак сложеним и коначан исход тежим за предвидети, а самим тим, по мишљењима многих, није ни прикладан ни подобан процес.[44]

Још једна слабост узимања у обзир страног јавног поретка састоји се у томе што се сматра да се тиме нарушава суверенитет државе суда – становиште које се заступа је да суд не треба да узима у обзир јавни поредак ниједне друге државе осим своје.[45]

Коначно, предности и мане узимања у обзир страног јавног поретка у овом контексту могу се свести на следеће. Са једне стране, простор за при-

[44] M. Bogdan, 189.
[45] A. Chong, 68.

мену оваквог института је мали, те се дејство јавном поретку треће државе у највећем броју случајева пружа само онда када се његова садржина поклапа са садржином јавног поретка државе суда, што суштински чини позивање на јавни поредак треће државе сувишним. Поред тога, чак и у ситуацијама када би за пружање дејства одређеним нормама страног права од изузетног значаја било места, најједноставнији и правно најсигурнији начин би био преко принудних прописа треће државе. Такође, треба водити рачуна да је клаузула јавног поретка институт који је предвиђен као изузетак и корективни фактор оном решењу које је предвиђено колизионом нормом, те је њена примена и када је у питању јавни поредак државе суда рестриктивна. Увођење могућности позивања на јавни поредак треће државе било би у директној супротности са таквом карактеристиком ове установе. Насупрот овим аргументима, са друге стране, може се нагласити да иако је простор за примену института мали, он и даље постоји. То даље значи да је неопходно регулисати оне ситуације за које није предвиђено решење постојећим „алатима“. Наиме, потребно је омогућити узимање у обзир јавног поретка у оним ситуацијама када неком правилу страног права треба пружити дејство, а оно није одређено као принудни пропис у најужем смислу речи, већ је одређено начело или је правило настало у судској пракси, а са дејством принудног прописа. Тада нам институт принудних прописа треће државе није од помоћи. Треба нагласити и то да институт принудних прописа иако несумњиво има бројне предности, није још увек широко прихваћен. На крају, иако клаузулу јавног поретка треба уско тумачити, не значи да би се нужно узимање у обзир страног јавног поретка косило са тим циљем. У ситуацији када би постојала изразито јака веза са одређеном државом (најчешће са државом места извршења уговора), примена ове клаузуле би значила да се уместо једног страног меродавног права последично примењује друго страно меродавно право. Може се замислити ситуација у којој је меродавно право за уговор, право седишта продавца у време пријема понуде и да је то право супротно јавном поретку права места извршења уговора. У том случају, право места извршења уговора односи превагу и примењује се на уговор. Лако је замисливо да је у конкретном случају то право оно са којим је уговор у најближој вези. Самим тим, овај институт би постигао управо онај циљ коме тежи поступак одређивања меродавног права за уговоре – проналажењу права најближе везе.

Противници могућности позивања на јавни поредак треће државе као аргумент могу да наведу и веома слабу регулисаност овог института у позитивноправним изворима права како домаћим, тако и међународним и упоредноправним.

Када је реч о изворима права Републике Србије, ни у тренутно важећем Закону о решавању сукоба закона, ни у Нацрту Закона о међународном при-

ватном праву није регулисана ситуација када се судија може позвати на јавни поредак треће државе. У оба прописа, изричито се помиње могућност позивања на јавни поредак државе суда, те се *argumentum a contrario* може доћи до закључка да је изостављање јавног поретка треће државе учињено са намером. Такав приступ нарочито се може прихватити код Нацрта Закона о међународном приватном праву због тога што се у њему помиње и могућност позивања на норме непосредне примене државе са којом је однос блиско повезан[46], при чему се не помиње могућност истог поступка када је у питању јавни поредак државе са којом је однос блиско повезан.

До истог закључка може да се дође и анализом Прве римске уредбе и Интерамеричке конвенције о меродавном праву за међународне уговоре. У оба извора права експлицитно се помиње клаузула јавног поретка и то јавног поретка државе суда, као и установа принудних прописа треће државе[47], док нема помена могућности позивања на јавни поредак треће државе.

Међутим, до извесног преокрета долази у Хашким начелима о избору меродавног права за међународне трговинске уговоре, који уводе новину у овом погледу. У чл. 11 ст. 4 ових Начела предвиђено је да право државе суда одређује када суд може или мора да примени или узме у обзир јавни поредак државе чије право би било меродавно у случају да уговорне стране нису учиниле избор меродавног права.[48] Уочавамо да је формулација предвиђена Начелима уже постављена него формулација која би била очекивана када говоримо о јавном поретку треће државе, због тога што се не помиње могућност позивања на јавни поредак државе са којом постоји „блиска веза“ или државе „места извршења уговора“. Упркос томе, може се рећи да је решење које је предвиђено у потпуности на линији узимања у обзир јавног поретка треће државе. Разлог оваквом становишту је то што се у ситуацији када се примењују Начела меродавно право одређује као право које су уговорне стране изабрале. То даље значи да је свако друго право, па и оно до ког се долази путем колизионих норми државе суда за случај да нема избора уговорних страна, у највећем броју случајева, заправо право треће државе. У том случају, свакако можемо рећи да је у питању право државе са којом је однос у извесној вези јер се у супротном до примене тог права не би ни могло доћи посредством колизионе норме. Но, без обзира на овакво тумачење чл. 11 ст. 4 Хашких начела, треба бити обазрив и не проширити тумачење ван онога што је предвиђено самим Начелима. Чињеница је да приликом израде овог члана, услед бојазни да би се тиме нарушио принцип правне сигурности, није било сагласности да се он прошири и на могућност пози-

[46] Нацрт ЗМПП, чл. 44 ст. 2.
[47] Прва римска уредба, чл. 9 ст. 3; Интерамеричка конвенција, чл. 11 ст. 2.
[48] Хашка начела, чл. 11 ст. 4.

вања на јавни поредак било које треће државе већ само оне чије право је меродавно у одсуству избора уговорних страна.[49] Такође, када се говори о томе да Хашка начела једина изричито помињу могућност узимања у обзир јавног поретка који није јавни поредак државе суда, треба имати у виду и циљ ове одредбе који се састоји у томе да се на известан начин спречи и отклони злоупотреба аутономије воље на тај начин што ће се суду омогућити да уместо изабраног права примени оно право, односно начела и норме јавног поретка тог права које би било редовно меродавно да до избора уговорних страна није дошло.

Коначно, анализом упоредноправне регулативе, на бази узорка од 80 прописа из области међународног приватног права[50], аутор овог рада дошао је до закључка да ниједан од закона не помиње изричито могућност позивања на јавни поредак треће државе. Међутим, мишљења смо да у прописима 10 од ових 80 држава има простора за евентуално екстензивно тумачење клаузуле јавног поретка која је њима предвиђена. Прво, у законским текстовима осам од ових 10 држава (закони Белгије, Грчке, Италије, Јапана, Макаа, Парагваја, Холандије и Шпаније), клаузула јавног поретка предвиђа да се страно право неће применити уколико је супротно јавном поретку, без означавања да је реч о јавном поретку државе суда. То би даље значило да макар теоријски није искључена могућност да се под јавним поретком подразумева не само јавни поредак државе суда, већ и јавни поредак треће државе са којом је уговорни однос у вези. До таквог закључка може да се дође нарочито с обзиром на чињеницу да је у законима осталих 40 држава које имају клаузулу јавног поретка[51] коришћено изричито позивање на јавни поредак државе суда. Даље, прописи Канаде и Перуа садрже одредбу која дозвољава судији да одбије примену меродавног права уколико је оно супротно међународним односима (пропис Канаде) или међународном јавном поретку (пропис Перуа). Коришћење одреднице „међународно“ указује на то да се употреба јавног поретка не ограничава само на јавни поредак државе суда, иако је вероватније да се овај израз односи на јавни поредак који обухвата *ius cogens* норме међународног права. Међутим, узевши у обзир да је број држава у чијим прописима можемо наћи овакве одредбе и даље мали (представља једну осмину укупног узорка и једну петину оних закона који уопште регулишу клаузулу јавног поретка), као и да је у питању екстензивно тума-

[49] Andrew Dickinson, „Oiling the machine: overriding mandatory provisions and public policy in the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts“, *Uniform law review* vol. 22, issue 2, 2017, 407.

[50] У питању су прописи међународног приватног права сакупљени у следећем извору: *Encyclopedia of Private International Law, Vol. 4 Legal Instruments A-Z*, Edited by Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari, Pedro de Miguel Asensio, Edward Elgar Publishing 2017.

[51] Видети одељак 3. овог рада.

чење текста ових одредби, може се рећи да у упоредноправним изворима не постоји тенденција омогућавања узимања у обзир јавног поретка треће државе са којом је уговорни однос повезан.

На основу свега претходно наведеног, аутор овог рада сматра да би у будућности, и у домаћим и у међународним и у упоредноправним изворима права требало увести одредбу која би омогућила суду да одбије примену страног права уколико је оно супротно не само праву државе суда, већ и праву треће државе са којом је уговорни однос повезан. При томе, става смо да би та одредба требала за почетак да буде факултативног карактера, и да представља само могућност, а не и обавезу за суд. При таквом стању ствари, суду би стајала на располагању таква могућност, а он би могао да је искористи онда када би околности конкретног случаја упућивале на целисходност таквог поступања. Отворено питање остаје да ли би требало дозволити узимање у обзир јавног поретка било које треће државе са којом постоји одговарајућа, односно блиска веза или само оне где се налази место испуњења уговорне обавезе. Вероватно је ближе реалности омогућити узимање у обзир јавног поретка државе места испуњења уговорне обавезе, узвеши у обзир искуства са институтом принудних прописа треће државе, с обзиром на то да код уговора најчешће блиска веза управо и постоји са том државом.

5. ЗАКЉУЧАК

Када су у питању уговори са иностраним елементом, јавни поредак има две функције. Једна је да представља границу слободе уговарања, а друга да представља део клаузуле јавног поретка, алата међународног приватног права којим се штити јавни поредак одређене државе од фундаментално различитих норми страног права које треба да се примени на одређени уговорни однос. Друга функција јавног поретка је да представља предмет заштите установе клаузуле јавног поретка. Клаузула јавног поретка је одредба која представља овлашћење судији да не примени редовно меродавно право ако је оно у супротности са јавним поретком. У погледу овог института треба разликовати две ситуације – ситуацију где се клаузулом штити јавни поредак државе суда и ситуацију где се клаузулом штити јавни поредак треће државе са којом је однос повезан.

Да би се клаузула јавног поретка применила и да би се јавни поредак државе суда заштититио неопходно је да је за уговор меродавно страно право, да је оно што је неспојиво са јавним поретком резултат примене страног права, а не његова апстрактна оцена и да постоји одговарајућа веза са државом суда.

Фокус овог рада и основна проблематика јесте да ли треба дозволити да клаузула јавног поретка поред јавног поретка државе суда служи и заштити

јавног поретка треће државе. У питању је држава са којом постоји одређена веза, као што је нпр. држава места испуњења уговорне обавезе или држава места закључења уговора. Аргументи који иду у прилог оваквом решењу позивају се на интерес сваке државе да се примени њено право, на захтеве правде и међусобног поштовања држава, на чињеницу да се тај процес већ одвија кроз рефлексно дејство клаузле јавног поретка, као и на то да би се сам поступак узимања у обзир страног јавног поретка могао подвести под јавни поредак државе суда (јер представља уважавање страног права, једну од вредности на којима почива готово сваки правни систем). Насупрот томе, аргументи који не иду у прилог оваквом резоновању су да тај процес компликује и чини неефикасним судски поступак, да ствара потешкоће приликом утврђивања садржине страног права, поготово када постоји више држава са којима постоји веза, те да нарушава суверенитет државе суда јер само њен јавни поредак треба да буде узет у обзир, да се дејство пружа заправо посредством јавног поретка државе суда или да би се исти циљ могао постићи применом принудних прописа треће државе. На линији ових становишта је и чињеница да јавни поредак треће државе није регулисан ни у једном домаћем нити међународном извору права. Хашка начела о избору меродавног права за међународне трговинске уговоре помињу јавни поредак државе чије право би било меродавно за уговор у одсуству избора уговорних страна, али је и та формулација сувише рестриктивна да бисмо могли да кажемо да је тиме дозвољено заштитити јавни поредак треће државе. Међутим, због свега претходно наведеног, става смо да би ово питање како у домаћим, тако и у међународним и упоредноправним изворима требало изричито регулисати, на један еластичан начин, тако да се судијама омогући да узму у обзир јавни поредак државе са којом постоји изразито јака веза, у оним ситуацијама када би то било целисходно.

Bojana D. Ristić, Teaching Assistant
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
B.Ristic@pf.uns.ac.rs

The Role of Public Policy Reservation in International Contracts

Abstract: *Among the main roles of public policy in the field of international contracts is its role of the object of protection of the public policy reservation, one of the most important tools of private international law, which enables the forum to refuse application of the foreign law whenever the result of that application is manifestly incompatible with the public policy. Public policy which is protected in regards to contracts encompasses principles such as party autonomy, bona fides and equality of the parties. It is beyond doubt that public policy reservation refers to the protection of the public policy of the forum country, since most of the national and international acts regarding applicable law for international contracts contain explicit provisions that enable the forum to use this reservation. Nevertheless, the question arises whether public policy reservation can also be used for the protection of public policy of third countries with which contract has certain connections (e.g. the country of performance). Doctrine provides arguments both in favor and against such possibility and those are presented in the paper.*

Keywords: *international contract, public policy reservation, public policy of the forum country, public policy of third country.*

Датум пријема рада: 14.09.2018.

ОДЕЉАК ЗА ИНОСТРАНЕ АУТОРЕ

Оригинални научни рад 331.105:347.115
doi:10.5937/zrpfns52-18692

Nóra I. Jakab, Ph.D., Associate Professor
University of Miskolc
Faculty of Law
jakabn81@gmail.com

THE IMPORTANCE OF INDIVIDUAL SELF-GOVERNANCE IN LABOUR LAW*

Abstract: *According to László Kelemen, a contract is a lex contractus, a real source of law, when material right enables human self-determination to create law. In the field of civil law, this individual self-governance indeed widely prevails, whereby legal entities themselves shape the law to legally unregulated relations of life and to some parts of them which are not arranged. In labour law, the legislative power of individuals must be re-discovered in employment contracts, to which it is essential to enforce the principle of partnership.*

Section 13 of the Labour Code also establishes a hierarchy of the rules on employment, and the said hierarchy is broken by the principle of more favourable treatment for the employee, which means relatively cogent and relatively dispositive rules in civil law. At the same time, the regulatory technique of the Labour Code clearly demonstrates a respect for the principle of freedom of contract and the promotion of self-governance.

The essay presents the thinking of Hungarian Labour Lawyers including the author on the nature of Labour Law. The author draws the attention to the principle of partner relationship within the Hungarian Labour Code, showing the opportunities in the Hungarian Labour Law regulation for flexibility.

Keywords: *self determination in private and collective labour law, flexicurity, classification of work activities, branch law classification, unique system of norms.*

1. ON THE PUBLIC AND PRIVATE LAW ELEMENTS OF LABOUR LAW

The essay focuses on the Hungarian Labour Law lawers' thinking on th labour law including the authou special view on the private labour law, ie. employment contract.

* This paper was supported by the János Bolyai Research Scholarship of the Hungarian Academy of Sciences.

Károly Szladits says: *"The characteristic feature of today's so-called public law development of private law is not an ever-increasing space of community thought or public interest coming to the front, but individual self-governance shrinking more and more noticeably and rather significant areas of the interrelationships of individuals becoming subjects of authority provisions, like e.g. in labour law."*[1] In modern labour law, therefore, the principle of freedom of contract does not apply to the same extent as in civil law due to the unequal position of the parties and state interference; the whole branch of law is interwoven with public law elements.

That is, the contractual nature of labour law cannot be discussed, but some parts of the rights and obligations of employment relationship are not determined by the contracting parties.[2]Private labour law is manifestation of the opportunities for self-determination of the parties. Consequently, the basic principle of the private law is the so-called contractual principle. This means, in particular, that everyone has the opportunity to establish and shape their legal relationships through the regulation of self-determination.[3]In addition, it is the legislator's duty to establish rules protecting the individual employee against the employer's power.

During the industrial revolution in the 18th and 19th century, the principles of private law and property law were applied to the labour market. First employment contracts were considered classic private contracts. Freedom of property was given absolute priority over employee interests. Keeping labour law clearly within private law, however, was unsustainable in the long term, since while the subjects of private law are parties in the market, the asymmetry between the employer and the employee is clear. [4] The freedom of the worker's contract volition was only an illusion in the past centuries. The rampant pursuit of the employer's interest might have led to the vacancy of the labour contract, and today, I think, this can be considered a marginal problem of labour law regulation.

The protection of the weaker party and thus the limitation of contractual freedom have two paths: collective action and state intervention.[5] In the order first the period of contractual freedom was followed by the gradual recognition of freedom of association, the period of collective bargaining agreements, entailing the power to convert the terms of individual employment contracts and the recognition of the extended scope for the legal relationship of non-organized members. The next stage is the period of state intervention when the state interferes in the

---

[1] László Kelemen, *Obligation based on contract*, (*A szerződésen alapuló kötelem*), Actio Universitatis Szegediensis. Sectio Iuridico-Politica Curant S. Ereky et E. Polner, A M. Kir. Ferenc József-Tudományegyetem Barátainak Egyesülete 1941, 17-18.

[2] See more: György Kiss: *Labour Law*, (*Munkajog*,) Budapest, Osiris 2005, 32-33.

[3] *Ibid*. 27.

[4] József Hajdú, Attila Kun, *Labour Law I. (Munkajog I.)*, Budapest, Patrocínium 2011, 59.

[5] József Hajdú, Attila Kun (2011) 59.

parties' private law relationship: in the case of industrial action, restricting working time, imposing accident-health protection requirements on the employer, imposing minimum wages. Standards protecting employees, however, do not mean the elimination of the base set by the law of obligation.

By World War II, labour law had been consolidated in most developed states.[6] In the post World War II period general democratisation and the expansion of social function of the state started gaining ground. The social fundamental rights as elements of the second generation of human rights more and more often incorporated in the national constitutions started to become fundamental moral foundations of the so-called welfare or social state. Welfare states were mainly built on a fast-paced and long-term economic growth based on large scale, standardised mass production as well as the Keynesian demand-driven economic policy. The economic model dating back to the 1920s and experiencing the golden age later in the 1950s and 1970s is known as Fordism after Henry Ford. In this Fordist model, the representative employee a breadwinner father. The bureaucratic, monotonous, large-scale factories of large corporations based on the scientific management theory of Taylorism provided the main grounds for mass production. The classical institutions of labour law evolved in this socio-economic order over this period. In the 1970s, a new development of the social dimension of the European Union began including labour law.[7] The development of today's labour law is, however, not determined by the social and economic order of Fordism. The labour market environment has changed. People are more likely to change jobs, fixed-term employment, seasonal work, and temporary employment have become common. Many have become self-employed, working time is changing flexibly, the nature of work has become more varied and flexible.[8] Economic environment has also changed since we are now living in a knowledge-based society, and economy must go hand in hand with technological innovations and changing consumer demands. Employers must promptly respond to changes in tastes and create a work organization that can adapt effectively and quickly to changing needs. The question then rightfully arises if *law is still responsible for creating work safety, or time has marched on so law must protect income and employability instead*.[9]

---

[6] See more *Ibid.* 60-61.

[7] *Ibid.* 61.

[8] See: Senad Jašarević, "Flexible Work – Right Solution or Fallacy", *Collected papers Faculty of Law Novi Sad*, 4/2012, 173-182

[9] On the changes of Labour Law see: S. Deakin, G. S. Morris, *Labour Law*, Sixth Edition. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon 2012, 30-37. 131-190., Contract Labour – Fifth item on the agenda Report V (1) to the International Labour Conference 86th Session 1998, Geneva. S. Deakin, F. Wilkinson, *The Law of the Labour Market. Industrialisation. Employment and Legal Evolution*, Oxford University Press, Oxford 2005; R. Blainpain, F. Hendricks, *European Labour Law*, Kluwer Law International Bv, The Netherlands 2010; (eds. Guy Davidov, Brian Langille): *The Idea of Labour law*, Oxford University Press, Oxford 2011

Labour law regulation has responded by the introduction of the concept of 'flexicurity'.[10]

The question of flexibility and security, however, involves addressing the problems of *vulnerable groups*. This poses basically two challenges for labour law: creating, if necessary, rules protecting employment and enforcing compliance with them.

Social exclusion refers to several groups that are unable to participate in the labour market, and therefore the objective is to increase employment rate through macroeconomic policies.

New regulatory techniques are also needed against the previous hierarchy and command-based system, for example, tax incentives for employees and the self-employed, operation of occupational pension schemes, employee shareholding, and transitional grants for economic operators employing long-term job-seekers.

New information and consultation mechanisms are needed which favour a partnership between the employer and the employees.

In addition, *human rights struggles and globalization* that have been intensifying since the second half of the century have a great impact on labour law.

In this development, in the changed economic and social environment it is obvious that at first it was impossible to keep employment relationship within private law, public law elements necessarily infiltrated. This, however, does not mean that labour law separated from private law. In the relationship between labour law and private law, initially identity was discernible, followed by some sort of distancing and finally approaching again. Labour law moved away from private law until the 1970s, but since then it has been getting closer and closer. Therefore when reading György Kiss[11] about the importance of the consensus of the parties in shaping the relationship of employment, this approach must be understood.

---

[10] See more: Auer Peter, Gazier Bernard: Social and labour market reforms: four agendas. In: (eds. Ralf Rogowski, Robert Salais, Noel Whiteside, *Transforming European Employment Policy. Labour Market Transitions and the Promotion of Capability,* Edward Elgar, Cheltenham, UK, Northampton, Ma, USA, 2011 33-37. Guidline 21 of the Integrated Guidelines for growth and jobs for the period 2005-2008: Promote flexibility, combined with employment security and reduce labour market segmentation, having due regard to the role of social partners. Guideline 7 of the Europe 2020 Integrated Guidelines for economic and employment policies of the Member States and of the Union.

[11] See more: György Kiss: "Employment in Time of Economic Crisis – Opportunities in Labour Law to Change the Content of the Employment Relationship (Legal Dogmatic Basis and Law Policy)", ("Foglalkoztatás gazdasági válság idején – A munkajogban rejlő lehetőségek a munkajogviszony tartalmának alakítására (jogdogmatikai alapok és jogpolitikai indokok"), *Állam-és Jogtudomány*, 1/2014, 36., György Kiss: "Dilemmas of Labour Law Regulation", ("A munkajog szabályozásának dilemma"), *Miskolci Jogi Szemle Különszáma*, 12/2017, (2), 273-274.

2. ON THE CLASSIFICATION OF WORK ACTIVITIES

The place of labour law in private law is often explained by the classification of work activities. The classical forms of work performed for someone else include dependent work performed under a contract of employment (which constitutes human relations through labour), independent work performed under business contract (which constitutes human relations through market goods) and independent work performed under mandate. Dependent work performed under a contract of employment developed dogmatically in Roman law from the institution of consensual contract (locatio conductio).[12]

Accordingly, the demarcation of the employment relationship to this day is typically related to the institution of locatio conductio operis and mandate. Work performed for someone else is therefore expressed in three classical contracts, and by comparing them one finds why subordination of the employee is necessary in some cases of work performed for someone else and in other cases why not.[13] Thus, the classification of employment relationships is basically based on the dual model of employee – self-employed relationship. In this comparison, the concepts of *Selbst bestimmung* and *Fremd-bestimmung* referred to by Kiss György, the former describing the legal relationship of engagement contracts and business contracts, the latter that of the employment contracts, reflect the basis for the fundamental dogmatic difference between legal relationships.[14]

At the same time, it is justified to mention György Kiss's opinion who draws attention to two criteria of employment relationship: its long-term nature and the employee's legal subordination. The long-term, durative nature, however, may be questioned by the existence of atypical employment relationships which funda-

---

[12] Tamás Prugberger, György Nádas: *European and Hungarian Comparative Labour and Public Administration Law, (Európai és magyar összehasonlító munka-és közszolgálati jog*), Wolters Kluwer, Budapest 2014, 27-31., (eds. József Hajdú, Attila Kun), *Labour Law, (Munkajog),* Budapest, Patrocinium 2014, 31-40.

[13] Tamás Prugberger: *Labour Law in Civil Law among the globalised social relationships, (Munkajog a polgári jogban a globalizálódó társadalmi viszonyok között),* Competitio Könyvek, Debreceni Egyetem Közgazdaságtudományi Kar 2006, 66-72.; György Kiss: The new Civil Code and the Labour Law Regulation with Special Regard to the Individual Employment Contract. (Az új Ptk. és a munkajogi szabályozás, különös tekintettel az egyéni munkaszerződésekre.) In: (eds. Manfred Ploetz, Hilda Tóth), *Relationship between the Civil and Labour Law Codification. (A munkajog és a polgári jog kodifikációs és funkcionális összefüggései)*, Tanulmánykötet, Novotni Kiadó, Miskolc 2001, 198-199.; Tamás Prugberger, "Institution of Self-Employment in the Western European and Hungarian Labour Law", ("Az önfoglalkoztatás intézménye a nyugat-európai és a magyar munkajogban"), *Magyar Jog*, 2/2014, 65-71. See more: S. Deakin, G. S. Morris (2012) 145. ff. H. Collins, K.D. Ewing, A. McColgan, *Labour Law.* Cambridge University Press, Cambridge 2012, 45-86.

[14] Staudinger, Richardi:Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbucs mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin, Walter de Gruyter (1989) 692-699. Cited by: György Kiss (2005) 19.

mentally determined the development of labour law after World War II. The long-term, durative nature, however, must be deduced from the essential features of the employment relationship. The comparison is also based on the business and engagement contract. In a business contract, when the result is achieved, the contract terminates, extinguishes itself. Labour law also includes a contract for the performance of a particular task. Is there a difference? Apart from the difference between the content of the two legal relationships, the instructions of the customer and that of the employer, the principle and regulation of elimination are distinctly different. In the case of a business, settlement issues, while in the case of labour relations, the employee‘s existential interests arise. It is also the case if a particular activity can be performed in the framework of a contract and an employment relationship. In the same way, it is the intensity, scope and regulation of the termination that differ. *Freedland* approaches the long-term nature of employment relationship from the side of promise: the *promise of further work*. The existence of mutual promise may be justified by the protection against dismissal. The essence of these techniques is that employers should not keep an eye out for dismissal, but the maintenance of the employment relationship.[15]

It is also necessary to discuss the classification of work performance relationships briefly. According to József Hajdú and Attila Kun, labour law is a set of legal norms defining the rights and obligations of employees, employers and interest representatives (social partners) from among legally regulated work-performance relationships. Its notion complex and regulates both economic and social conditions.[16]

According to Tamás Gyulavári, labour law deals with the legally regulated dependent work that is performed for someone else, under contract, under subordination.[17] The dogmatic basis for the distinction between civil service and private employment relationship may be challenged in that both are legal expressions of dependent work. The quality of the party receiving the service is secondary. That is, in terms of the category of dependent work, civil service relationship is an employment relationship, as well.[18]

In a broader sense, therefore, labour law covers all legal relationships that are suitable for displaying dependent work performed for someone else.[19] However, based on the current Hungarian tendencies, it is difficult to imagine that labour law continues to be used as a generic term and that division is made within this genus. The legal dogmatic foundation of collective labour law is possible in

---

[15] György Kiss (2017) 273-274.

[16] József Hajdú, Attila Kun (2014) 31.

[17] *Ibid.* 67.

[18] György Kiss (2005) 22.

[19] See: Senad Jašarević, “Labour Relation – Tendencies in the Practice and in the Regulations “, *Collected papers Faculty of Law Novi Sad*, 3/2013, 242

the private law of work; it is the result of a long-term development in civil service under external influence.[20]

In the system of employment relationships many differentiate employment relationship from civil service employment and other work performance relationships, including civil law relationship, other special legal relationships: personal and property security contractor, permanent intermediary, scholarship employment. All of this is a great expression of the legislator's intention to detach civil service from labour law and the question of employee-like persons' legal relationship.[21]

In my own view, the horizontal demarcation of work-performance relationships may be based on personal and economic dependence, economic dependence as well as personal and economic independence. Moreover, vertical division within employment relationship can be interpreted to a less and less extent as a result of the detachment of civil service law from labour law. And there is the theory of personal work relations of Freedland and Countouris to discuss.[22]

---

[20] György Kiss (2005) 23. On the separation of public administration see: Attila Kun, Zoltán Petrovics*, On the Development of Public Administration as a branch of Law, (A közszolgálati jog önálló jogági fejlődésének kérdéséről),* Magyar Közlöny Lap- és Könyvkiadó, Budapest, Henriett Rab, 'Jurisdiction in Public Administration from HR's Point of View", ("A közszolgálati bíráskodás HR szempontú vizsgálata"), *Közjogi Szemle*, 1/2016, 8-12. Gábor Mélypataki, *Theoretical and Practical Issues of the Unification of Public Administration Law and Its Relationship with Private Labour Law, (A közszolgálat egységesítésének elméleti és gyakorlati problémái, és kapcsolata a munka magánjogával),* PhD dissertation, Deák Ferenc Állam-és Jogtudományi Doktori Iskola, Gábor Mélypataki, "Defintition of employee in the Hungarian and German Labour Law from the employee's Point of View", ("A munkavállaló fogalma a magyar és a német jogban a munkáltató szempontjából)," *Publicationes Universitatis Miskolciensis Series Juridica Et Politica* XXX/2: p. 521.(2012)

[21] On the employee like person see a great Hungarian literature: György Kiss, "A munkavállalóhoz hasonló jogállású személy problematikája az Európai Unióban és e jogállás szabályozásának hiánya a Munka Törvénykönyvében", *Jogtudományi Közlöny*, 1/2013., 4-8., Tamás Prugberger, Az önfoglalkoztatás intézménye a nyugat-európai és a magyar munkajogban," *Magyar Jo*g, 2/ 2014, 68-69., Tamás Gyulavári: "A gazdaságilag függő munkavégzés szabályozása: Kényszer vagy lehetőség?" *Magyar Munkajog E-folyóirat*, 1/2014, 17-20. Tamás Gyulavári: *A szürke állomány. Gazdaságilag függő munkavégzés a munkaviszony és az önfoglalkoztatás határán,* Jogtudományi Monográfiák 6. Pázmány Press, Budapest 2014, Bernadett Szekeres, "Gondolatok a munkavállalóhoz hasonló jogállású személyek helyzetéről – a munkajog és a polgári jog kapcsolatáról", *Miskolci Jogi Szemle*: A Miskolci Egyetem Állam- és Jogtudományi Karának folyóirata, 12/2017, (2.) 561-569., NóraJakab: *A munkavállalói jogalanyiság munkajogi és szociális jogi kérdései – Különös tekintettel a megváltozott munkaképességű és fogyatékos személyekre*, Miskolc, Bíbor Kiadó 2014

[22] On the personal work relationship see: M. Freedland, N. Countouris, The Legal Characterization of Personal Work Relations and the Idea of Labour Law. In: (eds. Guy Davidov, Brian Langille), *The Idea of Labour law*, Oxford University Press, Oxford 2011a; M. Freedland, N. Countouris, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford University Press, Oxford, 2011b

3. ON BRANCH LAW CLASSIFICATION

We shall now briefly examine the branch law classification of labour law. Branch law classification in certain definitions raises the relationship with civil law and deals with a specific system of norms. In 2005, György Kiss wrote: *"Over two centuries modern labour law has evolved from the simple lease contract to the law of individual and collective labour relations. In this process, labour law gradually detached itself from classical private law, but did not banish its principles and values altogether.*[23] In 2017 he wrote: *"Today, it is recognized in Hungarian labour law as well that labour law as a contractual branch of law is a part of private law."*[24]

According to Tamás Prugberger *labour law is one of the "private law-like" so-called mixed branches of law which are situated between public law and private law and which are amalgamated from elements of private law and public law.*[25] According to József Hajdú and Attila Kun, labour law is the branch of a unified Hungarian legal system that governs the social relations (employment relationship) that relate to the employment of independent persons. Labour law is part of private law. Its social embeddedness, its purpose-orientedness is defined by the employee-'s demand for protection. Employment relationship is a long-term relationship in which the application of civil law rules is by no means problem-free. Labour law as a separate branch of law (mixed law) is not part of civil law, but they have a very close relationship. The Civil Code is in relation to the Labour Code subsidiary legislation, that is, the Labour Code specifies the cases in which Civil Code rules may and must be applied and when not. See Section 31 of the Labour Code[26]

György Kiss points out Bydlinsky's insightful summary opinion: *the question is whether labour law can be placed in the legal system as an independent branch. In his view, the autonomy of labour law is relative. It is impossible to elaborate an independent contract doctrine for labour law. The independence of labour law is an extremely complex problem, because despite the fact that there are institutions which are only characteristic for labour law, the rules of civil law must be applied as either self-evidently or with minor modifications. However, it is important not to create unnecessary competition between the two branches of law.*[27] *The formation of an independent labour law became the centre of political interest in the legislation of the Weimar Republic. After WWII, the German codification*

---

[23] György Kiss (2005) 15.

[24] György Kiss (2017) 271.

[25] Tamás Prugberger: *European and Hungarian Comparative Labour and Public Administration Law, (Európai és magyar összehasonlító munka-és közszolgálati jog),* Budapest, KJK Kerszöv 2002, 33.

[26] József Hajdú, Attila Kun (2014) 31.

[27] György Kiss (2017) 271.

managed to find solutions to the collective institutions, but failed to draft the legislation of the labour contracts. György Kiss often refers to the *Hennsler-Preis draft*: *„Soweit dieses Gesetz nicht anderes bestimmt, gelten die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches.“*[28]

Recognition of the full independence of labour law from civil law, the full dogmatic autonomy of the institution has never been demanded. Undoubtedly, however, the dogmatic nature of the contract has not, but its function has been transformed in order to protect the employee. Due to these restrictive rules and the principles of traditional private law, the contractual institutional system of labour law seems to be autonomous. Principles outside private law are the principle of equal treatment, the duration of employment relationship, the regulation of termination of employment relationship. These principles are subject to attack because the structure of the legal relationship underlying them varies.[29] Consequently what distinctly separates individual labour law from traditional private law is the normative law designed to protect the worker through direct state intervention which developed predominantly outside private law codes. Labour law attempts to strike a balance at a level of equilibrium that meets the contractual principle, the requirements of self-determination.[30] In the socialist, public law-like labour law, the application of civil law did not really arise. Socialist labour law broke up with the private law traditions of labour law. The Labour Code of 1992 contained a more private law-like regulation but failed to settle the relationship between labour law and civil law. In the judicial practice, the so-called principle of analogia legis got crystallised, that is if a civil law norm or principle is not contrary to labour law and if the Labour Code does not contain a specific provision, judicial practice may involve the given civil law rule in the labour law (pursuant to Court Decision 1998.506). Act I of 2012 on the Labour Code (Mt.) changed of the previous regulation and expressly marked the applicability of some rules of the Civil Code. According to Section 31 of the Labour Code, for example, in the case of legal declarations, unless otherwise provided by law, the Civil Code rules listed in the Labour Code shall apply. The legislation of the Civil Code which may be used from the point of view of the Labour Code was codified into the Labour Code in detail; as well as the Civil Code is considered selectively as an underlying or supplementary law. Several labour law institutions have a strong Civil Law character (liability for damages), and several civil law rules are incorporated into the Introductory Provisions. Thus, due to the specific nature of the main service which forms the subject of employment relationship, labour law is indeed a separate branch of law, a relatively independent, mixed special law, part

[28] *Ibid*. 272.
[29] *Ibid*. 272-273.
[30] György Kiss (2005) 20.

of private law within the legal system, having stronger civil law relations than those of the Act I of 2012.

The Act CCLII of 2013 reopened one of the long-standing issues of Hungarian labour law. By amending the Labour Code, this Act defines amongst other things, the applicable labour law rules of the Civil Code. As a result of the amendment, Sections 9, 31, 160, 177, 228-229. and 286 contain such referring rules. By reviewing these rules, it can be stated that these are provisions (mainly of the law of obligation) applicable without hindrance in employment relationship law. A related problem is the scope of the General Provisions of the Labour Code. These are also mainly applicable in individual employment relationship, in particular the general rules of conduct, partly by adopting the Civil Code rules of the same content. Sections 6.1 and 6.3 and Sections 8-11 of the Labour Code explicitly refers to this by mentioning employment relationship or parties in employment relationship. There is no doubt that the Labour Code does not provide clearly (specifically) for the application of the rules of civil law in collective labour law, in particular in collective agreement law. This is why the question arises whether the rules of civil law shall apply (in particular) to collective agreements. In the absence of related provisions of the Labour Code, in connection with the application of the civil law rules, the former Hungarian judicial practice established the above mentioned principle that "if a civil law principle or norm does not conflict with the principles of labour law, it shall apply to labour law." According to Gyula Berke and György Kiss, this labour law principle must be applied for collective bargaining even after the Labour Code enters into force. The reason for this is that the Labour Code does not contain any rules referring to this, in other words: the legislator – unlike employment relationship – did not want to make provision for such a thing. On the other hand, collective agreements, although having norm content, carry the characteristics of contractual obligations, too. There is no doubt that the situation created by the the Labour Code entering into force may be difficult for the judicial practice because, as in the case of the employment relationship under the scope of the Labour Code of 1992, the court will be forced to decide case by case on matters not regulated in the Labour Code whether the applicable civil law principle or rule is contrary to labour law or not.[31]

4 ON THE UNIQUE SYSTEM OF NORMS

The unique system of labour law norms in Hungarian law clearly indicates how the legislator tries to strengthen the individual self-governance of the parties in labour law legislation despite the presence of public law elements. Freedom of

[31] Gyula Berke, György Kiss: *Commentary on the Labour Code, (Kommentár a Munka Törvénykönyvéhez),* Wolters Kluwer Kft., (2015)

contract therefore is also provided in labour law. As defined in the Fundamental Law, everyone shall have the right to freely choose his or her work, occupation. The parties have an influence on shaping the legal relationship since, in the absence of a different provision of the law on the basis of Section 43.1 of the Labour Code, the employment contract may derogate from the individual labour law rules and from the related employment relationship rule in favour of the employee. Pursuant to Section 43.2, derogations must be assessed by comparing the related provisions. The derogatory agreement laid down in the Labour Code includes when the parties' agreement cannot derogate from the provisions of the Labour Code. According to the Explanatory Memorandum, in the context of interrelated provisions, the rules as well as the elements of agreement of the same purpose are to be understood (the raisin principle, Rosienentheorie, does not apply, in line with the judicial practice). The limitations of contractual freedom are, however, the cogent provisions, the individual, relative, dispositive labour law rules where derogation to the disadvantage of the employee is limited or limitless, and the collective agreement can only be derogated from based on the welfare principle.[32] The basic rules of labour law are the terms and conditions of employment in accordance with Section 13 of the Labour Code: laws (acts, exceptionally and supplementarily a government decree, possibly a ministerial decree), collective agreements and works agreements and binding decisions of the conciliation committee pursuant to Section 293. The normative parts of the latter three are classified as terms and conditions of employment.[33] The quasi legal norms on employment are collective agreements which are created on a consensual basis as a private law contract but become effective as a law, that is, have a dual legal nature. Works agreements are agreements between works council and employer which may include terms and conditions of employment if the employer does not fall under a collective agreement or there is no trade union to enter into a collective agreement. Binding decisions of the conciliation committee governed by Section 293 of the Labour Code are when the employer and the works council or the trade union may agree in advance to accept the decision of the committee. In this case, the committee's decision is binding. In the event of a tie, the chairperson's vote shall be decisive.

György Kiss points out that the content of the employment contract depends solely on the agreement of the contracting parties (legal fact), while its legal effect, i.e. employment relationship is influenced by a number of factors. These are legislatorial sources of law. That is, we find that employment contracts and employment relationship have differences in content: while employment contracts vary according to the economic environment, the content of employment relationship is, as

[32] (ed. Tamás Gyulavári*), Labour Law, (Munkajog),* Budapest, ELTE Eötvös Kiadó 2013, 59-60.

[33] *Ibid*. 53.

a matter of principle, constant. It would be important to deal with legal facts and legal effects holistically.[34]

It can be seen, therefore, that the contract of employment implies the possibility of the fulfilment of individual self-governance, making it flexible in accordance with the economic changes. The contract of employment, however, is not a source of law, according to the prevailing labour law.

The contract of employment, though it fosters employment relationship, is not a rule on employment because it contains rights and obligations for both parties.[35]

Employer regulations are not a rule on employment, either, although labour law literature sees a growing number of publications on the various unilateral legal acts of the employer. As they are becoming increasingly important in practice: there are regulatory (normative) legal declarations and individual legal declarations.[36]

György Kiss, however, approaches the question in a different way: the legal source system of labour law is distinctly different from other branches of law due to the distinct legal nature of some legal source elements. Perhaps the most characteristic feature of labour law legal source system is the duality of sources. He distinguishes between legislatorial and contractual sources of law (collective bargaining agreements: collective agreements and works agreement). Because of the normative content of the collective agreement, it could be part of the legislatorial legal source system, but on a dogmatic basis it is not, and its relation to legal norms is derived from the general concept of validity of contracts. In the European labour law, individual employment contract is at the top of the contractual hierarchy. An employment contract cannot contain a less favourable condition for the employee than what is laid down in the collective agreement. This is the welfare principle (Günstigkeitsprinzip)[37] That is, the employment contract is a source of law, too: a contractual source of law.

5. EMPLOYMENT CONTRACTS AS CONTRACTUAL SOURCES OF LAW?

What does it mean to us that employment contracts are a contractual source of law? Here I quote László Kelemen's idea about obligation and contracts:

"As for its nature, obligation is a dynamic and organic phenomenon, it is to attain a specific goal, to create a certain future change, and if it fulfills its function, it ceases to exist as if it has never existed. After its termination, it immediately re-emerges and, therefore, it appears to be a short-lived, passing phenomenon

[34] György Kiss (2017) 270.
[35] Tamás Gyulavári (2013) 53.
[36] György Kiss (2017) 269.
[37] György Kiss (2017) 268-269.

compared to substantive rights which seem to have a continuous existence; it has a beginning, an end and a life-span which includes various moments just like living creatures. By obligation new subject rights come into being which have never existed and could never exist without it, people who have never been in a close legal relationship with each other and who develop a pressing relationship which is usually not only favourable to one or to the other, but mutual, and in some respect, namely in relation to the dispositive legislation, rights and obligations are created which are stronger than law. This phenomenon is called an obligation shoot, which is the most zealous source of the contract."[38] *According to László Kelemen, a contract is therefore a lex contractus, a real source of law, when material right enables human self-determination to create law.*[39] *In the field of civil law, this individual self-governance indeed widely prevails*[40]*, whereby legal entities themselves shape the law to legally unregulated relations of life and to some parts of them which are not arranged. In labour law, the legislative power of individuals must be re-discovered in employment contracts, to which it is essential to enforce the principle of partnership.*

Section 13 of the Labour Code also establishes a hierarchy of the rules on employment, and the said hierarchy is broken by the principle of more favourable treatment for the employee, which means relatively cogent and relatively dispositive rules in civil law. At the same time, the regulatory technique of the Labour Code clearly demonstrates a respect for the principle of freedom of contract and the promotion of self-governance.

This is evidenced by the fact that the Labour Code has made absolute dispositivity the main rule (bilateral, tariff dispositivity) in contrast to the relative dispositive rule of the old Labour Code. Part 2 of the Labour Code is relatively dispositive for the employment contract. The parties may otherwise agree on any matter which is not a cogent provision. According to the Explanatory Memorandum, this solution addresses the traditional feature of the world of work that, at the level of individual agreements, the equilibrium position of the parties does not prevail, which is the legal reason for dominance of dispositive rules in the traditional system of private law. Thus with regard to the contract of employment, the Labour Code and the collective labour law agreements fix the minimum standards, from which the parties' agreement may differ in favour of the employee in a positive direction. Parts 2 and 3 of the Labour Code is dispositive for the collective agreement. Derogation to the disadvantage of an employee is possible only if the Labour Code allows it. This is to increase the role of collective agreements as a contractual source of law. The same applies to works agreements with a nor-

[38] László Kelemen (1941) 7-8.
[39] *Ibid.* 8.
[40] *Ibid.*

mative scope. Only wage bargaining, that is, the remuneration of work is an exception. The rest of the Labour Code, Parts 1, 4, 5 and the Closing Provisions are cogent. Derogation is only allowed if expressly permitted by law. Unilateral derogation, relative dispositivity (relative cogency) is common, when derogation is only allowed for the benefit of the employee. These are typically the rules of liability for damages. Limited bilateral dispositivity allows derogation to the employee‘s disadvantage only to a certain extent. The limit for extraordinary working time is 250 hours a year, from which collective agreements may derogate up to a maximum of 300 hours per year. Exceptions to the main rule of absolute dispositivity are found in the Derogatory Agreement at the end of each chapter.[41]

It can be seen, therefore, that the regulatory technique of the Labour Code provides the opportunity for the principle of contractual freedom to prevail in labour law, even though the protection of the weaker party requires the legislator to make cogent and public law rules.

The present study does not have a profound analysis of the dogmatics of the employment contract, but it is clear that the examination of the relationship between labour law and civil law raises the distinction between the contractual and legislatorial sources of labour law, as labour law regulations increasingly approach civil law rules during employment crises. A contract of employment can become a zealous source of obligation if the parties can flexibly shape the content of the legal relationship. Accordingly, while employment contracts vary according to the economic environment, the content of employment relationship is, as a matter of principle, constant. This is how the uniform management of legal facts and of legal effects is realized.

[41] Tamás Gyulavári (2013) 57.

Др Нора И. Јакаб, ванредни професор
Универзитет у Мишколцу
Правни факултет
jakabn81@gmail.com

Значај принципа аутономије воље субјеката радног односа у радном праву

Сажетак: *Према ставу Келемен Ласла, уговор је закон за уговорне стране онда када материјално право омогућава субјектима правног односа да сами, својом вољом, регулишу права, обавезе и одговорности из тог односа. Та аутономија воље субјеката правног односа одлика је грађанског права, чији институти су постављени тако да субјекти сами уређују своје међусобне односе. Са друге стране, таква аутономија субјеката радног односа није одлика института радног права, при чему, сматрамо да је неопходно редефинисати питање аутономије воље субјеката овог односа, а све на бази принципа партнерства.*

Глава XIII Закона о раду Мађарске одређује хијерархију аката који се примењују на радне односе, при чему, сходно принципу in favorem laboratoris, апсолутну предност у примени даје оним актима који су повољнији за запослене. Са друге стране, исти закон, јасно одређује слободу уговарања као кључни принцип у регулисању права, обавеза и одговорности из радног односа, што све доводи до својеврсне дилеме у погледу правне природе овог правног односа.

Имајући у виду све наведено, у овом чланку настојимо да дођемо до одговора управо на питање правне природе радног односа, ослањајући се на релевантне одредбе Закона о раду Мађарске и ставове правне теорије.

Кључне речи: *аутономија воља субјеката радног односа, флексигурност, подела радних обавеза, начело јединствености правног система.*

Датум пријема рада: 27.08.2018.

Прегледни чланак 342.734:[061.1EU:341.645.5
doi:10.5937/zrpfns52-18543

Márton Leó Zaccaria, Ph.D., Senior Lecturer
University of Debrecen
Faculty of Law
zaccaria.marton@law.unideb.hu

LAWFUL LIMITATION OF THE RIGHT TO WORK IN THE CONTEXT OF THE FRIES JUDGMENT OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION*

Abstract: *The present paper examines two main recent issues of the social policy of the European Union (EU). The legal basis of the analysis includes some of the most significant areas of labour law and social law in the European Union. The Court of Justice of the European Union (CJEU) recently has decided some cases regarding the fundamental rights of workers based on the Charter of Fundamental Rights of the European Union and these judgments can mostly raise several concerns related to the interpretation of these rights. It is important that the CJEU has such judgments and it is of high importance that fundamental social rights are considered in these cases. Although, the subject of this paper is the judgment C-190/16, the reasoning and conclusions on the following pages apply to not only this case but also in general regarding the right to work and the prohibition of age discrimination. The lawful or unlawful limitation of these fundamental rights are highlighted because nowadays they mean more than meets the eye, keeping in mind the labour market challenges in the European Union. Consequently, the CJEU has come to important conclusions that have to be interpreted in the context of the recent changes of the social policy of the EU. The paper contains a short outline of the national case and the judgment of the CJEU. The main part of the paper consists of a merit analysis with comments and criticism concerning the limitation to the two emphasised fundamental rights. Conclusions are also included highlighting the importance of the right to work and equal employment in the social and employment policy of the European Union focusing mainly on the freedom to choose an occupation.*

Keywords: *age discrimination, Court of Justice of the European Union, labour law, right to work, workers' rights.*

* This paper was supported by the János Bolyai Research Scholarship of the Hungarian Academy of Sciences.

1. INTRODUCTION

The social policy of the European Union (hereinafter: EU) – mainly labour law in a closer sense – is such a legal field which is continuously changing and developing without constant or stable regulation.[1] This phenomenon has multiplied interpretations, however, the changing legal approach together with the economic and social motivations influence this legal field[2] which basically defines the image of the normative fundamental rights. This phenomenon is more modulated by the case law of the Court of Justice of the European Union (hereinafter: CJEU), since it has interpreted individual social rights in several judgments for decades, this way continuously forming a kind of dynamic concept of the social protection for workers. The European Pillar of Social Rights (EPSR) realised in 2017 can change these procedures,[3] furthermore, the reforrms as a consequence can have direct effects on the subjects of the labour market.[4] At the same time, it would not be advisable to view only the future when we study such entitlements that basically define the interests of the employees like the subject of the present study, namely the right to work and the requirement of equal treatment.[5] I think in this respect the Charter of Fundamental Rights of the European Union (hereinafter: CFREU) which came into force on 1 December 2009 and became part of primary EU law, significantly changed the image of the legal protection of the employees. This study selects from the circle of these rights focusing on an actual resolution of the CJEU, which can be definitely regarded as a keynote debate. On the following pages, I will examine some relevant aspects to such legal anomalies focusing on two of the most fundamental rights of workers in EU law through a recent judgment of the CJEU.[6]

2. BACKGROUND – MAIN POINTS OF THE NATIONAL CASE

Mr. Werner Fries, as aeroplane commander, had an employment relationship with Lufthansa from 1986 to 31 December 2013 when his effective employment

---

[1] Antoine Jacobs, "Labour Law, Social Security Law and Social Policy After the Entering Into Force of the Treaty of Lisbon", *European Labour Law Journal*, 2/2011, 131-137.

[2] Frank Hendrickx, "Editorial: The European pillar of social rights – Interesting times ahead", *European Labour Law Journal*, 3/2017, 191.

[3] See in details: European Pillar of Social Rights, *https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/social-summit-european-pillar-social-rights-booklet_en.pdf*, 30 July 2018.

[4] Frank Hendrickx, "The European Social Pillar: A first evaluation", *European Labour Law Journal*, 1/2018, 3-5.

[5] See: Predrag Jovanović, „The Principle of Equality in Labour Law", *Collected papers Faculty of Law Novi Sad*, 1/2018, 17-26; and Predrag Jovanović, „Current Aspects of the Principal of Protecting Employees", *Collected papers Faculty of Law Novi Sad*, 3/2011, 143-149

[6] C-190/16. Werner Fries v Lufthansa CityLine GmbH [2017] ECLI:EU:C:2017:513.

relationship was terminated according to the regulation of the applicable German collective agreement. Termination was compulsory as regulated in the collective agreement after Mr. Fries became 65 years old, since he reached the retirement age in the compulsary retirement system; consequently, his further employment was impossible.[7] However, Mr. Fries on the basis of his employment contract did not work only as a commander but also took part in training the young pilots, so this activity could be regarded a kind of supplementary working activity and not his main duty.[8]

Two months before the termination of the employment contract, namely, from 31 October 2013 the employer did not employ the employee though his employment relationship was valid formally until 31 December 2013 according to the labour contract. Essentially, this was the injurious act, since his employment relationship was terminated only two months later, but he could not work as pilot over 65 years of age referring to the sub para. b) of FCL.065 of I. Annex of the 1178/2011 Regulation[9] since it is strictly forbidden in air transport with commercial purposes. Although, Mr. Fries offered his contractual completion/performance in labour relationship, his employer referring to his age did not fulfill the employer's employment obligation in spite of the fact that the employee had the necessary valid commercial pilot licences. Mr. Fries thinks that he suffered labour law infringement since he could not work as pilot after the age of 65 and referring to this his employment relationship terminated on 31 December 2013.

3. THE JUDGMENT OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION IN CASE C-190/16.

From the articles of the CFREU arts. 21, 15 and 22 applied in the case; the first two articles in connection with the legal protection of the employee, and the latter one in connection with its restriction. In its justification, the CJEU regards restrictive regulation such a regulation that may infringe both the right to free choice of employment and the equal treatment, even though through the examination the CJEU had to start from their possible limitation.

Art. 21 of the CFREU definitely states the prohibition of age discrimination, which is stated by the CJEU together with art. 20 of the CFREU referring to the generality and unity of the regulation.[10] Referring to all these the CJEU firstly

[7] Points 18-20 of the judgment C-190/16.

[8] Point 17 of the Advocate General's opinion for the judgment C-190/16.

[9] *Commission Regulation (EU) No 1178/2011 of 3 November 2011* laying down technical requirements and administrative procedures related to civil aviation aircrew pursuant to Regulation (EC) No 216/2008 of the European Parliament and of the Council.

[10] Points 29-33 of the judgment C-190/16.

clears generally and principally what should be regarded as equal and unequal treatment. The essence of this interpretation is the basically important paradigm of the principle that similar situations should be treated similarly and different situations should be treated differently.[11] Consequently, the CJEU in points 34-35 of the judgment declares that prohibition of working as a pilot at the age of 65 implements discrimination based on age, but it does not automatically mean the invalidity of point b) of the challenged regulation, because referring to the para 1 of art. 52 of the CFREU justification of different treatment must be analysed.

Referring to the abridgment the CJEU states that the age regulation for the pilots is declared in law; it is proportional and does not affect the essence of the fundamental right declared in art. 21 of the CFREU. According to the CJEU, the compliance of these criteria undoubtedly justifies that restriction for the employees over the age of 65 implements lawful different treatment, but not age discrimination. Futhermore, the CJEU interpreted that this restriction does not have an effect on the essence of the principle of the equal treatment, since it has restrictive effect only in a narrow circle on a certain personal circle, consequently, it does not weaken the consistent performance of arts. 21 and 20 of the CFREU.[12] Public interest supports the legality of the aim of resctriction,[13] namely, it seems that the EU legislator really considered the listed aspects referring to working performance of the pilots in commercial air traffic. However, the point is whether the legal aim is combined with the proportional limitation of fundamental rights without going beyond the necessary measure. We may speak about a directive, which is legal according to the Directive 2000/78/EC,[14] e.g. the aims of employment policy, but its consequence may be disproportional and unnecessary restriction,[15] and in such cases, clear different treatment cannot be granted exemption. The CJEU performed this examination in points 45 and 46 of the Decision and came to the conclusion that the resolution on restricting the pilot's employment on the basis of his age is proper/correct and proportional and performs proportional restriction and does not go beyond the necessary measure.

Point 51 of the judgment states a part of the conclusion in connection to the fact that limitation of fundamental rights on grounds of age primarily serves the compliance with the provision of the EU requirements of air safety, namely, it is a basically important requirement for the pilots to be – without doubt – physically

---

[11] Point 28 of the judgment C-236/09. Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL and Others v Conseil des ministres [2011] I 00773.

[12] Point 38 of the judgment C-190/16.

[13] Points 42-43 of the judgment C-190/16.

[14] Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 *establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation*.

[15] See as a typical example the conclusion of the judgment C-286/12. European Commission v Hungary [2012] ECLI:EU:C:2012:687.

fit for work without any danger to life and physical or personal integrity. Nevertheless, to fulfil the requirements of physical criteria is harder when you get older. Consequently, the CJEU declares it justified that a differentiation e should be made clearly among the pilots on the basis of their age, since the listed criteria essentially are the requirements of the position of a pilot and tasks in connection to it, so the proportionality of the regulation is rather supported than confuted on the basis of the interests which are in the background of age limitation (guarantee of safety of integrity and property). The CJEU considered the disadvantages because of which the group of employees suffered, and considered the advantages that are the consequences of these limitations on the societal level.[16]

However, it is still a matter of concern as to why 65 years is the limit and why the EU legislator defined the final and *ex lege* exclusion without consideration and transition, e.g. compulsory medical examination schould be required. The CJEU states that medical and scientific uncertainties cannot undermine the coherence of the relevant regulation; similarly, the legislator is not obliged to take every exemption and every individual case into consideration.[17] The CJEU complements this interest and states that according to point 52 of the cited Dominica Petersen judgment[18] to justify the consistency of the abridging regulation regarding one's age is adequate if a certain age can be regarded as "sufficiently old", so the legal background of this limitation also can be made by generality. To strengthen these arguments the CJEU mentions that the "rule of age of 65" does not result in the persons concerned being cut out from all possible access to the labour market, moreover, this rule does not mean the automatic termination of the employment relationship.[19]

Referring to the limitation of art. 15 of the CFREU the CJEU declares *inter alia* that the right to work is not a limitless or absolute fundamental right, and it can only be interpreted in accordance with its societal designation, like the right to property, and it can be limited only by public interest and proportionality.[20] Furthermore, according to point 75 of the C-190/16. judgement the strict age limitation does not affect the essence of the fundamental right to free choice of work, since it restricts the right to work only over 65 for a narrow personal circle, so it cannot be regarded as a restriction of the tackled fundamental right's essence. In points 77 and 78 the CJEU comes to the conclusion that this regulation is

[16] Point 38 of the judgment C-141/11. Torsten Hörnfeldt v Posten Meddelande AB [2012] ECLI:EU:C:2012:421 and point 73 of the judgment C-45/09. Gisela Rosenbladt v Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH [2010] I 09391.

[17] Points 60-62 of the Advocate General's opinion for the judgment C-190/16.

[18] C-341/08. Domnica Petersen v. Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe [2007] ECR I 0047.

[19] Point 40 of the judgment C-141/11. Torsten Hörnfeldt v Posten Meddelande AB [2012] ECLI:EU:C:2012:421.

[20] Point 73 of the judgment C-190/16.

suitable to strike a balance between the interests that should be protected by the primary law (freedom to choose occupation and public security), and it performs proportional limitation as it was interpreted above. The CJEU does not list any further arguments about the content of the right to work and its limitation, consequently, it states that based on restractibility of the mentioned fundamental rights the final and automatic exclusion of a certain personal circle from employment, as pilot because of age does not affect the very content of the art. 15 of the CFREU, so, similarly to the interpretation referring to art. 21, it performs legal and proportional limitation of a fundamental right on the side of the concerned group of employees. The relevant national collective agreement declared on point b) of the regulation on which basis the employee as a pilot cannot work over 65 in transport air traffic and referring to it his employment relationship automaticly terminated without attention to whether she or he already reached pension rights or not does not infringe EU law, neither the right to free choice of work, nor the prohibiton of age discrimination.

4. COMMENTARY ON THE JUDGMENT REGARDING THE RIGHT TO WORK AND PROHIBITION OF AGE DISCRIMINATION

Firstly, on interpreting arts. 15 and 21 of the CFREU the CJEU regarded only some relevant aspects, so in spite of the fact that the CJEU had to take a position on limitation of these two fundamental rights, some aspects were left without attention. It is important because the resolution suggests that the CJEU intends to regulate principally the limitation of the right to work and about the exceptions from the prohibition of age discrimination, however, we think that the essential elements of these two rights did not receive enough attention in the judgment. In connection to the latter, we would like to emphasise that both Directive 2000/78/EC and the diversified role of the CJEU's case law connected to it seem to be unclear in a case of a fundamental rights nature, which also reflects uncertainty in legal interpretation. This issue will be interpreted in more detail later. Altogether, I would like to add the circumstance that the CJEU on applying fundamental social or labour rights did not make progress, even though; it could hardly be expectable taking into consideration the circumstances of the case.

It cannot be denied that difficulties being discovered so far in the application of the CFREU in cases of social policy,[21]even if these difficulties can be observed

[21] See in details: Gyula Berke: "Az Európai Unió Alapjogi Chartájának alkalmazása munkajogi (szociálpolitikai) ügyekben", *HR & Munkajog*, 11/2013, 8-14.; Edit Kajtár, Franz Marhold, "The Principle of Equality in the Charter of Fundamental Rights and Age Discrimination", *European Labour Law Journal*, 4/2016, 321-342.; Sara Iglesias Sánchez, "The Court and the Charter: The Impact of the Entry into Force of the Lisbon Treaty on the ECJ's Approach to Fundamental

in the questions of the legal application and limitation, but necessarily in questions of content of the relevant fundamental rights.[22] This way we would not like to "exempt" totally the CJEU from the responsibility of not trying to interpret the discussed fundamental rights in a more abstract, developing way, or at least, to state an interpretation reflecting teleology,[23] while the General Advocate's opinion of the case – contrary to the judgment – is trying to insert such concerns. Basically, the CJEU follows the argumentation of the General Advocate, so it seems unpleasant to leave further arguments without attention, since they could complete the standpoint and the final resolution of the CJEU. The distance of the CJEU from the content of arts. 15 and 21 of the CFREU may be criticised referring to Advocate General Bobek's detailed proposal. In my opinion, it can be criticised since some important ideas from the opinion could have been applied by the CJEU as well and could have strengthened the arguments of the judgment itself. However, the opinion does not suggest a final decision with adverse content, but several concerned legal interpretations and questions can be seen. Even if we accept the judgment of the CJEU regarding the content and nature of the two analysed fundamental rights, it would be expedient that the CJEU should have applied these elements for the reasoning and justification more definitely.

A good example of it is the interpretation of the restriction of the right to work, which was forgotten by the CJEU, apart from general justification of restriction based on para. 1 of art. 52 of the CFREU. However, the opinion itself does not contain many more arguments, but states some relevant legal interpretations, which the CJEU should not have left without attention. Otherwise, the arguments of point 69 of the opinion can be criticised, and it is also necessary to mention them in this sense. Although, the CJEU itself alludes to why the "rule of

Rights", *Common Market Law Review*, 5/2012, 2565-2611.; Veronica Papa, "The Dark Side of Fundamental Rights Adjudication? The Court, the Charter and the Asymmetric Interpretation of Fundamental Rights in the AMS Case and Beyond", *European Labour Law Journal*, 3/2015, 190-199. and Massimiliano Delfino, "The Court and the Charter – A "Consistent,, Interpretation of Fundamental Social Rights and Principles", *European Labour Law Journal*, 1/2015, 86-99.

[22] The CFREU is not applicable on its own for the sake of fundamental right protection if there is no secondary legislation in EU law concerning the certain articles. See: Tamás Gyulavári, Gábor Kártyás, "Effective international enforcement of employee rights? Challenging Hungarian 'unorthodox' laws", *European Labour Law Journal*, 2/2018, 118-120. See also the relevant case-law of the CJEU regarding the socially significant art. 30: C-332/13. Weigel v Nemzeti Innovációs Hivatal (ECLI: EU: C:2014:31), C-614/12. and C-10/13. joined cases Dutka v Mezogazdasági és Vidékfejlesztési Hivatal and Sajtos vs Budapest Főváros VI. Kerületi Önkormányzata (ECLI: EU: C:2014:30), C-488/12., C-489/12., C-490/12., C-491/12. and C-526/12. joined cases Nagy v Hajdú-Bihar Megyei Kormányhivatal, Böszörményi Gálóczhi-Tömösváry and Szabadosné Bay v Mezőgazdasági és Vidékfejélesztési Hivatal, Ványai v Nagyrábé Község Polgármesteri Hivatala (ECLI: EU: C:2013:703).

[23] Although, the Advocate General also refers to this matter in points 95-98 of the Advocate General's opinion for the judgment C-190/16.

age of 65" does not limit the essence of the fundamental right to free choice of work,[24] but I regard it as important that this conclusion can be clearly deduced from the opinion. Furthermore, in points 74-76 of the proposal, even if on a questionable theoretical basis, the General Advocate summarises the above mentioned ideas about the restriction of the right to work as part of the conclusion; these arguments are missing from the conclusions of the same content of the CJEU (such argument is e. g. the lack of the direct relationship between the forced termination of the employment relationship and pension rights).

In the following, I am going to analyse – with criticism – the deficiencies of the argument referring to "the essence of the important content" of art. 15 of the CFREU and the deficiences of the merit conclusions. In my opinion, the CJEU did not analyse the right to freedom to choose occupation in spite of the fact that in this case the fundamental right nature of this right was one of the central actors. In spite of the fact that content questions were reduced to the background, the CJEU paid more attention to the restriction of the right to work, which caused a kind of argumental imbalance in the decision. Although we should not forget the social nature of fundamental social rights in EU law[25] it means that on analysing them we cannot apply the same standard as in the international labour law environment, or the structure of fundamental rights in general, or the national labour laws. Still, social and labour rights, which are accepted in the form of fundamental rights,[26] cannot remain *terra incognita* when analysing and restricting art. 15 of the CFREU. These common, universal values can be summed up on the economic, social and human right side of the right to work.

This "two-faced" right makes the examination harder, since in this case not every aspect have the same weight, but according to the argument of the advocate general the essence of art. 15 has to state the directions and measure of restriction while taking into consideration para. 1 of art. 52 of the CFREU. Obviously, in the concept accepted nowadays of the right to work the economic side dominates,[27] since it is not an absolute subjective right and its enforcement against the state has actual boundaries, but it does not mean that the social side should be ignored.[28] The two aspects – mainly in the present case – must be enforced in

---

[24] Points 38 and 72 of the judgment C-190/16.

[25] Stefano Guibboni, "Social Rights and Market Freedom in the European Constitution: A Re-Appraisal", *European Labour Law Journal*, 2/2010, 164-169. and Bob Hepple, "Fundamental Social Rights since the Lisbon Treaty", *European Labour Law Journal*, 2/2011, 150-154.

[26] Christophe Vigneau, "7. Freedom to Choose an Occupation and Right to Engage in Work (Article 15)", *European Labour Law and the EU Charter of Fundamental Rights* (ed. Brian Bercusson), Nomos, Baden-Baden 2006, 173-175. and 181-186.

[27] György Kiss, *Alapjogok kollíziója a munkajogban*, JUSTIS, Pécs 2010, 275-276.

[28] Mostly because of the social nature of labour law: Nóra Jakab, "On the significance of the employee status and of the personal scope of labour law regulation", *Novi Sad Faculty of Law Collected Papers*, 3/2016. 998-999.

parallel, since Mr. Fries's right to work is restricted from the economic side because of seriously narrowing his possibilities in employment, while on the social side disadvantages in the labour market which are a consequence of his age and which are not compensated by the legislator are linked to his right to work. Consequently, I disagree with the argument, according to which this kind of restriction of art. 15 is not disproportionate, since it does not affect the essence of the right to work,[29] because its restriction refers only to certain professions at certain ages and is not valid "in general". The circumstance that a certain limitation of legislation refers "only" to a group of employees of a certain profession, does not prove the lack of important restriction, since limitation is undoubtedly important for this group of employees.

In my opinion, compulsory termination of a given professional career is an essential limitation, but of course, it does not mean automatically that the regulatory limitation is unlawful, but *mutatis mutandis,* it raises the general question as to whether (how) the right to work could be restricted at all. Furthermore, the fact that the above mentioned abridgment refers only to one profession but not to all professions in general, and prohibits employment of only one profession for people over 65, seems to be an incomplete argument. Although, it is true that these persons can take any kind of job, but based on their earlier professional experiences, age, and previous steps in their careers their possibilities become very much limited according to my view. Therefore, this limitation affects the essential content of art. 15. It is also important that pension rights are not necessarily assured after this kind of termination or forced termination of the employment relationship, consequently, the employees of older age would get into a helpless situation in the labour market regarding both their right to work and the guarantee of social security. The discussed regulatory limitation affects the essence of the challenged fundamental right this aspect, too.

A contrario one may ask whether what kind of and what amount of limitation affects the essence of the right to work if that regulation in the present case cannot affect it in merit. In my opinion the essence of the freedom to choose occupation is diversified,[30] however, an interpretation according to which automatic and final disclosure of a given group from the continuation of a profession on the basis of age exclusively, but not on the basis of e.g. professional ability, is not essential,

[29] However, this aspect is not strictly related to this paper's topic, I mention the human right side of the right to work; consequently, it is very important to proceed with caution when judging and restricting its essential content. See: Virginia Mantouvalou, "Are Labour Rights Human Rights?", *European Labour Law Journal*, 2/2012, 152-154.

[30] Free movement of workers and their right to social security are also part of the right to work. The linear connections between the aforementioned fundamental rights are emphasised in judgment C-284/15. Office national de l'emploi (ONEm) v M and M v Office national de l'emploi (ONEm) and Caisse auxiliaire de paiement des allocations de chômage (CAPAC) [2016] ECLI:EU:C:2016:220.

and may result *contra legem* legal interpretation. It is confirmed since the central element of this question in the argument of both the Advocate General and the judgment is that this limitation refers only to a small number of clearly defined people, but I think that the discussed limitation restricts the right to work of all the persons who are over 65 and can potentially fulfil the requirements of pilots working in air transport. This standpoint can be directly connected to the requirement of equal treatment, since EU law does not prohibit discrimination, but guarantees the principle of equal treatment;[31] consequently, the basis is not the question to whom the given regulation is discriminative, but whether the given regulation ensures equal opportunities for everybody. In connection to the free choice of occupation, we think, that point 76 of the Advocate General's opinion is contradictory – although, the CJEU refers to it in the judgment – since it calls para. 1 of art. 15 "yardstick for review of validity", and "interpretative guideline". In case of such important and clear limitation of a fundamental right it should have interpreted more strictly and concentrated on the essence of this fundamental right instead.

Summing up, it can be stated that on examining the content and possible limitation of art. 15 the CJEU left without attention the importance of the fundamental right nature of the workers' rights, however, their limitation is possible, but not in such unambiguous way and not regarding its merit content. Otherwise, the right to work plays an extremely important role among these fundamental social and economic rights, implicitly; the decision suggests that the standpoint of the CJEU regarding the protection of the employees is not moving into the direction of a more effective legal protection.[32]

I think that the following argument is misleading and reflects *contra legem* legal interpretation: the regulation limiting the pilots in their work designates a general standard, and the function of this standard does not essentially restrict this fundamental right. Additionally, the prohibition refers only to the employees over 65, so, this regulation does not limit the essential rights of older employees in merit.[33] Additionally, I would like to criticise the lawful proportionality of the limitation, because it is hard to judge proportionally a strict regulation without exemptions, which contains automatic prohibition. In this regard, it does not count how many people who are at least 65 are affected by this prohibition (see the above mentioned theoretical possibility of individual medical and/or professional test). On the one hand, regarding the performance and exemption of discrimination it can hardly be accepted that only a small number of people of a certain age are

[31] Dagmar Schiek, "The ECJ Decision in Mangold: A Further Twist on Effects of Directives and Constitutional Relevance of Community Equality Legislation", *Industrial Law Journal*, 3/2006, 329-341.

[32] M. Delfino, 98-99.

[33] Points 62-63 and 72-78 of the judgment C-190/16.

affected by the restriction – see the above stated in connection to art. 15 of the CFREU – and on the other hand, proportionality is not necessarily limited to deliberate necessity and appropriateness regarding the examined regulatory limitation the CJEU states in point 51 that the above mentioned system of arguments ”appears likely to strengthen rather than weaken” the proportionality of the action,[34] consequently, this way the adequacy of the regulation is questioned.

According to my opinion, this uncertainty in legal interpretation weakens the convincing strength of the exemption argument, so the most important question, namely, why is it necessary to restrict the pilots' right to work just at the age of 65 and why without exemption and deliberation, is not answered clearly. Additionally, in point 66 of the judgment it is clear that CJEU is not convinced totally that Mr. Fries and other pilots in a similar situation suffer disadvantage in the labour market, since law discloses them from performing only one profession and only at the time they are approaching the end of their career. Furthermore, this regulation causes implicit but not direct disadvantage to the employee we can also speak about the danger of indirect discrimination, even if according to the concept of the Directive the basic case definitely belongs to the conceptual circle of the direct discrimination.[35] Otherwise, these real disadvantages are proved since the employee has the possibility of continuing the employment relationship after the age of 65, unlike in the case of Mr. Fries, but the employment is refused for the period while the employment relationship is really terminated, or the employee becomes entitled to pension rights, so disadvantage may be performed even during the employment relationship.

Finally, it can be stated that in spite of the great limitation it is not sure that with the given regulation the aim – ensurement of the safe air transport protecting public security – would be achieved. The lack of examination of the individual eligibity indicates that generalisation is the only reasonable explanation for compulsary prohibition right over 65, since the Member States, the social partners, or even the employers could have possibilities to consider the relevant issues. It is important referring to the Petersen judgment,[36] since the acceptance of the necessary measure can be disregarded too, since this kind of limitation of staying in employment can be debated regarding the question of necessity and proportionality.

5. CONCLUSIONS

In my opinion, the present decision is important from two points of view. On the one hand, referring to the interpretation of the fundamental rights in the

[34] Point 51 of the judgment C-190/16.

[35] Points 29-34 of the judgment C-190/16.

[36] With reference to points 42-43 of the Advocate General's opinion for the judgment C-190/16.

CFREU, their practical appearance, and their concrete limitation expresses important consequences, and on the other hand, two fundamental workers' rights, the right to work and the prohibition of age discrimination definitely appear in it.[37] It is important to add that regarding the extent and essence of the fundamental rights the CJEU sates in the decision at several places that it is not a real limitation of any fundamental right and it does not influence the essence of the challenged fundamental rights if the abridgment applies only for a smaller group or for a narrowly interpreted type of employment relationship, similarly to the practice when the Directive 2000/78/EC was used to analyse the content of art. 21 of the CFREU. It is very substantial that the CJEU establishes a special dynamic relationship between secondary legal acts and certain articles of the CFREU.

This dynamism in interpretation in this case may result in several contradictions referring to arts. 15 and 21 of the CFREU, furthermore, the importance of this case is clear, since the CJEU seems to declare more and more definitely that the protective rules of employment discrimination based on age should be regarded as flexible and the reality of the labour market also should increasingly be accepted . Naturally, clear citation of the regulations of the public order and public security basically modulates the picture, but in general the attitude of the CJEU towards some actual facts of the labour market can be observed, e.g. obtaining pension rights, possibilities of employment in older age, access to certain professions, which stimulates the discussions. Referring to the restriction of the right to work as a fundamental social right a further question rises: can such significant and open restriction be inducted only by reasons of public order and public security or can other aspects induct it, too? If the answer is "yes", the CJEU in the future will have to pay special attention to this aspect in the context of legal protection of workers and the fundamental rights guaranteed in the CFREU.

Summing up, in the future the latter circumstances can be influenced by the new axioms of social and/or employment policy, and labour law in the framework of the EPSR as well as the new tendencies in labour law regulation and the fundamental rights of employees. However, in this potential discussion it may play an important role that another new judgment appeared in which the CJEU interpreted two fundamental rights of social – and economic – nature.

[37] Naturally, equal treatment based on age is not an exclusive right for workers but because of labour market realities – meaning the employers' negative approach to employing older people – workers are more precarious regarding age discrimination. See: T. Gyulavári, G. Kártyás, 123-124.

Др Мартон Лео Закарија, адјункт
Универзитет у Дебрецину
Правни факултет
zaccaria.marton@law.unideb.hu

Границе права на рад у контексту пресуде Суда правде Европске уније у предмету *Fries v Lufthansa CityLine GmbH*

Сажетак: *У чланку пред вама, спроведена је анализа два актуелна питања у домену социјалне политике Европске уније (у даљем тексту: ЕУ), а правни основ ове анализе тиче се фундаменталних области радног и социјалног права ЕУ. У ближој прошлости, Суд правде Европске уније (у даљем тексту: Суд) је у неколико предмета одлучивао о фундаменталним правима запослених која су утврђена у Повељи о основним правима ЕУ (у даљем тексту: Повеља). Иако је нарочито значајно то што је Суд расправљао о фундаменталним правима, пресуде у тим случајевима отварају низ питања у вези са схватањем и применом појединих права предвиђених Повељом. Премда је анализа предметних питања у овом чланку базирана на пресуди у предмету Fries v Lufthansa CityLine GmbH (број пресуде C – 190/16), њене последице превазилазе оквире само овог конкретног предмета и тичу се заправо питања (ограничења) права на рад и забране дискриминације по основу година живота у ЕУ. Питање ограничења ових фундаменталних права данас је од посебног значаја нарочито имајући у виду изазове са којима се суочава тржиште рада ЕУ. Централни предмет чланка свакако представља наведени случај Fries v Lufthansa CityLine GmbH, те је најпре дат кроки приказ овог спора који се водио пред националним судом државе чланице (Немачка), а потом је анализирана пресуда Суда у овом предмету. На крају, изнети су наши закључци у погледу значаја права на рад и једнакости у запошљавању као круцијалном сегменту овог права, а све то у контексту социјалне политике и политике запошљавања у ЕУ са посебним освртом на слободу избора занимања.*

Кључне речи: *дискриминација по основу година живота, Суд правде Европске уније, радно право, право на рад, права радника.*

Датум пријема рада: 08.08.2018.

Прегледни чланак 342.746 (439)
doi:10.5937/zrpfns52-15953

Máté Julesz, Ph.D., Scientific Researcher
University of Szeged
Medical Faculty
Insitute for Forensic Medicine
mate.julesz@freemail.hu

THE CONSTITUTIONAL RIGHT TO HEALTH IN HUNGARY

Abstract: *In Hungary, the right to health is implied in the Fundamental Law of 2011. The legal history of the constitutional right to health in Hungary dates back to 1949, although this was preceded by an earlier assumption of social human rights. The Hungarian constitutional right to health implies the most important notional elements of the human right to health. One can see that the communist type of constitutional right to health largely differs from the right to health under a democratic rule of law. The Hungarian Constitution of 1949 and the Constitution of the Democratic People's Republic of Korea currently in force reflect a 19th-century social human rights conception. In present-day Hungary, there is no room for a similar understanding. Hungary's present constitutional health law is shaped according to the needs of a society within a free market economy.*

Keywords: *the right to health, constitutional values, human rights, the Hungarian Fundamental Law of 2011, the corpus of the human right to health.*

1. COMPONENTS OF THE RIGHT TO HEALTH

When one attempts to define the components of the right to health, the first problem is that the human right to health, the constitutional right to health, and the civil law, criminal law and administrative law aspects of the right to health might cover slightly different concepts. First of all, the Hungarian constitutional right to health must be determined because it mostly derives from the human right to health. Secondly, it is clear that civil law, criminal law and administrative law aspects of the right to health have been devised to implement the constitutional right to health within the national legislation of each and every country. Horizontal legal norms must not only be defined on a constitutional level, but there must

also be horizontal legal norms on the level of civil law as well as on the level of criminal law and administrative law. Sectoral legislation usually follows the horizontal kind, though it is salient that some horizontal regulations are changed without changing sectoral regulations, and not only in Hungary. When it does not run counter to the constitutional right to health (and when the constitutional right to health is not in conflict with the human right to health), changing horizontal health regulations is not necessarily inconsistent with leaving the sectoral health regulations untouched. Both horizontal and sectoral legislation must be in harmony with the Fundamental Law of Hungary. The Hungarian constitutional right to health is not in conflict with the human right to health, so there is no such problem as criminal health law, administrative health law or civil health law being in harmony with the human right to health, but being inconsistent with a constitutional provision on the human right to health. This latter, rather theoretical problem need not be dealt with because the Hungarian Fundamental Law of 2011 implies health norms which respect human rights.

According to André Pieter den Exter, reform was not a political priority in Hungarian healthcare law, particularly in the early 1990s, a situation which he saw as undergoing a rapid shift due to the state of healthcare there (deteriorating morbidity and mortality rates, shocking quality of services, overcapacity of [human] resources, financing problems and spiralling expenditures), which led to radical systemic reforms mainly based on Western ideas of pluralist democracy and marketization; thus, 1995 saw the introduction of a ground-breaking government healthcare reform effort.[1] I believe that although Article 12(2)(d) of the UN International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (1966) declares that the right of everyone to enjoy the highest attainable standard of physical and mental health must be ensured, *inter alia*, by steps to be taken by the States Parties to furnish people with medical services and medical attention in the event of sickness, all that does not mean that healthcare services are necessarily free. The human right to healthcare is only part of the human right to health. The human right to health is, axiologically, based on the value of human health. This is an objective value, immanent in human existence. Everyone is entitled to healthcare services, though the standard of these services may vary from country to country. A certain discrepancy is generated by the fact that the value of human health is not put into practice similarly in all countries. This discrepancy causes a human rights problem on a global level. Those living in countries with an insufficient healthcare system suffer a secondary violation of their human right to health. This violation is not necessarily and not in all cases due to a hiatus in the domestic law. Most of all, simple economic factors bring about a violation of the human right to healthcare,

[1] AP den Exter, *Healthcare Law-making in Central and Eastern Europe* (Intersentia, Antwerpen 2002) 134.

and no political or civil actor is therefore answerable. Maybe the human right to healthcare expects too much. Maybe the human right to health should not include the human right to healthcare. In the latter case, it would be the task of national legislatures to define how to implement the human right to health. All this brings up the need for deregulation with regard to the human right to healthcare services.

Antal Ádám states that progress in basic rights that protect human life, dignity, justice and welfare was palpable especially after World War II – progress, as Ádám asserts, has come to a halt and should be renewed.[2] Improvements in medicine necessitate a reshaping of the basic principles of bioethics. Medical progress must be followed by the creation of new constitutional values. The right to health is one of the most developed constitutional rights, not only in Hungary, but all over the world. New constitutional values still arise in relation to the right to health and the constitution-makers have difficulty keeping pace with scientific and bioethical evolution.

It is not merely the Fundamental Law that counts from the perspective of human rights. In Hungary, constitutional rights are mostly included in the text of the Fundamental Law; however, there are theories that accept human rights values that originate from other sources of law and from soft law alike. In Hungary, the Fundamental Law is now the highest source of law. It is disputed whether the Fundamental Law is a simple legislative product, or a special source of law that could not be supervised by the Constitutional Court. The right to health is made explicit by both international law and international soft law. There is an increasing number of international sources of health law. The newly adopted international agreements on health law only become part of the human right to health if they broaden the right to health of the states parties' citizens. These international agreements must be ratified by national parliaments. The increasing number of unratified international agreements on health topics leads to an international soft health law with a heretofore unseen practical effect.

The Hungarian Fundamental Law of 2011 came into force on 1 January 2012. I believe that the human right to health is based on the value of human existence. This value is respected in various ways in various countries. The highest attainable standard of physical and mental health is contained in the adjective 'attainable', meaning that different qualities of healthcare can be attained in different countries. The highest attainable standard of physical and mental health does not cover the same standard even in the EU member states.

The Hungarian Fundamental Law of 2011 mentions the word 'health' six times:

- Article XVII, para. (3): Every employee shall have the right to working conditions which respect his or her health, safety and dignity.
- Article XX, para. (1): Everyone shall have the right to physical and mental health.

[2] A Ádám, 'Észrevételek a magyar alkotmányozáshoz' (2011) 17/1 Jura 199.

- Article XX, para. (2): Hungary shall promote the effective application of the right referred to in para. (1) with an agriculture free of genetically modified organisms, by ensuring access to healthy food and drinking water, by ensuring safety in the workplace and the provision of healthcare, by supporting sport and regular physical exercise and by ensuring protection of the environment.
- Article XXI, para. (1): Hungary shall recognise and enforce the right of everyone to a healthy environment.
- Article XXII, para. (3): In order to protect public order, public safety, public health and cultural values, an Act or a local government decree may, with respect to a specific part of public space, provide that residing in a public space as a habitual dwelling shall be illegal.

We can see in the Fundamental Law of Hungary that work health is stressed and precedes food health, sport and the right to a healthy environment, though this latter right is also accentuated. An interesting aspect of the human right to health is expressed in Article XXII, para. (3), which considers vagrancy, considered an infraction in many Western European countries, as an illegal act that violates public health *inter alia*. Besides this special aspect of the constitutional right to health, all the other aspects are more or less similarly included in Western European constitutions. Vagrancy, which is considered deleterious to Hungarian society, is counterbalanced by the human right to housing in Article XXII, paras. (2) and (3). The human right to housing is only put into practice in the affluent world. From this aspect, the Hungarian Fundamental Law of 2011 has taken a step closer to the human rights situation in the developed world.

It is dogmatically important to differentiate the human right to sport from the human right to regular physical exercise because this differentiation did not figure in the text of the former Hungarian constitution. The Fundamental Law of 2011 underlines that it is not solely the right to regular physical exercise, but also the right to professional and non-professional sporting activities that represent constitutional rights among individuals in Hungary. The right to health is ensured both by regular physical exercise and by sport. The dogmatic difference is postulated by the Hungarian Act on Sport. Sport as a constitutional right is fairly unique in the world of law. Generally, the right to regular physical activity is recognised as a constitutional right, although sport is not a global value, despite the globally acknowledged Olympic spirit. Sport is often centred on competition and financial sponsorship, which are associated with the negative side-effects represented by classical and financial doping. Most countries do not raise sport to the level of human rights. The Hungarian Fundamental Law of 2011 stresses the importance of sport, which might be an allusion to the Hungarian sporting tradition. All in all, this new institution in the Hungarian Fundamental Law is a positive phenomenon, since broadening the scope of human rights by including sport cannot be

interpreted as a devolution. This is so even if sport is rather a socially inclusive activity than a healthy one. The social inclusion is as an important axiological value as the right of individuals to health; however, social inclusion is somewhat distanced from the human right to health. Otherwise examined, social inclusion can further the right to health, though not directly via the promotion of sport. In the current professional literature, we can read as follows: 'Up until the end of 1990s, thanks to a process of secondary socialization, doping practices in professional cycling were widespread and largely legitimated by the riders.'[3] 'The prevalence of substance use in sports settings might be under-represented in extant literature.'[4] 'In Sweden, but also internationally, official regimes and public health organizations conduct fairly comprehensive antidoping measures. As a consequence, numerous new ways to learn about and access these types of drugs have emerged. Social media and different internet forums have become part of a new self-help culture in which people can anonymously approach these substances, discuss their experiences of using them and minimize the possibility of encounters with the police.'[5]

2. THE *CORPUS* OF THE HUMAN RIGHT TO HEALTH

Antal Ádám conceives of human life and health as values that had existed before they were constitutionalized.[6] This is undoubtedly right. The right to health can be ensured not solely, but also by positive law. Though, the role of natural law cannot be ignored.[7] Since positive law can vary from country to country, it is difficult to define a global legal concept of the human right to health. Even if we take natural law into consideration, it would be difficult, though not impossible, to arrive at a global outcome. All that results in a plurality of values which leads to a plurality of national health laws. The true importance is hidden in this plurality because the plurality of values and legal products ensures comparable legislation in different countries. The similar and different traits of national health legislation render the human right to health complex. The value of human health is reflected by this complexity. A human right must be expressed in a way that makes it valid in all legal cultures throughout the world. The specific national regulations must respect the human right to health, which does not mean that all

[3] B Fincoeur et al., 'Communitarian policies in relation to doping markets. The evolution of the distribution of doping products in cycling' (2014) 38 Déviance et Société 3–27.

[4] LA de Grace et al., 'Exploring the role of sport in the development of substance addiction' (2017) 28 Psychology of Sport and Exercise 46–57.

[5] J Andreasson et al., 'Online doping. The new self-help culture of ethnopharmacology' (2016) 19 Sport in Society 957–972.

[6] A Ádám, 'Az alkotmányi értékek értelmezéséről' (2010) 16/2 Jura 117.

[7] See also: J Szalma, 'Természetjog és polgári jogi kodifikáció', (2003) 50 Magyar Jog 129-139.

the details must be very similar. What is above these different national regulatory specificities is the *corpus* of the human right to health. In my opinion, the true content of the human right to health consists of two levels:

- one is the *corpus* of the global human right to health that can be defined by applying the *lex parsimoniae* and by considering the common characteristics of national health laws;
- the other level is the national level of the right to health which includes constitutional types of legal norms as well as special administrative, civil and criminal legal norms.

In most countries, the human right to health is not entirely covered by the national constitution. The administrative healthcare law cannot run counter to the national constitutional regulations, though it is usually allowed to widen the scope of the right to health by parliamentary legislation and governmental regulation. In properly functioning market economies, the lawmakers of the governing party (or parties) are eager to make healthcare services cheaper for citizens than they were before. Making certain healthcare services cheaper than before does not necessarily mean that the level of health of the citizens concerned improves in this way. This rather economic type of legislation is more palpable than any other. In present-day market economies, we may sometimes assist in interventions that curtail a former right to free healthcare services. These negative interventions are neither in the political interests of the governing parties, nor in the interests of the citizens concerned, so making people pay for what was free of charge before usually brings no benefit. In Hungary, this is illustrated by the referendum on the healthcare visit fee in 2008. In the USA, the debate on the withdrawal of Obamacare is also causing political harm to the governing party. In the USA, according to Hall, 'regarding constitutional rights, courts have had limited opportunity to intervene because, outside of specially protected areas such as reproduction, constitutional law gives government wide discretion to define health and safety goals and methods.'[8] In Hungary, we can promote judicial practice that is activist, though mainly in the area of damages and punitive damages in civil liability for health-related injuries, and never overriding constitutional rights.

3. THE RIGHT TO HEALTH OF NATIONAL AND SEXUAL MINORITIES

The Preamble to the Constitution of the World Health Organization (1946) declares as follows: 'The enjoyment of the highest attainable standard of health is

[8] MA Hall, 'The role of courts in shaping health equity' (2017) 42 Journal of Health Politics, Policy and Law 749–770.

one of the fundamental rights of every human being without distinction of race, religion, political belief, economic or social condition.' According to Article 5(e)(IV) of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (1965), under the auspices of the UN, 'States Parties undertake to prohibit and to eliminate racial discrimination in all its forms and to guarantee the right of everyone, without distinction as to race, colour, or national or ethnic origin, to equality before the law, notably in the enjoyment of, *inter alia*, the right to public health, medical care, social security and social services.' Negative discrimination against patients in the healthcare system is a current problem not only in developing countries, but also in developed ones with a democratic rule of law. Negative discrimination runs counter to constitutional values in market democracies and is deleterious to legal certainty. In some developing countries, negative discrimination against patients in the healthcare system can be traced back to the lack of appropriate legal regulations. In market democracies, the discrepancy represented by a mostly latent negative discrimination constitutes a system error. This system error could be eliminated by means of greater control by law enforcement and civil society over the provision of healthcare. The problem of minorities' right to health often emerges in post-socialist Eastern European countries. According to Salioska et al., 'Roma in Macedonia suffer from dire health consequences due to economic factors, such as high rates of unemployment and poverty, and social factors, including discrimination by medical providers. Although Macedonia administers a public healthcare system for its citizens, Roma frequently lack access to this system in contravention of the rights to health and equality enshrined in Macedonia's constitution and international law.'[9] This kind of anomie in the implementation of the international human right to health is typical not only in Macedonia, but also in Hungary, Romania, Bulgaria and other Eastern European member states of the European Union, which also experience this hiatus in the law.

In Hungary, data on the health status of individuals and on the fact that those concerned belong to a certain minority are sensitive and can thus be collected and published only if permitted by those particular individuals. That is why we cannot gain an insight into the quality of the right to health of the Roma and other minorities. However, in the case of medical research, the practice is more lenient, thus providing some information about the health status of the Roma minority. This source of information suggests that, in Hungary, the quality of the right to health of the Roma minority is as poor as it is in other Eastern European countries. Data protection regulations devised to safeguard the privacy of minorities might conceal minorities' social problems, including problems with access to healthcare.

[9] N Salioska et al., 'Advancing human rights in patient care of Roma: access to health insurance in Macedonia' (2017) 38 Public Health Reviews, DOI: 10.1186/s40985-017-0064-5.

Another side of the healthcare problem among minorities is negative discrimination against sexual and gender minorities. It is not only national minorities, but also sexual and gender minorities that are unable to exercise their right to health in everyday practice. Negative discrimination against sexual minorities is more common in the developing world than in post-socialist Eastern European countries. According to Muller, 'Although the South African constitution guarantees sexual and gender minority people the right to non-discrimination and the right to access to healthcare, homo- and transphobia in society abound. […] Sexual orientation and gender identity are important categories of analysis of health equity and lead to disparities. Discriminatory and prejudicial attitudes by healthcare providers, combined with a lack of competency and knowledge are key reasons for these disparities in South Africa.'[10] While national minorities (particularly the Roma minority) still lack the right to health in Eastern European countries, a similar negative discrimination against sexual and gender minorities is little by little vanishing from the Eastern European member states of the Council of Europe. As a result of the application of European law, transsexuals and other sexual minorities do not suffer from significantly more negative discrimination in the healthcare system than majority citizens. This is one of the positive outcomes of the legislative and regulatory measures taken to bring about a congruent system of social rights within Europe.

According to Article 12(1) of the UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (1979), 'States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in the field of healthcare in order to ensure, on a basis of equality of men and women, access to healthcare services […].' This UN postulate was put into practice within the European Union and in North America, though there are a great many countries in the world where such sexual discrimination in the application of the domestically constitutionalized right to health represents a real, existing lack of legal certainty. It is thus insufficient to constitutionalize everyone's right to health. This right only becomes a functioning constitutional right when actually applied.

4. THE RIGHT TO HEALTHY WORKING CONDITIONS

According to Article 3 of the European Social Charter, revised in 1996, under the auspices of the Council of Europe, 'With a view to ensuring the effective exercise of the right to safe and healthy working conditions, the States Parties undertake to formulate, implement and periodically review a coherent national policy on occupational safety, occupational health and working environment. The

[10] A Muller, 'Scrambling for access: availability, accessibility, acceptability and quality of healthcare for lesbian, gay, bisexual and transgender people in South Africa' (2017) 17 BMC International Health and Human Rights, Article No. 16.

primary aim of this policy shall be to improve occupational safety and health and to prevent accidents and injury to health arising out of, linked with or occurring in the course of work, particularly by minimizing the causes of hazards inherent in the working environment.' In the Hungarian legal system, work health and safety at work are subdomains of occupational safety and health. Work health includes occupational health and work hygiene. In the Fundamental Law of Hungary, the constitutional right to safety at work and the constitutional right to work health are postulated under Articles XVII and XX alike. Work hygiene and occupational health, the two subdomains of work health, are not mentioned *expressis verbis* in the Fundamental Law of Hungary, certainly because legislators did not find it important to enter into details regulated at the level of Acts of Parliament. These two rights are derived from the constitutional right to work health, thus leaving no constitutional hiatus. The concept of 'the right to healthy working conditions' *stricto sensu* covers work hygiene. According to Article XVII, para. (3), of the Hungarian Fundamental Law, 'Every employee shall have the right to working conditions which respect his or her health, safety and dignity.' Thus, the Fundamental Law expands the denotative meaning of 'the right to healthy working conditions' and considers work hygiene as a means to ensure not only work health, but also safety at work and the human right to dignity. This last component, the human right to dignity, is a personal right with various links to the right to health on the level of constitutional personal rights.

EU member states seem to form an élite group within Europe, and not only in the field of social rights. Article 35 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union declares as follows: 'Everyone has the right to access to preventive healthcare and the right to benefit from medical treatment under the conditions established by national laws and practices. A high level of human health protection shall be ensured in the definition and implementation of all the Union's policies and activities.' Articles 31 and 32 of the Charter declare everyone's right to healthy working conditions.

It is clear that EU member states are supranationally pushed to legislate on health law and to make healthcare services accessible for their citizens. The Charter does not provide that everyone has the right to healthcare services for free, though the spirit of the Charter urges EU member states not to leave their citizens without appropriate medical care just because they cannot pay for treatment.

In market economies, making all healthcare services free of charge would be counter-productive, so there is no room for such a legal norm in the EU Charter of Fundamental Rights. The Charter leaves it to EU member states to constitutionalize the principle of healthcare services as being free of charge or not. This principle is not considered as a supranational constitutional principle within the EU. Furthermore, there was no totally cost-free healthcare system during the two decades of the social market economy in Hungary (1989–2011).

As to the right to healthy working conditions, it is rather a matter of economic human rights than one of social human rights. This human right is that of the employees, and to be employed is an economic question, not a social one. However, the right to healthy working conditions is a human right of a dual character:

- it has an economic purport and
- it also has a certain social purport.

The economic purport is that holders of financial capital are only allowed to employ persons without financial capital sufficient to live on if they can offer them working conditions which do not infringe on their right to health. The social purport is that employees' right to health is equal to the right to health of all individuals, including those who are not employed because (a) they have sufficient financial capital to live on, (b) they are already retired or (c) they cannot be employed for any other reason.

A need for legal protection of the employed dates back to ancient times. The quality of healthy working conditions was, for centuries, not an important factor in the economic functioning of the state. Healthy working conditions as a human right only emerged in the 19th century, and, in most countries in the developing world as well as in some countries in the so-called developed world, this human right is still lacking because the economic functioning of the state predominates over respect for social human rights. Unhealthy working conditions can be detected in some Eastern European countries. Absent social and economic ethics, solely positive law is not sufficient to ensure healthy working conditions. The lack of a proper ethical approach among employers hinders the proper functioning of the law. All that cannot be blamed on the rules of the market economy. The market economy malfunctions in countries where social rights, such as the right to healthy working conditions, suffer from an axiological deficit. A constitutionalized human right must be respected by all actors in a market economy. No economic actor is legally allowed to disregard any constitutional value. For example, Section 35 of the Washington State Constitution declares that 'the legislature shall pass necessary laws for the protection of persons working in mines, factories and other employments dangerous to life or deleterious to health'. The word 'health' occurs ten times in that constitution.

The human right to health correlates with the human right to life. In the USA, according to Hood, there was 'a shift in the nature of professional expertise dominating the federal bureaucracy during the 1970s and 1980s, as changing conceptions of health and safety regulation during this period gave academic economists the opportunity to make new claims about the exclusive authority of microeconomic theory for understanding the economic value of life in federal planning. […] Pricing human life results not only from the renegotiation of moral boundaries around the economic logic of the market, but also from the reorgani-

zation of expert authority and the consolidation of scientific expertise around both the meaning and the measurement of value.'[11]

According to Article 11(1)(f) of the UN Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (1979), 'States Parties shall ensure, on a basis of equality of men and women, the same rights, in particular, *inter alia*, the right to protection of health and to safety in working conditions, including the safeguarding of the function of reproduction.' This topic seems to be a historical one in the European Union and in North America, though the hiatus of it is an extant source of social injustice in many developing countries and it erodes the human right to healthy working conditions, even if, in theory, this right is domestically constitutionalized.

5. THE RIGHT TO A HEALTHY ENVIRONMENT

Integration of European health law has long been more visible in EU member states than in other European states. This phenomenon is due to European Union legislation, which is (not only) socially more sensitive and more integrative than that of other European international organizations. However, in 2006, in the case of *Marangopoulos Foundation for Human Rights v Greece*, the European Committee of Social Rights explicitly recognised the 'right to a healthy environment' as embodied in the right to health under the European Convention on Human Rights.[12] Similarly, according to Cohen, 'Amending the Washington State Constitution to include a positive right to a healthy environment would not be a radical departure from current policy.'[13] There is an apparent hiatus in the law of some economically developed and legally democratic states. Globally, it is still questionable whether the right to a healthy environment really should be constitutionalized or if it is unnecessary.[14] Natural law may suffice without legislation; however, positive law is indisputably a sure way to provide legal certainty.

Article XX of the Fundamental Law of Hungary asserts that the protection of the environment is a constitutional value that promotes everyone's right to physi-

[11] K Hood, 'The science of value: economic expertise and the valuation of human life in US federal regulatory agencies' (2017) 47 Social Studies of Science 441–465.

[12] M Trilsch, 'European Committee of Social Rights: the right to a healthy environment' (2009) 7 International Journal of Constitutional Law 530.

[13] DR Cohen, 'Forever evergreen: amending the Washington State Constitution for a healthy environment' (2015) 90 Washington Law Review 349–404.

[14] On the right to a healthy environment and sustainable development in the Republic of Serbia: D. Popov, Načela zaštite životne sredine u dokumentima Ujedinjenih nacija, Evropske unije i Zakona o zaštiti životne sredine Republike Srbije, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu,* 2/2013, 139-145.

cal and mental health.[15] The role of environmental protection is also stressed in Article XXI, which postulates everyone's right to a healthy environment. The constitutional right to a healthy environment is based on the value of human health. This value is specified in the Hungarian Act on Health. In contrast, protection of the environment, which also promotes human health, is specified within the Hungarian Act on Environmental Protection. The difference can be explained with the dogmatic approach. The protection of the environment puts an accent on the environment, which is an objective value. All people should respect this objective value to preserve the environment for future generations. The value of a healthy environment is a subjective value with a content that varies from one individual to another. A healthy environment does not necessarily mean the same for all individuals. For example, a person with asthma needs an environment that differs from that of an otherwise healthy person. The concept of a healthy environment may contain various semantic elements, thus making the value of a healthy environment a subjective value. However, this value is represented by everyone's constitutional right to a healthy environment. This means that the Hungarian state ensures a healthy environment for all, even if this constitutional norm might place a serious burden on the state of Hungary. This is theoretically good, but might result in situations in which the state cannot fulfil its task to provide a healthy environment.

The protection of environmental elements is an objective value, though it is not restricted to the human environment: natural values, such as animal rights, nature conservation and the protection of flora are also parts of the protection of environmental elements. The protection of the built environment is solely in the interests of human beings. The protection of the natural environment is partly in the interests of human beings and partly in the interests of the flora and fauna. All that is regarded from the aspect of human rights, which means that the protection of the environment is an objective human value. From a human rights perspective, this is correct; however, it seems to be incorrect from an environmentalist viewpoint. One does not have to be an eco-anarchist to accept that, besides human rights, animals and plants should also be protected by law. The wording of the Hungarian Fundamental Law considers the human right to a healthy environment as a constitutional value, while the flora and fauna enjoy an indirect constitutional protection (under Article P). All this derives from the legal standpoint that plants and animals are not persons. It is true that the new Hungarian Civil Code as well as the Austrian, German and Swiss Civil Codes declare that animals are not simply chattel. The Criminal Codes of these countries furnish animals with legal protection against torture. Although animals are understood

[15] See also: J Szalma, 'Magyarország Alaptörvényéről', (2011) 58 Magyar Jog 641-650. See also: G Horváth, 'The renewed constitutional level of environmental law in Hungary', (2015) 56 Acta Juridica Hungarica, 302-316. See also: A Dudás, 'Nacela politike zastite zivotne sredine u pravu Evropske unije', (2013) 47 Zbornik Radova Pravni Fakultet (Novi Sad) 377-390.

to be sensitive living beings in the law of most developed countries, the law provides that animals are mere objects with constitutional protection. Hungarian constitutional law does not regard animals as sensitive living beings, thus falling behind the Hungarian civil law and criminal law. This reluctance in Hungarian constitutional law seems inexplicable and leaves a dogmatic lacuna in Hungarian law. This phenomenon highlights the fact that it is social and scientific development that pushes forward legal development rather than the inverse.

Nowadays, such legal disputes as those between tobacco companies and states with national anti-tobacco legislation invoke economic considerations of the social human right to health. In many countries, tobacco companies tend to dispute national anti-tobacco legislation *sub judice*. The countries concerned attempt to develop the reasoning that all those legislative products promote the international human right to health, as well as the national constitutional right to health.[16] The observation must be made that tobacco companies mostly wish to protect their economic interests and that the social right to health is becoming deteriorated by the overwhelming economic interests of those companies and by the domestic legislation that endeavours to ensure a free market economy.

6. THE CORRELATION OF THE RIGHT TO HEALTH WITH THE RIGHT TO DIE

The right to life and the right to human dignity are interrelated. The question arises whether the human right to health is also related to the right to human dignity. According to the major current European judicial interpretation, there is always dignity in human life – whether healthy or unhealthy. I believe that that there is less dignity in impaired human health. When it comes to a life with damaged health, one might speak of a life without dignity. In those countries, where the active form of euthanasia or at least the institution of physician-assisted suicide is legal, if a person with impaired health arrives at a life without dignity, this person is allowed to put an end to their life.[17] The legal preconditions to exercise the right to die are determined by law.[18] In Europe and America, this right is assigned to citizens of an increasing number of states. This legislative tendency shows that not all human lives are marked by human dignity, but only those which are associated with a 'healthy' character. It would be a slippery slope

[16] EU Petersmann, 'How to reconcile health law and economic law with human rights? Administration of justice in tobacco control disputes' (2015) 10 Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy 27–28.

[17] M Julesz, 'Active euthanasia, or assisted suicide?' (2016) 157 Orvosi Hetilap 1595–1600.

[18] More on ethical dillemas tied to euthanasia: D. Simović, B. Simeunović-Patić, Eutanasija i etičke dileme – ljudsko dostojanstvo naspram svetosti života, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2017, 317-336.

to assert that all unhealthy lives lack dignity. According to the Hungarian Fundamental Law, two interpretations may arise:

- one is that persons who live an unhealthy life should be allowed to enjoy at least physician-assisted suicide as a healthcare service covered by social security;
- the other is that no sick person may be aided in engaging in an act of suicide and no physician is allowed to engage in an act of killing a patient.

Since the Fundamental Law of Hungary neither explicitly recognises the right to die as a constitutional right, nor does it prohibit it, Hungarian constitutional law does not consider it as a constitutional value. The lack of an *expressis verbis* prohibition of the right to die leaves room for future legalisation (i.e. the right to active euthanasia or physician-assisted suicide). The global human right to health does not necessarily imply the right to die when the health of an individual is impaired to the point of lacking dignity. National legislators are free to grant citizens the right to die or not. In most countries in Europe and North America, the institution of passive euthanasia is legal. This is a first step toward legalising all forms of the right to die. If we take the USA, for example, it has been a long journey to the current legalisation of physician-assisted suicide there – and this only applies in six American states and in Washington DC.[19] It seems difficult to accept that an unhealthy life may lack dignity for certain citizens and that it is not unconstitutional to allow those citizens to opt for the right to die. According to Ganzini, 'Concerns that legalisation would undermine the development of palliative care and be disproportionately utilised by patients unable to access good end of life care have been unfounded.'[20] According to Quill, 'Palliative care and hospice should be the standards of care for all terminally ill patients. The first place for clinicians to go when responding to a request for assisted death is to ensure the adequacy of palliative interventions. Although such interventions are generally effective, a small percentage of patients will suffer intolerably despite receiving state-of-the-art palliative care, and a few of these patients will request a physician-assisted death.'[21] According to Stronegger et al., 'In most European countries, the attitudes regarding the acceptability of active euthanasia have clearly changed in the population since World War II. […] Ethical convictions of medical doctors seem to fall back behind a higher valuation of the autonomy of the patient.'[22]

The danger of the slippery slope emerges when mentally ill persons are allowed to opt for active euthanasia or physician-assisted suicide. This slippery slope can be avoided if the right to active euthanasia or physician-assisted suicide

[19] M Julesz, 'Active euthanasia in Colombia and assisted suicide in California' (2016) 157 Orvosi Hetilap 174–179.

[20] L Ganzini, 'Legalised physician-assisted death in Oregon' (2016) 16 QUT Law Review 76–83.

[21] TE Quill, 'Physicians should assist in suicide when it is appropriate' (2012) 40 Journal of Law, Medicine and Ethics 57–65.

[22] WJ Stronegger et al., 'Changing attitudes towards euthanasia among medical students in Austria' (2011) 37 Journal of Medical Ethics 227–229.

is only granted to those mentally ill persons with legal capacity. For example, chronic depression does not necessarily make the patient legally incapable, though it certainly causes unbearable suffering. All this reasoning is based on legal dogmatics, which defines the right to health as the right to physical and mental health. The right to mental health can also be related to the right to die, though a much more attentive examination of each and every case is necessitated than in the case of impaired physical health.

The right to health and the right to die are clearly related to each other. The strength of this relationship depends on the particular position held by legal scholars. One may state that this relationship is weakened by religious or ethical aspects. Others may assert that the plurality of religious and ethical values brings about a fairly strong relationship between the right to health and the right to die. Without bias, I can accept both the theory of a strong correlation, fortified by religious indulgence and permissive ethics, and the theory of a weak correlation. It is the task of national legislators to decide which theory to opt for. At any rate, a legislative product that legalises the right to die must be constitutionally well-founded. It is not sufficient to declare that the right to die is not unconstitutional.

In the Hungarian legal system, the right to health is ensured by the state and it is also an obligation of each and every citizen to protect their own and each other's health (Act on Health, Section 5); however, there is merely a weak correlation between the right to health and the right to die. This weak correlation is represented by the right to passive euthanasia. The legal institution of passive euthanasia dates back two decades in Hungary. It is still a long road to the legalisation of active euthanasia and physician-assisted suicide. In 2003, a member of the Hungarian Constitutional Court issued an opinion to the effect that it is not the task of the Constitutional Court to decide on the legalisation of the right to die and that this legal institution is not unconditionally unconstitutional (Parallel opinion issued by András Holló, Judgment of 28 April 2003 of the Constitutional Court of Hungary, No. 22/2003).

I believe that in Hungary, if we look far into the future, a possible legalisation of active euthanasia and physician-assisted suicide should be preceded by an amendment to the Fundamental Law. This is my opinion, even if in practice it means that the right to die cannot be expanded soon. The constitutional right to health may be interpreted in many ways, except for curtailing citizens' existing liberties. The institutions of active euthanasia and physician-assisted suicide would not curtail citizens' liberties; however, tangible religious and ethical objections necessitate the precise drafting of an amendment to the Fundamental Law of Hungary before launching a legislative process.

According to Biggs, 'In England and Wales, assisted suicide remains prohibited by the Suicide Act 1961, as amended by the Coroners and Justice Act 2009, Section 59, and euthanasia is regarded as homicide under common law. The Suicide Act 1961 was introduced largely to abrogate the rule of law whereby it is a

crime to commit suicide (Suicide Act 1961, Section 1). Prior to that, suicide was regarded as self-murder and a person who attempted suicide could be prosecuted.'[23] The decriminalization of suicide was a huge step toward widening the right to self-determination of sick persons, not only in England and Wales, but also in Hungary and in other countries with appropriate legislation. The right to suicide among sick persons still does not encompass aiding patients in the act of suicide. An unhealthy life may be a valuable life. Should patients really obtain the right to commit suicide? In England and Wales, as well as in Hungary, the answer is yes. Should patients receive assistance in the act of suicide? In England and Wales, as well as in Hungary, the answer of the legislators is at present no. Could this answer be changed? The response is an uncertain yes because suicide and assisted suicide should not be the primary reactions of patients to the prospect of an unhealthy life, even if this life involves suffering and the end of life is near. In the Preamble to the Constitution of the World Health Organization (1946), we read that 'health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity'. This assertion might theoretically serve to enlarge the right to die to include cases in which lack of good health is based not on a physical or mental illness, but rather on a very low standard of living. I believe that this theory should not be used to legalise any form of the right to die. Low socio-economic well-being should not serve as a reason to legalise euthanasia or assisted suicide.

7. PLAY ON WORDS AND UNCONSTITUTIONAL REALITY

The right to health is a constitutional right not only in developed democracies, but also in countries such as North Korea. Article 57 of that country's Constitution declares the people's constitutional right to a hygienic environment and working conditions. Article 43 declares that 'the state shall put the principles of socialist education into practice and raise the new generation to be […] morally sound and physically healthy'. Article 56 declares that 'the state shall consolidate and develop the system of universal free medical service, and consolidates the district doctor system and the system of preventive medicine to protect people's life and improve working people's health'. These postulates recall the era of 1950s Hungary. The right to health was a constitutional right according to Article 47 of the country's Constitution of 1949: 'The People's Republic of Hungary protects the working people's health and takes care of the unemployed. The People's Republic of Hungary ensures this protection by organizing social security and by providing healthcare.'

[23] H Biggs, 'From dispassionate law to compassionate outcomes in healthcare law, or not' (2017) 13 International Journal of Law in Context 179.

This resemblance between the text of North Korea's Constitution in effect and that of the Constitution of the People's Republic of Hungary is due to the historical fact that communism was theoretically built on the legitimating power of the working people. Like that of communist North Korea today, the first aim of communist Hungary was to protect 'the health of the working people'. This is a human rights conception taken from the late 19th century. The other side of the coin is that the historical facts show that the health of working people was fairly poor in communist Hungary, just as it is in communist North Korea today. Thus, the mere declaration of the protection of working people's health does not result in a properly functioning healthcare system; in fact, working people's health remains below globally accepted standards in the latter country. Also, theoretically, one might assert that the highest attainable level of health in a particular country relates to that very country, and, thus, the Democratic People's Republic of Korea fulfils its constitutional task to ensure a healthcare system which can be locally attained as a maximum. This is, of course, a play on words. The historical perspective makes it clear for the reader that a precisely worded Constitution is insufficient to ensure human rights in practice. According to the Preamble to the Constitution of the World Health Organization (1946), 'Unequal development in different countries in the promotion of health and control of disease, especially communicable disease, is a common danger.' According to Article II of the WHO Declaration of Alma-Ata (1978), 'The existing gross inequality in health status of the people particularly between developed and developing countries as well as within countries is politically, socially and economically unacceptable and is, therefore, of common concern to all countries.' From the aspect of the history of the human right to health, Article V of this declaration is, by and large, of outstanding relevance: 'Governments have a responsibility for the health of their people which can be fulfilled only by the provision of adequate health and social measures. The main social target of governments, international organizations and the whole world community in the coming decades should be the attainment by all peoples of the world by the year 2000 of a level of health that will permit them to lead a socially and economically productive life.'

The right to health was not a human right before the emergence of the principle of democratic equality. 'Working people' could not purchase good healthcare services, so they became useless to employers as well as to the state when they fell ill. In the 19th and 20th centuries, this was one of the screaming injustices to be eradicated. There are examples in legal history of trials that attempted to put a halt to this source of inequality. One cannot predict whether the human right to health will ever be put into practice throughout the world. Indeed, the evolution of the right to health is correlated with the axiological development of each and every country. Thus, the quality of the right to health is highly dependent on the ruling political system, not to mention economic resources.

Др Мате Јулес, научни истраживач
Универзитет у Сегедину
Медицински факултет
Институт за судску медицину
mate.julesz@freemail.hu

Уставно право на здравље у Мађарској

Сажетак: *У Мађарској, право на здравље претпостављено је Основним законом из 2011. године. Правна историја уставног права на здравље у Мађарској датира из 1949. године, иако је томе претходила ранија претпоставка о социјалним људским правима. Мађарско уставно право на здравље претпоставља најважније номиналне елементе људског права на здравље. Може се приметити да се комунистички тип уставног права на здравље у великој мери разликује од права на здравље унутар демократске владавине права. Мађарски устав из 1949. године и Устав Демократске Републике Кореје тренутно на снази рефлектују концепцију социјалних људских права деветнаестог века. У Мађарској данас нема простора за слично разумевање. Садашње мађарско уставно право на здравље је обликовано према потребама друштва у оквиру слободне тржишне економије.*

Кључне речи*: право на здравље, уставне вредности, људска права, Мађарски Основни закон из 2011. године, корпус људског права на здравље.*

Датум пријема рада: 09.12.2017.

ОДЕЉАК ЗА СТУДЕНТЕ

Прегледни чланак 341.231.1:504
doi:10.5937/zrpfns52-17811

Gordana N. Preradović, LL.M., Ph.D. Student
University of Banja Luka
Faculty of Law Banja Luka
preradovic.goga@gmail.com

THE INTERNATIONAL LEGAL RESPONSIBILITY OF STATES FOR CLIMATE CHANGE

Abstract: *Climate change has far-reaching adverse consequences on ecosystems, human lives and health as well as on economic progress, so the question arises whether the state is resposible for climate change and its adverse effects or whether relevant international documents dealing with climate change (UN Framework Convention on Climate Change, Kyoto Protocol and Paris Agreement) should prescribe and define responsibility of a state (or more states) for climate change and its adverse effects which occur due to non-compliance with obligations assumed by the above-mentioned international documents. In the climate change context the primary obligation of the state is to reduce its greenhouse gass emission and thus to protect the atmosphere as the common good of all mankind. Recently increasing attention has been paid to adaptation to the adverse effects of climate change and to obligations of developed countries to assist the least developed countries and developing countries, which are at the same time the most vulnerable to the adverse effects of the climate change, when financing and implementing adaptation measures. The paper also analyzes the grounds and elements of general international liability of states for wrongful acts, as well as international customary rules – no-harm rule and due diligence standard of a country's behavior, as sources of the international resposibility of countries that violate these customary legal rules.*

Keywords: *climate change, international state responsibility, compliance mechanism.*

1. INTRODUCTION

The report from the Intergovernmental Panel on Climate Change (Intergovernmental Panel on Climate Change, hereinafter referred to as IPCC)[1] clearly

[1] Web page of IPCC: *http://www.ipcc.ch/*, 15/ 3/ 2018

[2] Climate Change 2014 – Synthesis Report – Summary for Policymakers, *http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/AR5_SYR_FINAL_SPM.pdf*, 07/ 4/2018 – The warming of the

shows the extent of damages occurring in regions around the world caused by climate change. IPCC has reported that the claims of changes in the climate system are based on the following independent evidence: the atmosphere and oceans have warmed the amount of snow and ice has decreased, the mean global sea level has increased, the concentration of greenhouse gases has risen. The report also warns of continued greenhouse gas emissions that cause further warming and changes in all components of the climate system. Limiting climate change requires a significant and permanent reduction of greenhouse gas emission.[2]

The first part of this article deals with general responsibility of states for violations of international law and about the elements of this responsibility. The second part analyses and explores whether international law has the capacity to deal with complex situations such as the defining international responsibility for climate change and damages caused by climate change, through the analysis of the relevant provisions of the UN Framework Convention on Climate Change. The third part elaborates the mechanism of compliance with the obligations laid down in the Kyoto Protocol which serves as a model of action in matters of state responsibility in the field of climate change. The fourth part gives a chronological overview of the concept of "climate damage" in the negotiations on climate change after the Kyoto Protocol through the documents adopted at the sessions of the Conference of the Parties, including the Paris Agreement. The fifth part analyses international customary law rules that are the basis of states' responsibility for climate change, primarily the no-harm rule and the concept of due diligence. The sixth part states final conclusions reached after conducting analyses.

The possibility of establishing states' responsibility for damages due to climate change in terms of violation of fundamental human rights is an issue that is beyond the scope of this article, but it is very challenging and worth studying since the harmful effects of climate change affect some of the basic human rights of people around the world, especially disadvantaged and vulnerable groups, who

climate system is clear-cut, says the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change, while the reconstruction of the Earth's surface temperature over the past 1500 years suggests that the recent warming is unprecedented during this period, which leads to a drastic difference in the rate of change.

[2] The key problem is, precisely, the rate of change that can exceed our ability to adapt. See Christina Voigt, "State responsibility for Climate Change damages", *Nordic Journal of International Law*, vol. 77, 1-2/2008, 2. – Small island states are particularly vulnerable to the effects of climate change, as rising sea levels and extreme weather events lead to the damage and destruction of vital infrastructure and devices that make life easier for the island's communities. There is a huge number of people on the African continent who are exposed to increased water scarcity due to climate change (780 million people lack access to healthy water sources, and it is estimated that one third of the world's population lacks adequate sanitation). According to the World Health Organisation, every day around 3,900 children die due to the use of dirty water and poor hygiene. Every year 3,41 million people die from lack of water, sanitation and poor hygiene. Sources: *http://blueplanetnetwork.org/water/* and *http://www.un.org/waterforlifedecade/background.shtml*, 22/ 5/ 2018

have not contributed to these changes and have the least capacity to adapt. In this context, the concern for protecting the basic human rights is also the fight against climate change and its adverse consequences.[3]

2. RESPONSIBILITIES OF STATES FOR INTERNATIONALLY WRONGFUL ACTS

The International Law Commission codified the general rules of international responsibilities of states in the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (hereinafter referred to as the Draft).[4] In order to determine the responsibility of a State, it must be confirmed that the State has committed a wrongful act. The secondary rules of a State's responsibility are applicable only if the conduct of a State constitutes a breach of primary international obligations.[5] International Court of Justice has applied the principle under Article 1 of the Draft in numerous cases, advisory opinions on reparation for damage as well as in the interpretation of treaties.[6] Arbitral tribunals have also confirmed this principle on several occasions.[7] It is obvious that, much earlier before or after the International Law Commission has formulated Article 1 of the Draft, there has always been a widely recognised principle that every wrongful act of a State entails international responsibility.[8] There are different opinions on the issue of

[3] Rodoljub Etinski, "Climate change and changes in the international order," Climate change – Legal and Economic Challenges, Yearbook, editor Stevan Lilić, *Faculty of Law of the University in Belgrade* Centre for Publishing and Informing, 2011, 78 – 81. See Bojan Tubić, "Access to the 'international justice' (Jurisdiction of international courts) in the field of environmental protection", *Yearbook of the Law Faculty in Novi Sad*, 3/2014, 321-335. See Svitlana Kravchenko, "Procedural Rights as a Crucial Tool to Combat Climate Change", *Georgia Journal of International and Comparative Law*, School of Law, University of Georgia, vol. 38, 3/2010.

[4] Draft Articles on State Responsibility for Internationally Wrongful Acts, with commentaries (2001), *Yearbook of the International Commission*, vol. II, Part Two, 2001.

[5] Articles 1-3 and 12-5 of the Draft

[6] *Corfu Channel case in the Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua case* (Nicaragua *v.* USA), Merits, Judgment, *I.C.J. Reports*, 1986; *Reparation on Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports*, 1949; *Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania*, Second Phase, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports*, 1950.

[7] *International Fisheries Company (USA) v. United Mexican States*, Report of International Arbitral Awards, vol. IV, 1931, 691-746; *Armstrong Cork Company Case* – Decision No. 18, vol. XIV, 1953, 159-173; *Rainbow Warrior Case* (New Zealand *v.* France), Report of International Arbitral Awards, vol. XX, 1990, 215-284.

[8] On earlier different approaches to defining the legal relations arising from the international unlawful act, see Dionisio Anzilotti, "Corso di diritto Internazionale", *4th ed., CEDAM*, Padua, 1955, 385 and Ian Browlie, "Principles of Public International Law", *5th ed. Oxford University Press,* 1998, 435, according to ILC Yearbook of the International Commission, vol. II, Part Two, 2001, 33.

whether the legal relations arising from the international unlawful act are bilateral, so that they only concern the responsible State and the affected State. However, it is increasingly being recognised that certain wrongful acts involve the responsibility of a State towards several or more countries, or even to the international community as a whole.[9] Article 2 of the Draft stipulates that there is internationally wrongful act of a State when the conduct consisting of an action or omission: (a) can be attributed to the State under international law and (b) constitutes a breach of an international obligation of the State.[10] The Commission in its Comments confirmed that there are no exceptions to the principle confirmed in Article 2 of the Draft, where two necessary conditions for the existence of an international wrongful act have been prescribed. Furthermore, a question has been posed: whether these two conditions are sufficient, because sometimes the international responsibility cannot be determined by a mere fact that a certain State does not comply with its obligations, as long as there are no certain elements, particularly a damage to another State. Requirement of additional elements depends on the content and interpretation of the primary obligation, and there is no a general ru-

[9] A significant step in this direction has been taken by verdict of the International Court of Justice in *Barcelona Traction case* of 1964, in which the Court stated that the essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising *vis-à-vis* other countries in the field of diplomatic protection. In the first situation it comes to protecting rights, which is the interest of all countries, and therefore it is about the obligations that operate *erga omnes*. With regard to the comments that the Commission has made on this issue, one may wonder whether the attitude of the Commission on the responsibility of one or more states towards a number of other states or the entire international community can be applied when it comes to responsibility and damages caused by climate change? For example, the application of countermeasures that are available to the injured State, in addition to the possibility of seeking compensation for damage, is not appropriate when it comes to the environment, since it is obvious that undertaking countermeasures in terms of e.g. an increase in greenhouse gas emissions of affected countries would have bad consequences for the general status of emissions and harmful consequences of the increase. On application and limitations to the application of countermeasures as a right of injured State to suspend the performance of its other obligations towards the State which has committed international unlawful act, see Rodoljub Etinski, Sanja Đajić, Public International Law, *Faculty of Law in Novi Sad*, 2012, 270 and 271. See Articles 49-53 of the Draft.

[10] ILC Yearbook, vol. II, Part Two, 2001 34. International Court of Justice named these two elements in *Phosphates in Morocco Case* (Permanent Court of International Justice, Judgement No. 28, 1938). The Court explicitly linked the creation of international responsibility with the existence of act that can be attributed to the State and which is contrary to the contract law of another State. Thereby, the Commission in its comments relies on the attitude of the International Court of Justice in the case of *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran Case* (International Court of Justice, No. 64, 1980) where the Court, in order to determine the responsibility of the Islamic Republic of Iran, said that first of all it should be determined to what extent the particular conduct may legally be attributed to Iran, and secondly, to consider compatibility or incompatibility of such conduct with the obligations of Iran from the agreements that are in force or in accordance with other applicable rules of the international law.

le in this regard.[11] Etinski and Djajic state that what is important for determining whether the state has violated the obligation is correct interpretation of obligations, that is, a clear and precise definition of what the state is obliged to do. [12] The second part of the Draft, which includes the content of the international responsibility of States, stipulates that the State which is responsible for international wrongful act is obliged to: (a) stop the activity, if it continues do so, and (b) if the circumstances require it, to offer appropriate insurance and guarantee that they will not repeat that kind of illegal activity.[13] A responsible State is obliged to make full reparation for the injury that has been caused by international wrongful act. The injury includes any damage, whether material or moral.[14] Article 33 of the Draft stipulates that the obligations set out in that part may relate to another State, to several States or to the international community as a whole, depending on the nature and content of the international obligation and on the circumstances of the breach. Full reparation for the injury caused by internationally wrongful act may take the form of restitution, compensation and satisfaction, either in one of these shapes or in combination.[15] Restitution includes the obligation of the State which has made internationally wrongful act to restore the situation that existed before the act was committed (*restitutio in integrum*) to the extent which is not materially impossible, and as for the rest part, to make the compensation by covering any financially assessable damage including the loss of profits to the extent as established.[16] A State which has committed wrongful act is obliged to offer satisfaction for the injury caused by the act, if it cannot be made by restitution or compensation.[17] Articles 40 and 41 of the Draft stipulate rules which determine the legal consequences of a serious breach of the obligations under peremptory norm of international law (*ius cogens*). Serious breach involves a big and systematic failure of the responsible State to fulfill its obligation under peremptory norm.[18]

An injured State can seek its rights from the relationship of responsibility by the request in which it specifies the conduct that the responsible State should take

[11] ILC Yearbook, vol. II, Part Two, 2001, 36. For example, contractual obligation, that a single law should be passed, has been breached by non-issuance of the law, so it is not necessary that the other Parties indicates any specific damage it suffered because of that failure.

[12] R. Etinski, S. Đajić, 253.

[13] Article 30 of the Draft

[14] Responsible States cannot rely on the provisions of its internal law as justification for not meeting their obligations (Article 31 of the Draft).

[15] Article 34 of the Draft. See R. Etinski, S. Đajić, 262-265.

[16] Articles 35 and 36 of the Draft

[17] Article 37 of the Draft. Satisfaction may include recognition of the breach, the expression of regret, a formal apology or another appropriate form, in a way that satisfaction must not be disproportionate to the injury or humiliating to the responsible State.

[18] Articles 40 and 41 of the Draft. States shall cooperate in legal means to bring an end to a serious breach of said obligation, and no country will recognise as legal the situation that is a result of a serious breach of this obligation, nor will it help in maintaining such situation.

in order to stop breaching the obligation, a form of reparation and measures that the responsible State should take in order to prevent the repetition of breach of obligations in the future. If there are several injured States, each of them can submit their requests individually, and if there are several responsible States, an injured State can apply to each of them, so that the received financial compensation covers the damage. Another State, to which the obligation is owed, and the obligation serves to protect the collective interest of the group, may seek from the responsible State to cease to commit a wrongful act and offer them guarantee that it will not happen again as well as reparations to the injured State.[19] An injured State is one to which the obligation that has been breached is owed individually, and apart from the injured State, the Commission determines the group of States which, although not injured in the narrow sense, also have the right to hold the responsible State accountable. If the determined obligation is owed to the group of States or the international community as a whole, an injured State is one that is particularly affected by the wrongful act, or any other State if the breach of said obligation radically changes the position of these States in terms of further exercise of their rights and obligations.[20] In Article 55 of the Draft, the application of the legal principle of *"lex specialis derogat legi generali"* has been confirmed when it was stated that the articles of the Draft shall not apply where the conditions for the existence of an internationally wrongful act or the content or implementation of the international responsibility of the State are governed by special rules of international law.[21]

3. STATE RESPONSIBILITY UNDER THE UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE

In the context of environmental degradation and the occurrence of transboundary damages, the law on States' responsibility has two functions: the first is to support the basic rules established by contract or customary law, whose aim is

[19] R. Etinski, S. Đajić, 269 and 270. In the literature we find the division of subjects of international responsibility on the active and passive. In the Draft, International Law Commission uses more adequate term "injured State" instead of the term "passive subject".

[20] Articles 46 – 48 of the Draft

[21] See Richard S. J. Tol, Roda Verheyen, "State responsibility and compensation for climate change damages – a legal and economic assessment", *Energy Police* 32, 2004, 1116. – United Nation Convention on the Law of the Sea regulates the rights and obligations of States with regard to the specific legal regime of maritime zones and the protection of the marine environment. Article 194.2 of the Convention implicitly prohibits unrestricted greenhouse gas emissions, by committing States to ensure that activities within their jurisdiction and control are conducted so as not to cause damage by pollution to other States and their environment. Article 235 stipulates that States are responsible for the fulfillment of their international obligations regarding the protection and preservation of the marine environment, and that they are responsible in accordance with international law.

to prevent the occurrence of damage to the environment, while the second is to ensure the injured states the right to restitution and compensation.[22]

Contract law is the main source of obligations in international law of the environment which contains much more defined rules and different obligations than the common law in this field. The existence of contract excludes the application of the general common law between the Parties.[23] In the international law, this phenomenon is called "self-contained regimes".[24] "In the internal legal systems," says Bodansky "elements of the legal form, the court requirements and enforcement go hand in hand, and this is considerably less common at the international level, because many international agreements, if not most of them, do not contain or provide mechanisms for judicial protection and enforcement."[25] The central question is whether these contracts contain an obligation on the conduct of States whose breach constitutes the basis of international responsibility (e.g. the obligation of States to take all available measures to avoid damage). The starting point for this analysis is the relationship between the legal framework set in the United Nations Framework Convention on Climate Change (hereinafter referred to as the Convention or UNFCCC)[26], by Kyoto Protocol[27] and the Paris Agreement[28], on the one side, and the general international law, on the other side. Most of these

[22] Christina Voigt, 3, according to Orego Vicuna, "Institut de Droit International – Resolution on Responsibility and Liability: Responsibility and Liability for Environmental Damage under International Law: Issues and Trands" Georgtown Environmental Law Review, 10, 1998, 279. However, there is little concrete evidence that the States recognise their responsibility for environmental damage as a positive incentive to take preventive measures in order to prevent damage, or as means of restitution or compensation. One of the examples is the nuclear accident in Chernobyl, which caused significant damage to many countries of Northern Europe, none of which had tried to apply for compensation from the Soviet Union. The reason for this is partly based on political constraints, but also on the legal uncertainty.

[23] See Matthew Happold, "The relationship between United Framework Convention on Climate Change and other rules of public international law, in particular on States' responsibility for adverse impacts of climate change", 2, available at: *http://legalresponseinitiative.org/wp-content/uploads/2013/07/BP43E-Briefing-paper-UNFCCC-and-Lex-specialis-31-January-2013.pdf*, 09/ 3/ 2018

[24] C. Voigt, 3, according to Bruno Simma, "Self-Contained Regimes", *Netherlands Yearbook of International Law* 16/1985, 115. See ILC Report "Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law", written by Martti Koskenniemi, A/CN.4/L. 682, 2006, 65 -99. See: Bruno Simma, Dirk Pulkowski, "Of Planets and the Universe: Self-contained Regimes in International Law", *The European Journal of International Law* ,Vol. 17, 3/2006, available at: *http://www.ejil.org/pdfs/17/3/202.pdf*, 11/ 02/2018

[25] Daniel Bodansky, "The Legal Character of the Paris Agreement", *Review of European, Comparative and International Environmental Law,* 25, 2, 2016, 146

[26] *United Nations Framework Convention on Climate Change* – UNFCCC. Content of the Convention is available at: *https://unfccc.int/resource/docs/convkp/conveng.pdf*, 14/2/ 2018

[27] Kyoto Protocol, available at: *https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpeng.pdf*, 14/ 3/ 2018

[28] Paris Agreement, available at: *https://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/l09r01.pdf,* 05/ 3/ 2018

contracts, says Voigt, do not contain clear basic obligations or secondary rules dealing with the legal consequences of the breach of obligation.[29] UN Convention on Climate Change is a framework agreement which left a significant degree of discretion to the Parties to define rights and obligations on their own, from which arises the difficulty to identify the specific obligations of States on the basis of basic obligations contained in this Convention.[30] The Convention does not contain provisions that define the responsibility of States for non-compliance with obligations which leads to adverse consequences of climate change, but instead it is focused on mitigation measures.[31] Also, the Convention does not deal with damages due to climate change, nor does it contain provisions dealing with compensation for the damage.[32] History of negotiation shows that Parties have decided to focus on the provisions on mitigation, rather than to fight against the possible damages that affect people, economies and ecosystems. Yet the Parties are aware of the problem of damage, as reflected in the preamble to the Convention, where it is repeated that the States "have a responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or areas beyond the limits of their jurisdiction."[33]

Although Article 2 of the UNFCCC is often interpreted as a non-legally binding text used to set political goals, in legal terms it can be regarded as important because it constitutes the aim and purpose of the Convention in terms of the customary law of contracts.[34] Therefore, this article can be used as an aid in the interpretation of other provisions of the Convention. Pursuant to Article 18 of the Vienna Convention on the Law of Treaties[35], which has largely codified customary

---

[29] C. Voigt, 3, according to M. A. Fitzmaurice and C. Redgwell, "Environmental Non-Compliance Procedures and International Law", *Netherlands Yearbook of International Law,* 2000, 35-65

[30] C. Voigt, according to Akiko Okamatsu, "Problems and Prospects of International Legal Disputes on Climate Change", available at: *http://userpage.fu-berlin.de/ffu/akumwelt/bc2005/papers/okamatsu_bc2005.pdf,* 14/ 11/ 2017

[31] M. Happold, 2 and 3.

[32] See more on this: R. Tol, R. Verheyen, 1114

[33] See Paragraph 8 of the preamble of UNFCCC. After the ratification of the UNFCCC some Parties have made explicit reserve ensuring that the Convention does not preclude the application of international law on States' responsibility. Declarations that have been drawn up by the Government of Nauru, Tuvalu, Fiji and Papua New Guinea confirm that the provisions of the UNFCCC in any way will not be able to constitute a waiver of any right under international regulations regarding the responsibilities of States for the harmful effects of climate change. Op. cit. C. Voigt; 4

[34] Timo Koivurova, "International Legal Avenues to Address the Plight of Victims of Climate Change: Problems and Prospects", *Journal of Environmental Law and Litigation*, University of Oregon, 12/2007, 275, according to Roda,Verheyen, "Climate Change Damage and International Law: Prevention Duties and State Responsibility", *Yearbook of International Environmental Law*, vol. 16, 1/2005, 865–868. See M. Happold, 3.

[35] *Vienna Convention on the Law of Treaties* (1969) came into effect in 1980 Content is available at: *http://untretay.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf.*

international law of treaties, a country that signs the Convention should refrain from measures which are contrary to the aim and purpose of the Convention.[36] Article 4, paragraph 2 of the UNFCCC stipulates that industrialized countries commit to reduce their greenhouse gas emissions by 2000 to the level dating back to 1990, which shows that it does not set specific and concrete goals of reduction of greenhouse gas, therefore some authors and commentators say that the legal status of these provisions is questionable.[37] One of measurable obligations under the Convention is a procedural obligation of developed countries to report on policies and measures they have taken to reduce their emissions.[38] And all countries are obliged to report their inventories of greenhouse gases annually.[39] Because of these shortcomings in terms of clarity and precision of the obligations prescribed in the Convention, the Parties have not reached a high level of compliance with the obligations[40]. The concept is neither mentioned in the Convention nor in the decisions of the Conference of the Parties, but it is more correct to refer to the obligations prescribed by the Convention as the implementation process relating to the measures taken by States in order to put an international agreement in force under domestic law.[41]

Article 13 of the Convention provides that the Conference of the Parties of the Convention shall work on the establishment of a multilateral consultative process, which will be available to the Parties at their request, to address issues related

---

[36] See D. Bodansky (2016) – Although the UNFCCC, in accordance with the Vienna Convention on the Law of Treaties, is considered a legally binding contract, Article 4.2 of the Convention has been formulated more as a legally non-binding, rather than a legally binding norm.

[37] T. Koivurova, 276. According to Daniel Bodansky, "The United Nations Framework Convention on Climate Change: A Commentary", *Yale Journal of International Law*, vol. 18, 1/1993, 281-295. See M. Happold, 4. See Xueman Wang, Glenn Wiser, "The Implementation and Compliance Regimes under the Climate Change Convention and its Kyoto Protocol", *Review of European, Comparative & International Environmental Law*,

© Blackwell Publishers Ltd, 11, 2/2002, 184 – UNFCCC is the first concrete international effort to combat climate change, and because of uncertainties in the science of climate and the situation in the economies of the countries at the time of its adoption, the Convention contains "soft" obligations of the Parties to undertake a general obligation of mitigation and adaptation to climate change.

[38] Article 4, paragraph 2 (b) of the Convention.

[39] Article 4, paragraph (a) of the Convention.

[40] In English, this term denotes the "compliance", which means "agreement", "approval", "submission".

[41] Thus, Article 4.2 of the UNFCCC in conjunction with Article 2 obliges the Parties to take action to adopt policies and measures to stabilize the concentration of greenhouse gases in the atmosphere. Therefore, these two articles together can be understood as a primary rule whose breach is an illegal act. A State commit such an act if it does not take at all or if it takes insufficient measures to modify the growing trend of greenhouse gas emissions. This argument can be supported with reference to the above Article 18 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and the principle of good faith.

to the interpretation and application of the Convention. In the Article 14 it is stated that the settlement of disputes is related to the interpretation or the application of the Convention, thereby the Convention does not contain any provisions related to responsibilities of the States for the adverse effects of climatic changes, which implies that disputes regarding the States' responsibilities are not covered by the provisions of Article 14. Therefore the said article cannot be regarded as establishing *lex specialis* system in matters of States' responsibility for the breach of provisions of the Convention.[42] If the Parties want to submit the dispute to the judicial settlement, they must make a written declaration.[43] Article 14, paragraph 5 of the Convention prescribes the rules for the procedure of conciliation. Starting disputes concerning global warming before the International Court of Justice, says Strauss, would bring significant benefits, but the barriers to their initiation are evident. Only States may file claims against other States before the International Court of Justice.[44] Conversely, there is a noticeable increase in lawsuits regarding determination of responsibility for contributing to climate change at the national level.[45] Determining which State or States would most effectively be able to file a suit is not simple, because almost all of us participate in carbon-eco-

---

[42] M. Happold, 5 – Upon signing the UNFCCC, Fiji stated that by signing the Convention they shall not in any way waive any rights under international law concerning the liability of the State for the harmful effects of climate change, and that no provision of the Convention can be interpreted as to deviate from the principles of general international law. A similar statement during the signing or ratification of the Convention gave Kiribati, Nauru and Papua New Guinea. However, the interpretative declaration is not binding, it serves to those who are making the statement to give their opinion on the meaning and interpretation of the contract or its specific provisions, but this opinion does not bind the other Parties to explicitly deny them. See T. Koivurova 277 according to R. Verheyen, 117.

[43] Only the Solomon Islands and the Netherlands accepted the arbitration as a means of settling disputes concerning the interpretation and application of the Convention with counterparty that also states the same. Apart from arbitration, The Netherlands accepted the jurisdiction of the International Court of Justice, and Cuba did the same. See "International Climate Change" – *Six Pump Court, London* – presentation by prof. Sands Philippe at Symposium organised by the *King's College London*, 2015, https://www.kcl.ac.uk/law/newsevents/eventrecords/ClimateChangeandtheRuleofLawAdjudicatingtheFutureofInternationalLaw.aspx, 20/ 3/2018. See Andrew L. Strauss, "Climate Change Litigation: Opening the Door to the International Court of Justice*", School of Law University of Dayton,* 3/2009, 341 and 345. In response to the Court's determination to assert its authority in the case of Nicaragua against the United States in 1986, the US withdrew its acceptance of the compulsory jurisdiction of the Court.

[44] Article 34, paragraph 1 of the Statute of the International Court of Justice

[45] See "The Status of Climate Change Litigation – A Global Review", *UNEP and Sabin Center for Climate Change Law at Columbia Law School – New York*, op. cit. Sabin Center-Arnold & Porter Kaye Scholer Climate Change Litigation Databases, available at: *http://wordpress2.ei.columbia.edu/climate-change-litigation/* Since March 2017, in Europe, 24 claims have been filed regarding climate change, while in USA there were 654 such cases and more than 230 in other countries, *https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20500.11822/20767climate-change-litigation.pdf?sequence=1&isAllowed=y,* 05/ 02/ 2018. See Rodoljub Etinski, "National judicial control of

nomy, and suffer adverse consequences of such action at the same time. It is evident that some States contribute far more to deterioration since they are major emitters of greenhouse gases.[46] Therefore, the most apparent claimants could be States that contribute least to the problem, which are also most affected, and these are small island states and coastal lowland zones.[47] The second category of claimants may be the developed countries which carry the greatest burden of fighting climate change, and their complaints would be filed against other developed countries that do not comply with their obligations to share the burden. However, regardless of who would be the complainant to the Court, it is questionable whether the International Court of Justice is competent to adjudicate in these disputes, since its competence is exclusively based on the consent of a State.[48]

4. THE CASUAL LINK BETWEEN ACTIVITIES AND DAMAGES AND LEGAL CONSEQUENCES OF CLIMATE CHANGE

Existence of responsibility of the State requires establishing a causal link between activities and the damage.[49] In the context of climate change, there are

the performance of some obligations accepted from the UN Framework Convention on Climate Change", *Facta universitatis, Series: Law and Politics,* vol. 9, 1/2011, 19-33.

[46] A. L. Strauss, 338, according to "World Resources Institute Chart of Total Greenhouse Gas Emissions in 2000", *http://cait.wri.org/cait.php?page=yearly*, 04/ 4/ 2018. For example, average citizen of USA is responsible for over forty times bigger amount of greenhouse gas compared to the average citizen of Kiribati.

[47] A small Pacific island Tuvalu intended to file a claim against USA to the International Court. See A. L. Strauss, 339, according to Allen Leslie, "Will Tuvalu Dissapear Beneath the Sea? Global warming Threatens to Swamp a Small Island Nations", *Smithsonian*, 2004, *https://www.smithsonianmag.com/science-nature/will-tuvalu-disappear-beneath-the-sea-180940704/*, 15/ 3/ 2018

[48] Consent may be manifested in three ways: the first is that the Parties to the dispute agree to submit the case to the Court pursuant to Article 36, paragraph 1, of the Statute of the Court; Second, if, in accordance with the so-called optional clause in Article 36, paragraph 2, of the Statute, the defendant State brought a prospective statement on acceptance of the compulsory jurisdiction of the Court over the dispute being adjudicated, and if, in accordance with the rules of reciprocity, the State that prosecutes gave permission in its statement; the third way in which the Court's jurisdiction can be obtained, also in accordance with Article 36, paragraph 1 of the Statute, is when the Parties expressly impose that the dispute is to be adjudicated in the Court in the relevant contract in force. See more: Rodoljub Etinski, et al., "Савремени трендови међународноправне заштите животне средине", *Yearbook of the Faculty of Law in Novi Sad*, vol. 51, 2/2017, 280.

[49] Climate Change 2014 – Synthesis Report – Summary for Policymakers, http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/AR5_SYR_FINAL_SPM.pdf, 07/ 4/ 2018. It is useful to distinguish between general and specific causation. The first concerns the general relationship between the increase in anthropogenic greenhouse gas emissions and damage due to climate change. We are not discussing the chain of causation because there is almost universal international scientific consensus on this issue, as evidenced by the reports of the IPCC. Specific causation requires proof that the particular activity causes a particular type of damage.

evident difficulties to determine if the International Court would accept certain evidence as sufficient and necessary standard of proof for establishing the causal link, precisely because of nonlinearity of the climate system, which in itself involves uncertainty.[50] The next challenge for determining the causal link is the lack of immediacy between the breach and the damage.[51] The reason for this is the interweaving of all kinds of physical and chemical processes in the atmosphere, because the increase in greenhouse gas concentration initially starts and causes other natural processes that then lead to injury and damage. For example, the rise in ocean temperatures interferes with the air currents and leads to stronger and more frequent storms. International jurisprudence has accepted the attitude that it does not matter how many links there are in the chain of causation linking harmful effects, but what is important is that the chain is not interrupted. International tribunals believe that governments are only responsible for direct and foreseeable causes of their actions, and they refused requests for compensation for the far-reaching consequences.[52] When it comes to cases involving damage due to climate change, it is physically impossible to restore the earlier state, therefore the victim country can seek financial compensation to cover the costs associated with material damage to environmental resources (pure environmental damage) and consequential damages suffered by people and property (consequent environmental damage). Voigt says that three separate challenges arise from the given context: (a) evaluation of environmental damage, (b) contribution to incurred damages, and (c) the distribution of damages.[53] Article 31 of the Draft defines the breach as any damage, whether material or moral, caused by the internationally wrongful

[50] The new tendency of establishing the standard of proof has been introduced through the application of the precautionary principle in the case of *Southern Bluefin Tuna* in which the International Tribunal for the Law of the Sea acted. In this case, this principle has been used as a lower standard of proof in situations where the complexity of the factual situation leads to a greater degree of uncertainty. *Southern Bluefin Tuna Case* (New Zealand v. Japan, Australia v. Japan), Reports of International Arbitral Awards, 2000, vol. XXIII, 1-57.

[51] However, in the case of *Trail Smelter*, existence of multiple causes did not deterred tribunal from awarding damages. It seems that the fact that the damage was partly caused by pollution of smelter in Trail in Canada was sufficient. However, the question remains whether the legal theory can develop new theories that might engage in this kind of challenge or legal analysis necessarily end here, says Voigt. See more on this: C. Voigt, 16.

[52] C. Voigt, 17. Yet, it is unlikely that a particular hurricane can be attributed to greenhouse gas emissions of a certain country, despite its devastating consequences. It is somewhat easier to establish a chain of causality between greenhouse gas emissions and other effects of climate change such as flooding due to rising sea levels and loss of frozen land and sea ice. Although there may be many links between gas emissions and the resulting consequences, there is still no interruption of the chain of causation, because all the greenhouse gases that lead to climate change are equally direct in the chain of causality.

[53] *Ibid*. 18. About key elements that should be handled by regimes on responsibility and compensation for damage caused by climate change and the key principles for choosing between different options for installing regimes, see Roda Verheyen, Peter Roderick, WWF-UK – Climate

act. Material damage includes all possible losses in infrastructure, property, and the like, including the costs incurred in response to the damage, which, if understood literally, includes adjustment measures. In the context of climate change, material damage is easier to define and evaluate in financial terms than in pure ecological damage.

Adjusting can be legally defined as protection from direct damage, because it may reduce the remaining (residual) damage and thereby reduce the risk of such damage. Residual damage happens when adaptation measures are not possible, or when they are not implemented due to economic or technical limitations. For legal purposes, the obligation to prevent direct damage, which means that adaptation measures are applied, corresponds to the obligation to compensate for any incurred damage. Alleviation is prevention of anthropological climate change at the source by reducing greenhouse gas emissions, or increasing the capacity of the container (storage) of carbon dioxide. Within the legal analysis on responsibility of States for damage from climate change, mitigation can be seen as prevention of "indirect" damage which deals with preventing the actual risk of damage from climate change caused by human activities. Obligation to implement mitigation measures, as such, can be the basis for submitting the application concerning the States' responsibility.[54]

5. COMPLIANCE MECHANISM PRESCRIBED BY KYOTO PROTOCOL

Given the large number of international multilateral agreements in the field of the environment, before the governments of the Parties to those agreements and before the International Community, the question of how to make the best implements of the agreements and to comply with the obligations laid down in those agreements has been posed, as well as the question of how to deal with those countries that fail to fulfill their contractual obligations. The traditional adversarial approach to resolving non-fulfillment of contractual obligations, in which countries seek compensation for damage suffered as a result of harmful behaviour, or in which they suspend their execution of the contract in response to a failure of other Parties to fulfill their obligations, has the inherent shortcomings in the international agreements on the environment and protection of common goods, in a way that non-compliance with the obligations by a particular State is harmful for everyone, and undertaking reciprocal measures against that State would only make the situation in the environment worse. Therefore, it is difficult to establish

Change Programme – discussion paper, 2008, 29, available at: http://assets.wwf.org.uk/downloads/beyond_adaptation_lowres.pdf

[54] Tol, R. Verheyen 1113-1114.

an efficient mechanism for regulation and control of compliance and enforcement of international multilateral agreements in the field of the environment.[55]

The Kyoto Protocol establishes mechanisms for acting upon undertaking obligations (*compliance mechanism*).[56] Unlike the UNFCCC, the Kyoto Protocol establishes legally binding targets of reduction of greenhouse gas emissions for developed countries – countries of Annex I of the obligation period 2008 – 2012.[57] Furthermore, in contrast to the UNFCCC, as well as most other international multilateral agreements, Kyoto protocol establishes a comprehensive system of compliance mechanism by using the following three phases: (1) reporting, (2) checking and evaluating the compliance mechanism and (3) responding to non-compliance.[58] Committee to monitor the implementation of obligations (Compliance Committee) was established in Marrakesh Accord in 2001[59], whose jurisdiction is to promote the implementation of obligations by providing advice and assistance to the Parties to the Kyoto Protocol, and to identify cases of non-compliance and to apply appropriate consequences provided for that. It consists of two branches: a branch to make it easier for the Parties to apply the Kyoto Protocol (*facilitative branch*) and executive branch (*enforcement branch*). The process of monitoring the implementation of the obligations may be initiated by a question that is: (a) posed in the reports of the expert teams for examinations under Article 8 of the Kyoto Protocol and submitted to the Committee through the Secretariat, (b) filed by any Party regarding itself, or (c) filed by any Party in relation to the other Party. As for the posed question, the Bureau of the Committee for monitoring the implementation determines the jurisdiction of one of the two branches of the Committee, after which the relevant branch carries out a preliminary examination of implementation and decides whether to proceed.[60] The system of monitoring the implementation of obligations includes specific provisions protecting the rights of each Member State. The enforcement branch makes its decisions by a double majority voting system.[61] After the executive branch determines that

[55] Xueman Wang, Glenn Wiser, "The Implementation and Compliance Regimes under the Climate Change Convention and its Kyoto Protocol", *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, ©Blackwell Publishers Ltd, 11, 2/2002, 182.

[56] Schematic representation of the compliance mechanism laid down in the Kyoto Protocol, available at: https://unfccc.int/files/kyoto_mechanisms/compliance/application/pdf/comp_schematic.pdf , 03/5/18

[57] X. Wang, G. Wiser, 186. The targets are the same as the overall reduction of about 5.2% below the level of emissions by these countries in 1990.

[58] X. Wang, G. Wiser, 188.

[59] *The Marrakesh Accords*, *https://unfccc.int/cop7/documents/accords_draft.pdf,* 22. 5. 2018. See the website of Compliance Committee: *https://unfccc.int/process/bodies/constituted-bodies/compliance-committee-cc*, 22/ 5/ 2018

[60] See Sebastian, Oberthür, René, Lefeber, "Holding Countries to Account: The Kyoto Protocol's Compliance System Revisited after Four Years of Experience", *Climate Law*, 1/2010, 133-158.

[61] X. Wang, G. Wiser, 190. In this way, the efforts were made to alleviate the concerns of some Parties of Annex I that the geographical representation of members of the executive branch

a Party has exceeded its emission target, the Party has the right to appeal the decision of the highest body of the Kyoto Protocol – the Conference of the Parties of the Kyoto Protocol. The appeal will be accepted only if the Party has not been allowed a fair trial in the course of enforcement proceedings. Execution of decision of the executive branch of the Committee shall not be executed until the decision on the appeal is made, while contested decision may be revoked or modified only by a two thirds majority vote of the Conference of the Parties.[62] Facilitative branch for implementation of the Kyoto Protocol provides advice, make recommendations and provides financial and technical assistance. The executive branch is authorised to apply the "consequences" if the Party of Annex I failed to: (1) comply with the requirements for monitoring and reporting, (2) pass the tests of eligibility for participation in flexible mechanisms, or (3) meet its emission target.[63]

Although the Committee for monitoring the implementation has extensive authority, particularly in its executive branch, it is unlikely that the small island country will file claims for damages due to climate change for two reasons: first, the largest emitters of greenhouse gases remain outside the Kyoto Protocol (USA), as well as countries with strong economic growth (China and India), which are not legally bound to reduce their emissions, and secondly, the Committee for monitoring the implementation only investigates whether the Parties to the Kyoto Protocol comply with their obligations, but it has no authority to examine claims for damages caused by climate change.[64] Therefore, it is concluded that the climate regime basically does not offer any possibilities for small island states to take legal action against the biggest emitters of greenhouse gases.[65]

Although the Kyoto Protocol provides for specific sanctions within the climate change regime for non-compliance with the obligations related to certain

could lead to unfair and politically motivated decision-making of the branch. Double majority voting means that a decision can be adopted only if approved by a majority of members of both blocks of the branch – countries of Annex I and those countries that are not included in Annex I.

[62] *Ibid.*

[63] *Ibid.*

[64] T. Koivurova, 277. See more: *https://unfccc.int/process/kyoto-protocol/compliance-under-kyoto-protocol/introduction*, 17/ 5/ 2018

[65] T. Koivurova 277 op. cit. Rebecca Elizabeth Jacobs, Comment, "Treading Deep Waters: Substantive Law Issues in Tuvalu's Threat to Sue the United States in the International Court of Justice", *Pacific Rim Law and Policy Journal* 103/2005, 115. Tuvalu (later joined by Kiribati and the Maldives) in 2002 announced that it would initiate proceedings against Australia at the International Court of Justice. At the same time, Tuvalu stated that they were seeking refuge for its people as environmental refugees in Australia and New Zealand. See more: C. Voigt, 5. – A country has breached the international obligation only if the agreement that contains this obligation is in force in the country at the time of breaching the obligation. Therefore, large emitters of greenhouse gases that have not ratified the Kyoto Protocol, such as the USA, have no obligation of reduction, and cannot be held responsible for non-compliance with the objectives established by the Kyoto Protocol.

reduction of greenhouse gas emissions, this system does not deal with the legal consequences of the damage caused by climate change. Therefore, provisions of general international law are applicable, but under certain circumstances they can have a "secondary role". In these cases, the Parties to the Kyoto Protocol must first use up the mechanisms prescribed by the protocol, but only when they prove ineffective, then they can turn to general international law.[66] The Kyoto Protocol stipulates legally enforceable targets that countries have to achieve within certain deadlines regarding the reduction of greenhouse gas emissions, so that a state that does not meet its reduction target by the end of the deadline is considered to be in breach of its obligation under international law, and will in the coming binding period have to reduce emissions by 1.3 times.[67] However, in this agreement, there are no provisions dealing with compensation for the harmful consequences of climate change, although formally, the possibility of seeking compensation for damages due to breach of the obligations stipulated by the agreement has not been ruled out. There is no need to prove the negligent conduct of certain States, according to Tol and Verheyen, since the breach of the prescribed obligations constitutes the existence of wrongful acts as a necessary condition for initiating legal proceedings concerning compensation for the damage, which is to be attributed to the State which has exceeded the target prescribed by the Kyoto Protocol. However, such a request could only cover emissions above the target agreed with the respective State.[68]

6. CHRONOLOGICAL OVERVIEW OF THE DEVELOPMENT OF CLIMATE DAMAGE CONCEPT IN NEGOTIATINS ON CLIMATE CHANGE AFTER KYOTO PROTOCOL

Despite opposition from developed countries to any discussions about the moral and legal aspects of climate change, representatives of small island states have repeatedly emphasised the arguments regarding responsibility for climate changes. Alliance of small island states[69] in 1991 proposed that the Intergovernmental Panel on Climate Change should establish an international security mechanism whose income would come from "necessary resources" of developed countries and which would be used to compensate for the damage to the most vulnerable small island states and developing coastal lowland areas.[70] The concept

[66] C. Voigt, 5, according to Martti Koskenniemi, "Breach of Treaty or Non-Compliance?", *Yearbook of International Environmental Law*, 3/1992, 123.

[67] Articles 3 and 4 of the Kyoto Protocol.

[68] R. Tol and R. Verheyen, 1115 и 1116.

[69] *Alliance of Small Island States* – AOSIS

[70] Benoit Mayer, "Climate Change Reparations and Law and Practice of State Responsibility", *Asian Journal of International Law*, 7/2017, 192. At that time, this proposal was given little

of climate damages ("loss and damage")[71] is becoming increasingly present after a decade and a half, so the Bali Action Plan dating from 2007 calls for consideration of ways and means to address the damage associated with climate change in developing countries, which are particularly vulnerable to the adverse effects of these changes.[72] Soon, however, this concept was put aside in tough negotiations mainly focused on climate change mitigation, so the developed countries, unlike developing countries which have asked to discuss liability and compensation, proposed an alternative focus on risk management through the mechanism of sharing risks and strategies for the reduction of disaster risk.[73] In 2010 Cancun Agreement established a work programme assigned to the Subsidiary body for implementation, so as to consider appropriate approaches for addressing damage associated with climate change in developing countries that are particularly vulnerable through workshops and expert meetings.[74] The Durban Conference in 2011 defined three thematic fields of this work programme in order to identify measures that can be taken in accordance with the Convention.[75] Despite persistent opposition from developed countries to provide compensation for damages incurred as a result of climate change, they have gradually recognised that compensating for the climate damage requires taking certain financial measures.

Thus, at the 18th Conference of the Parties held in 2012 in Doha the Parties came to a compromise that the negotiations on the climate damage, among other things, should also deal with strengthening support to developing countries, including financial support through the establishment of an international mechanism.[76]

---

attention, as *Bodansky* said "The most vulnerable countries did not have much to offer to developed countries in exchange for financial transfers", D. Bodansky (1993), 501. See more: Lisa Vanhala, Cecilie Hestbaek, "Framing Climate Change Loss and Damage in UNFCCC Negotiations", *Global Environmental Politics,* 16, 4/2016, 115.

[71] Phrase "loss and damage", which has to be translated into Serbian as „šteta i šteta" (*damage and damage*) is specific in a way that it is particularly used for the damage incurred as a result of climate change, such as material and non-material damage, but actually it is used for the broadest context of damage to people, environment and whole community regardless of classical concept of casual link. Therefore, the most relevant translation of this term would be "climate damage".

[72] *Bali Action Plan* (2007) – Decision I/CP.13 of the Conference of Parties (COP) to the UNFCCC. In the beginning the discussion was held within *Ad Hoc Working Group on Long-term Cooperative Action under Convention* – AHWGL.

[73] B. Mayer,193. See L. Vanhala and C. Hestbaek, 116-119

[74] B. Mayer, 193. Cancun Agreement comprised programmes covering adverse consequences in terms of extreme weather conditions and slow onset disasters, such as rising sea levels, increasing temperatures, ocean acidification, melting and retreat of the glaciers, salinization, land degradation and deforestation, loss of biodiversity and desertification.

[75] The thematic areas are: (1) estimating climate damage risk, (2) developing various approaches to handling climate damages and (3) defining the role of the Convention.

[76] In the course of these negotiations, developed countries have expressed their opposition, especially the United States, to including any measures that could suggest the legal responsibility for the consequences of climate change in the text. See Vanhala L. and C. Hestbaek, 118.

In 2013 in Warsaw, the Conference of the Parties established a Warsaw international mechanism for climate damage according to the Agreement on Adaptation of Cancun,[77] which provides three types of functions: improving the understanding of a comprehensive approach to manage risks; strengthening the dialogue, coordinating, coherence and synergy among relevant interested parties; improving actions and support to enable developing countries to take action in addressing climate damage.[78] In Lima in 2014, the Conference of the Parties was held when a two-year work plan of the Warsaw international mechanism on funding, that is meant to be revised at the Conference of the Parties in Paris, was approved. However, although Article 8 of the Paris Agreement stresses the importance of elimination, reduction or handling the compensation for damages incurred as a result of climate change, including extreme weather events and slow onset disasters, the accompanying provisions adopted at the 21st Conference of the Parties in Paris confirmed that it does not include or provide the basis for any responsibility or compensation.[79] Developed countries are obliged to provide funds to help developing countries in terms of mitigation and adaptation as a continuation of existing obligations under the Convention, so that funds come from different sources and channels, with a significant role of public funds in the context of a series of activities, including support to national strategies, taking into account the needs and priorities of the Parties in developing countries.[80]

From the above analysis it appears that many issues in International Law on Climate Change, and in General International Law, including the question of responsibility of States for non-compliance with obligations, are addressed through negotiation, development and elaboration of multilateral agreements, rather than through court proceedings. The negotiations allow the Parties to participate in controlling the outcome of the undertaken measures.

International climate change regime protects the autonomy of the Parties in decision-making in many ways, as Bodansky says, after "flirting" in the internati-

---

[77] *Warsaw international mechanism for loss and damage associated with climate change impacts*, FCCC/CP/2013/L.15.

[78] Despite the efforts of G77, China, the Alliance of small island countries and representatives of the Philippines to consider climate changes outside the scope of adaptation, prevailed the efforts of developed countries, especially of the US and Australia, to discuss the issue of climate damages within the adaptation, with a compromise by recognising in the preamble to the decision establishing the Warsaw international mechanism, the fact that climate damages in some cases affect more than it is possible to reduce by the adaptation. See Vanhala L. and C. Hestbaek, 119 and 126.

[79] UNFCCC, *Decision 1/CP.21,* "Adoption of the Paris Agreement", paragraph 51, *https://unfccc.int/resource/docs/2015/cop21/eng/10a01.pdf*, 14. 3. 2018. See L. Vanhala and C. Hestbaek, 120.

[80] Article 9 of the Paris Agreement. Paragraph 4 of the Article emphasises that the aim is to provide more funds for achieving a balance between adaptation and mitigation, with special attention given to developing countries and those most vulnerable to the negative impacts of climate change whose capacities are significantly limited, such as the least developed countries and small island developing states, taking into account the need to provide public and nonrefundable funds for adjustment.

onal definition of the emission targets by the Kyoto Protocol, in the Paris agreement this regime is formed by using the bottom-up approach, allowing States to define their policy of emission reduction unilaterally by the nationally determined contributions[81], whereby the emphasis is put on different possibilities of adaptation and mitigation of certain States with respect to particular national circumstances.[82]

However, issues of sanctioning those who do not comply with the obligations and the possibility of injured parties to obtain compensation for damage caused by climate change, remain without a concrete and clear answer. Thereby, complying with the obligations prescribed by the Paris Agreement, that is internationally recognised, is not protected by the sanctions and the Parties themselves decide on mitigation and adaptation, but there is still no regulatory framework for the control of implementation of obligations.[83] Vanhala and Hestbaek, in the analysis of defining the framework of climate damage through the UNFCCC negotiations, indicate that some countries, like the United States, address the issue of climate damage by adopting risk-reduction strategies and establishing mechanisms for the transfer or sharing of risk, while other countries, such as the Alliance of small island states, point out that apart from taking the risks into account, the question of responsibility, which includes the issue of compensation, should be posed.[84]

7. INTERNATIONAL CUSTOMARY LAW AS A SOURCE OF RULES ON STATES' RESPONSIBILITY FOR CLIMATE CHANGE

Customary international law has developed from state practice and *opinio juris*, i.e. from the perception of the State that certain conduct actually reflects the

[81] *Nationally Determined Contributions* (NDCs)

[82] See D. Bodansky (2017), 691 и 695. See articles 3 and 4, paragraphs 2 and 3 of the Paris Agreement. See R. Verheyen, P. Roderick, 28.

[83] "It won't work without tangible sanctions", an Interview with Anke Gerber, *Universität Hamburg*, by Giselind Werner (Вернер), 2017, *https://www.uni-hamburg.de/en/newsroom/im-fokus/2017-11-07-klimakonferenz-gerber.html*, 04/ 5/2018. Professor Gerber believes that, above all, it is necessary to constitute an independent institution that would be equipped with effective strategies of sanctions. It proposes a procedure in which the States would pay certain deposit insurance to an independent institution (e.g. The World Bank) after deciding on their policies. If the State meets its obligations, the deposit is returned to it, otherwise it loses the right to the return of a deposit. Deposit amount should be fixed at a sufficiently high rate so as to make particular countries feel compelled to meet their targets for purely economic reasons, rather than lose their deposit. See more: Anke Gerber, Philipp, Wichardt, "Providing Public Goods in the Absence of Strong Institutions", *Journal of Public Economics*, vol. 93, 3-4 /, 2009.

[84] L. Vanhala, C. Hestbaek, 121 – 124. Supporters of the second opinion believe that the reduction in risk and insurance is suitable for some types of climate damage, such as those that occur due to extreme weather events, but they are not suitable when it comes to climate damages arising as a result of slow onset disasters (e.g., sea level rise), non-economic damages and lost development opportunities.

rule of International Law.[85] As we have already mentioned above, the principle of *no-harm rule* belongs to this legal category. Customary international law contains the basic rules whose violation leads to States' responsibility. In the field of law on environmental protection, this obligation becomes the obligation of committing no harm to the environment in other countries and areas within no one's jurisdiction (goods of general benefit to all mankind, such as space, atmosphere, etc.).[86] Given that international law is, in essence, "the promise of justice", according to Mayer, moral dimensions of climate change must not be ignored, especially regarding the fact that nations and individuals who least benefit from the industrialisation and development, are often most affected by the adverse impacts of climate change.[87] Therefore, the highlighted argument says that according to international law the developed countries are responsible for non-compliance with the obligations of reduction of greenhouse gas emissions within their jurisdiction. This argument is based on the violation of the no-harm rule, from which arises the obligation of the State to prevent activities within their jurisdiction that cause transboundary environmental harm.[88] Mayer claims that compensation for damages from climate change should be designed with a special sensitivity to the unique and unprecedented nature of climate change, taking into consideration the relevant cases of the States' practice in the respective areas, which is in contrary to the strict application of certain rules on responsibility of the States codified by the International Law Commission.[89]

[85] R. Tol and R. Verheyen, 1114. See R. Etinski and S. Đajić, 27-34. See Vitomir Popović, Filip Turčinović, Public International Law, *Faculty of Law, University of Banja Luka*, 2009, 35-36.

[86] C. Voigt, 7 – 8 – Although the customary law as a primary obligation whose disadvantage is manifested in certain ambiguity makes it difficult to clearly establish its content, an arbitration decision in the Trail Smelter case has had a strong influence on the formulation and content of this rule. This principle is also incorporated in principle 21 of the Stockholm Declaration and Principle 2 of the Rio Declaration. International Court of Justice in the *Nuclear Weapons* and the *Gabcikovo-Nagymaros* case confirmed that a general obligation of States to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other States or areas beyond national control is part of the corpus of international law to protect the environment. Nuclear Weapons ICJ Report 241, 1996, 29; Gabcikovo-Nagymaros Project ICJ Report 7, 1997, 41.

[87] B. Mayer, 185-216. Discussion on possible means to handle the compensation of damage caused by climate change in developing countries was initiated by the Bali Action Plan in 2007 and the Warsaw international mechanism for climate damage established in 2014.

[88] *Ibid*., 187. Mayer refers to the *Trail Smelter Case* (USA v. Canada), where it was determined that Canada is responsible for the damages and injuries caused by winds from the private lead smelter in Canada which is requested to prevent such damage in the future. The Court pointed out that it does not matter whether it will be decided based on the law of the United States or under general international law as long as the law of the United States is in line with the general rules of international law. See Principle 21 of the Declaration of the UN Conference on the Human Environment in Stockholm (1972), Principle 2 of the Rio Declaration of 1992. See *Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay),* Judgment, ICJ Reports, 2010, 14.

[89] While Article 31 paragraph 1 of the Draft stipulates that the responsible State is under obligation to make full reparation for the damage caused by the wrongful act, *Mayer* believes that the reparation should not or can be full. However, climate change is not the only situation where

To establish the States' responsibility for damages due to climate change, it is necessary to identify legally relevant conduct of a State, or to attribute the activities of private individuals to the State. Emissions of carbon dioxide and other greenhouse gases are mostly a result of the activities of individuals and private industrial enterprises, coming from a variety of sources such as industrial plants, transportation, households, agricultural and livestock farms, forestry, etc., and these activities cannot be, *ipso facto,* attributed to the State. But even when the private sector manages activities that are causing harm to the environment, there is a duty of the State to exercise control over them, which is a concept of due diligence.[90] Since the court cases, the States' practice, the contracts or scientific literature do not provide an appropriate response to the question of defining the concept of due diligence, each specific case should be considered separately and decision made on a case-by-case basis, it being understood that the management and conduct are of such kind that one can expect from a good government, but that the concept of due diligence is determined depending on the resources and opportunities in each country.[91] Voigt names three components that need to be considered when defining the concept of due diligence: the ability to act or prevent the damage predictability and proportionality of selection of measures for preventing damage or reducing the risk of damage. The conduct of the State in accordance with the concept of due diligence requires that the State takes all necessary measures at its disposal to prevent the occurrence of significant damage, including taking appropriate preventive measures even when there is no full scientific certainty in this regard, which is in accordance with the precautionary principle. This means that the conduct of the State in accordance with the concept of due diligence is not static standard, but on the contrary, it can vary, for example by scientists who can assess that the risk and the resulting adverse effects are significantly higher than previously thought. Therefore, States are required to keep up with scientific developments and technological changes, and that mitigation measures required to reduce greenhouse gas emissions are based on the best available technologies.[92]

full reparation does not constitute a suitable solution for liability claims, there are also: wars and other mass atrocities, measures in trade, expropriation and dangerous activities. B. Mayer, 198.

[90] This principle has been applied in the case of Nauru. Namely, Australia, New Zealand and the United Kingdom have signed an agreement that resulted in the destruction of land of Nauru due to the extraction of phosphate. The agreement explicitly stated that the extraction of phosphate is to be governed by private employers without government intervention, which the Court found to be the failure of ability and power of the State to regulate and control these activities in order to prevent the destruction of the environment, which is why responsibility was attributed to Australia. *Certain Phosphate Lands in Nauru* (Nauru v. Australia), ICJ Reports 1992, 240. See https://www.icj-cij.org/en/case/80, 04. 6. 2018, respectively.

[91] C. Voigt, 10. Op .cit. R. Verheyen (2005), 174.

[92] Article 10, paragraph 1 (C) and (d) of the Kyoto Protocol; Article 10, paragraph 4 of the Paris Agreement states that what is being established is technological framework for the provision

In the context of the damage due to climate change, almost every country has the ability to take preventive measures or to reduce the risk of such damages. However, due to the cumulative effect of greenhouse gas emissions it is difficult to prove that one or more countries could prevent the occurrence of the violation.[93] In order to determine the existence of States' responsibility in these situations, the key criterion is whether the countries have taken (if they are able to take) appropriate action to reduce greenhouse gas emissions, which would lead to a substantial reduction in the contribution of these States to future damages due to climate change. Otherwise, by definition on responsibility, there would be no basis for the States' responsibility when there are more pollutants that commit the breach. This approach, according to Tol and Verheyen, has been adopted in national legislation, and could be a general principle applicable in international law.[94] Due diligence is an obligation to take every effort, which is particularly important with regard to the cumulative emissions of greenhouse gases.[95] As regards the requirement of foreseeability of damage, the corresponding relationship between the omission (for example, regulating the reduction of greenhouse gas emissions) and harmful consequences of this failure could be established when the State knows or foresees, or is supposed to know or predict, that its conduct is or will be part of a complex of causes that lead to the occurrence of damage.[96] It is considered sufficient that the State is able to predict the general consequences of its action or omission. When it comes to anthropogenic climate change, it is known that increasing concentration of greenhouse gases leads to a rise in average temperatures, resulting in a number of damages, and there is little room for the state to claim that it did not know the facts about the anthropogenic causes of climate change on which there is almost universal scientific consensus. All countries that are Parties to the UNFCCC are familiar with the fact that climate change is a real

of comprehensive guidelines for the operation of the Technology Mechanism defined by the Convention on the promotion and facilitation of measures for the development and transfer of technologies in order to support the implementation of the Paris Agreement with the aim of increasing resilience to climate change and reducing greenhouse gas emissions – *Best Available Technologies.*

[93] See R. Etinski, S. Đajić, 591 – Global pollution is the one that causes adverse international repercussions, but the process of pollution is formed in a way that a causal link between the source of pollution on the territory of the one State and the harmful effects on the territory of the other State cannot be established, as is the case with the cross-border pollution. Differentiation of global and cross-border pollution is internationally relevant because of the different possibilities of international treatment of the two international processes.

[94] R. Tol, R. Verheyen, 1117 and 1118

[95] R. Verheyen, P. Roderick, 18, op.cit. Riccardo Pisillo-Mazzeschi, "Due Dilligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States", *German Yearbook of International Law* 35, 9/1992, 48.

[96] R. Tol, R. Verheyen, 1117 and 1118, op. cit. the Report of the Commission for International Law from 64th Conference (1990).

threat and "common concern of mankind".[97] As discussed above, the determination of proportionality depends on specific facts and circumstances of the case. Harmful effects due to climate change are most often reflected in the loss of land, a lot of harm to human health and their property and potential victims. Some States, including small island states and coastal lowland zones, are affected a lot by a significant loss of territory, and only significant reduction of greenhouse gas emissions could be considered proportionate measure of the emitter state in relation to the damage.[98] However, not all States have equal opportunities or capacity to reduce their emissions, and the principle of justice can be applied, which means that the requirements for the reduction of greenhouse gases comply with current capacity of the state to prevent the damage, which is in accordance with the principle of common and differentiated responsibilities and respective competencies of Article 3.1 of the UNFCCC. This principle is a formal exception from the strict and equal treatment of States under international law and could have an impact on the constitution of proportionate measures in each case. In this context, it is very important that the States comply with the obligation to cooperate and to consult on preventive measures, to exchange information in order to carry out assessments of environmental impacts in all cases in which damage is likely to occur. This practice is successfully established in most national legislations and can be considered a general principle, or even international customary rule, achieved by Consensus reflected in principle 17 of the Rio Declaration on environment and development in 1992, and in Article 7 of the Commission draft rules of international law on the prevention of transboundary harm from hazardous activities, requiring the implementation of a risk assessment, especially for projects or industrial activities due to which, although not expected, it is possible that the damage occurs.[99]

Regarding the concept of due diligence, some harmful activities that are still not prohibited as such, or are important for the economic development of certain States, should at least be notified and consulted with potentially affected States, and appropriate measures should be taken in order to protect the States' territory and the environment. These obligations require that major emitters of greenhouse gases hold consultations with the States that are most likely to be affected by the

[97] C. Voigt, 12. Each State has discretion in choosing ways and means to reduce greenhouse gas emissions

[98] *Ibid,* 13. This is in accordance with the performed economic analysis of costs due to climate change in relation to the benefits from a strong and early action to mitigate climate change, as it was concluded in the *Stern Review: The Economics of Climate Change* (2006) that the benefits of mitigation actions significantly outweigh the costs, which means that if the action is taken earlier, the costs are lower. See more R. Verheyen, P. Roderick, 20

[99] C. Voigt, 14. See *Draft articles on Prevention of Transboundary Harm from Hazardous Activities*, *with commentaries* (2001), *http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_7_2001.pdf,* 19/ 4/2018

impacts of climate change. In this context, there is the customary legal obligation to achieve an equitable solution. This principle may be applied by analogy to the use of atmosphere as a common good of mankind, as indicated in the preamble to the Convention, which implies that States have an equal right to use the atmosphere as much as they have the right not to be endangered by dangerous anthropogenic interference with the climate system. Therefore, the obligation to consult and reach a fair solution could, in principle, be applied to issues of climate change. For this purpose, it can be argued that states have an obligation not only to reduce their emissions, but also to effectively prevent any damage as a result of climate change.

8. CONCLUSION

It is necessary to provide adequate legal protection of the atmosphere as a common good of the mankind not only at the declarative level. It is also important to consistently apply the appropriate legal rules in reality and seek mechanisms to control the implementation of these rules and appropriate sanctions for those who violate them. However, in the international law of climate change, difficulties in establishing the elements of responsibility for damages incurred as a result of climate change are evident since there is a very complex interaction relationship between the climate system and a man, with non-linear and complex causes of climate change, and it is almost impossible to establish a causal link between the conduct of a particular State (or States) and a specific and concrete damage caused by climate change. Therefore, the issue of States' responsibility for non-compliance with obligations under the Law on climate change is approached through negotiation and development of multilateral agreements, and there is no litigation before the International Court of Justice or before International Arbitration Tribunals for the time being. International climate change regime protects the autonomy of the Parties in making decisions on measures to combat climate change. Consequently, the UN Framework Convention on Climate Change does not stipulate clear and specific obligations of the Parties in terms of setting limit values for emissions of greenhouse gases, which is done only by the Kyoto Protocol. However, neither the Kyoto protocol, which in the sphere of control over meeting obligations has certain possibilities regulated by mechanism for monitoring their implementation, provides for the possibility of determining the damage caused by climate change, nor does it stipulate decisions on the eventual requirements of the State for compensation for the damage. Paris Agreement has allowed the Parties to define their policies to reduce greenhouse gas emissions through nationally defined contributions, with emphasis on the different possibilities of adaptation and mitigation of some countries with regard to specific national circumstances.

Although Article 8 of the Paris Agreement emphasises the importance of eliminating, reducing or handling compensation for damage due to adverse consequences of climate change, including extreme weather events and slow onset disasters, accompanying provisions adopted at the 21st Conference of the Parties in Paris confirmed that it does not include or provide the basis for liability or compensation. When the basis of international responsibility is customary law on concept of due diligence and the States' obligation to act with due diligence, i.e. to take all necessary measures to prevent damage due to climate change, there is also certain flexibility, which means respecting the capacity and ability of the state to reduce its greenhouse gas emissions regarding their particular circumstances and possibilities.

Therefore, we can conclude that the responsibility of the States for climate change is still quite controversial area of international law. Namely, the applicable international regulations provide a mechanism for implementation of international rules in the legal systems of the States, the mechanism of complying with the obligations and respect for different possibilities of adaptation and mitigation of some countries with regard to specific national circumstances. However, the current international regulations on climate change in their provisions do not explicitly specify that non-compliance with obligations is the basis of the international responsibility of States, nor they determine the sanctions to those that do not comply with obligations, which implies that multilateral international treaties in this field of law, as such, are insufficient guarantee that the Parties will duly fulfill their contractual obligations. Considering numerous specificities of climate change law, adversarial nature of traditional practices and the international responsibility of States do not correspond precisely to the nature of climate change and the lack of a clear causal link. In doing so, it is necessary to find a more efficient solution in the form of an appropriate mechanism or mechanisms (material and processed) to ensure consistent compliance with contractual obligations of all Parties, and thus achieve a necessary objective, which is to reduce greenhouse gas emissions and stabilise the temperature to a certain level, with the ultimate goal of preserving the environment on Earth. These mechanisms should cover both the risk reduction strategies and establishing mechanisms for transferring or sharing the risk and sanctioning of the Parties that do not comply with the obligations, as well as the possibility of compensation for the Parties that have suffered damage due to climate change.

Мр Гордана Н. Прерадовић, студент докторских студија
Универзитет у Бањој Луци
Правни Факултет у Бањој Луци
preradovic.goga@gmail.com

Међународноправна одговорност држава за климатске промјене

Сажетак: *Климатске промјене имају далекосежне штетне посљедице по еколошке системе, људске животе и здравље и економски напредак, па се поставља питање одговорности држава за климатске промјене и њихове штетне посљедице, те да ли релевантни међународни прописи који се баве климатским промјенама (Оквирна конвенција Уједињених нација о промјени климе, Кјото протокол и Паришки споразум) прописују и дефинишу одговорност државе (или више држава) за климатске промјене и штете које настају усљед климатских промјена, а до којих долази због непоштивања преузетих обавеза из наведених међународних докумената. У контексту климатских промјена примарна обавеза држава је да редукују своје емисије гасова стаклене баште и на тај начин да заштите атмосферу као опште добро цијелог човјечанства. У новије вријеме се све већа пажња посвећује прилагођавању на штетне ефекте промјене климе, као и обавезама развијених држава да помогну неразвијеним државама и државама у развоју, које су уједно и најосјетљивије на штетне посљедице климатских промјена, у финансирању и спровођењу мјера прилагођавања. У раду анализирамо и основе и елементе опште међународне одговорности држава за противправне акте, као и међународна обичајна правна правила забране чињења штете и due diligence стандарда понашања државе, као изворе међународне одговорности држава које крше наведена обичајна правна правила.*

Кључне речи: *климатске промјене, међународна одговорност држава, механизам поступања по преузетим обавезама.*

Датум пријема рада: 11.06.2018.

Прегледни чланак 343.126.1
doi:10.5937/zrpfns52-18841

Katarina S. Živanović, Ph.D. Student
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
kaca_zivanovic@yahoo.com

LIMITATION OF THE FREEDOM OF MOVEMENT OF A SUSPECT IN A PRELIMINARY CRIMINAL PROCEDURE

Abstract: *The foundations of the contemporary, democratic society which are based on the principle of justice protection of the fundamental societal values and the rule of law, designate free and unhindered implementation of the proclaimed human rights and freedoms as the postulation of its order.*

Howewer, in certain cases, in order to acomplish the criminal law protection of the societal values, it is necessary to digress from the rights and freedoms that are guaranteed both on the national and internatonal level, whenever this is justified of course. Within the constitutions of modern countries, such limitations are mostly being brought down only to certain "exceptional" cases in strongly standardized conditions. Therby we face an exception from the proclaimed right to personal freedom, where such limitation is allowed to certain extent and purpose without interfering in the essence of the guaranteed rights, during the proceedings and in cases that are determined by the law.

Limitation of the freedom of movement of a suspect is being designated by a resolution in written form established by the responsible judicial authority, primarily in order to conduct criminal proceedings. Nevertheless, in order to achieve the efficiency of a criminal proceedings and to support the decisive fight against the criminality, the right to limit the freedom of movement in a form of arrest and keeping in custody has been granted to the other State Authorities as well.

Keywords: *limitation of the freedom of movement, a suspect, the police, an arrest, a detension.*

1. LIMITATION OF THE FREEDOM OF MOVEMENT OF A SUSPECT IN THE PRELIMINARY CRIMINAL PROCEDURE IN THE REPUBLIC OF SERBIA – HISTORICAL ASPECT

1. The power of the authorities and the manner of restricting the freedom of movement of the suspect. The limitation of the freedom of movement of a suspect in a proceedings that comes before the formal criminal proceedings is not a new criminal procedural institute. However, its significance and the conditions for its implementation changed over time, with the tendency of increasing protection and proclaiming the rights and freedoms of the persons towards which these measures are being taken, as well as the roles that the authorities have in relation to the restriction of the freedom of movement of the suspect.

From the very beginning of the legal foundation of criminal proceedings, the legal authorities of the procedural bodies have been standardized, depending on the stage of the procedure in which they are applied. The legal beginning of the concept of the course of criminal proceedings was set up by the *Code of Criminal Procedure in 1865*, foreseeing the following: a preliminary investigation and proceedings before a court – a search[1]. By standardizing the general preliminary investigation (as the first part of the previous investigation, while as the second part of the preliminary investigation it foresaw prosecution, i.e. judicial investigation), the Code gave an important role to the internal affairs bodies. This role meant starting an investigation once the criminal offense was determined.[2] Within the scope of its authority, the police authorities could deprive the suspect of his freedom, or determine a *temporary (police) detention* with the main goal of bringing the suspect to the competent investigator.[3]

The further criminal trial evolution of this institute was based on the principles laid down by the 1865 Code, bearing in mind that the institution of deprivation of liberty of the suspect was primarily carried out through detention. However, what was different was who of the competent authorities and under what conditions could order the stated measure. Thus, the *Code of Criminal Procedure of 1929*[4]

---

[1] Miroslav Popović, „Fundamentals of normative regulation of criminal proceedings in the Principality of Serbia (1846-1865)", *Proceedings of the Law Faculty in Niš*, 71/2015, 91.

[2] *Ibid*.

[3] Tanja Kesić, *Position of the Suspect in Pre-trial Proceedings*, Master Thesis, Belgrade 2005, 120: stated as in: Dragana Čvorović, *Deprivation and Limitation of Freedom by the Police*, Doctoral Dissertation, Belgrade 2015, 283.

[4] The Code of Criminal Procedure, *Official Gazette* no. 45-XX/1929.

foresaw the *obligatory deprivation of liberty*[5] of the suspect as well as *optional detention*.[6]

Both types of detention could have been determined only by the judicial authority, in a written order (Article 115). However, from this procedural rule, Art. 116, the Code standardized an exception to the treatment of the police, since it (along with the undesignated judge) could have ordered the measure of detention (compulsory and optional) for the purpose of bringing the suspect to the investigating judge. Determination of the detention by the non-judicial body was conditioned by the danger of delay, or it was permitted if it was not possible to request an order from the competent judge earlier.

Unlike the 1929 statutory provision, which provided for the possibility of deprivation of the suspect's liberty by the interior affairs authority as an exception, the *Criminal Procedure Act of 1948*[7] provided such a power of the police authority as a rule, since it (Article 141) stated that "a detention order could have been ordered by an investigative authority or a public prosecutor in a written order", that is, this authority was no longer exclusively within the jurisdiction of the judicial authorities. Regarding the conditions for detention, the Law retained the same material condition – the *basis of the suspicion* that a certain person committed a criminal offense, which required the fulfillment of one of the *law predicted conditions*.[8]

In addition to this particular manner of deprivation of liberty of the suspect, where the Law stipulates that "detention may be ordered" (Article 140, paragraph 1), the institution of compulsory detention was also standardized if "a special law for a particular criminal offense requires detention" (Article 140, paragraph 2). Another difference in relation to the 1929 Code of Conduct is that, on the basis of the order of detention (of the internal affairs authorities), a person could be detained

[5] The compulsory deprivation of liberty could be determined by a judicial authority, in the case of the assumptions fulfilled by the Code and regulated by the Article 113, paragraph 1 of the Code, requiring their cumulative fulfillment. The first condition concerned the *degree of conviction* that a criminal offense was committed, while the second condition concerned the *prescribed punishment* for the committed criminal offense.

[6] Article 113, para. 2, t. 1-4 of the Code provided the following conditions for determining optional detention: "In the case of any other criminal offense, the investigating judge may order the suspect to be detained: 1. when he/she is found committing the offense; 2. if he/she is hiding or being prepared for escape, if he/she is a vagrant or an unidentified person, if he/she has no personal documents, or if there are other important reasons for which he/she might think of escaping; 3. if there is a reasonable fear that he/she will set back the investigation, either by attempting to influence the witnesses, expert witnesses or accomplices, or by seeking to destroy the evidence of the offense; 4. when special circumstances justify fear, that the suspect will repeat the crime or that he/she will try to finish the an offence left undone, or commit an offence that poses danger to others.

[7] Criminal Procedure Code, *Official Gazette of the FPRY*, number 97, year IV of November 6, 1948.

[8] Which were the conditions for determining optional detention in the earlier legal solution.

for a maximum of three days. However, the extension of the duration of the detention period could not be determined by the investigating authority which first ordered the detention. This could be done only on the basis of the decision of the public prosecutor, for three months, counting from the date on which the suspect was placed in custody (Article 142, paragraph 1 of the Law).

Furthermore, when it comes to the authorities that may impose detention as a measure of the deprivation of liberty of the suspect, the *Code of Criminal Procedure of 1953*[9], prescribed such a measure within the original jurisdiction of the internal affairs authorities, bearing in mind that they could decide to order detention (Article 183). The procedural solution to the restriction of the freedom of movement of the suspect was almost entirely taken from the previous legal solution, both in terms of the conditions and the terms of the action, with *minor changes*.[10]

However, one of the most important novelties was that the extension of detention was no longer decided by the public prosecutor, but by the competent judicial authority – the investigating judge or the judge of the district court.

The 1977 Code of Criminal Procedure[11] *proscribed the competence of the internal affairs authorities in Article 151*[12]*, according to which they could have*

[9] Code of Criminal Procedure, *Official Gazette of the FPRY* , number 40, year 9 from September 30, 1953.

[10] Article 182, paragraph. 1, the Code foresees the following: "The custody will always be determined against a person for whom there are grounds for suspicion that he/she has committed a criminal offense for which the law provides for a death sentence", and paragraph 2 of the same article stipulates that "If there are grounds for suspicion that a certain person has committed any other criminal offense, custody may be determined ", however it was necessary to fulfill certain legal requirements. The investigating judge, to whom the detained person was brought to, after the hearing, could make two decisions: 1. to release the person who was detained; or 2. to submit a proposition to the public prosecutor for the opening of an investigation (within three days, and if he does not bring the said proposition within that time frame, the person deprived of liberty would be released as provided for in Article 184,paragraphs 1, 2 and 3 of the Code).

If a person was detained by the decision of the internal affairs authority, the said authority had the duty to interrogate the detained person within 24 hours of detention. Thereafter, an internal affairs authority (or a district court judge, if he had issued a detention order), should have issued one of the following decisions according to which: 1. the detained person could be released, 2. detained or 3. conducted to the competent judicial authority (investigating judge), in accordance with Article 185. According to the decision of the internal affairs authority, the suspect could have been kept in detention for a maximum of three days, from the moment he was placed in custody. Outside of that time frame, the suspect could have remained detained provided that the decision to extend the custody was made (Article 186).

[11] Criminal Procedure Code, *Official Gazette of the SPRY,* number 4, year XXXIII of 14, January 1977.

[12] Article 151, paragraph 1 of the said Law reads: "If there are grounds for suspicion that an offense that needs to be prosecuted in the line of duty was made, the authorities of the internal affairs are obliged to take the necessary measures to find the perpetrator of the criminal offense, that the perpetrator or the accomplice does not hide or escape, to discover and secure traces of criminal offense and objects that can serve as evidence, as well as to collect any information that might be useful for the successful conduct of criminal proceedings."

deprived the person[13] *of the freedom, if the conditions for determining detention*[14] *were met, with the existence of reasonable doubt. However, the Law also foresaw, although exceptionally, the possibility of the officials of the internal affairs authorities to detain a suspect before the initiation of the investigation*[15]*, as well as when the investigating judge entrusted them with the commission of certain investigative actions under Article 162, para. 4 of this Law, if there were reasons for determining detention.*

By the Criminal Procedure Code of the Federal Republic of Yugoslavia[16], certain restrictions were imposed on the police authorities in terms of arresting a suspect, since the police could no longer order detention, although it kept the same conditions for deprivation of liberty of a suspect – a reasonable doubt and one of the reasons for detention.[17]

Namely, in the event of fulfilling the above conditions, the police could have deprived a person of their liberty, but the duty to bring such a person to the competent judicial authority (i.e. the investigating judge) was prescribed within the time limit determined by this Code.[18]

There was an exception from the abovementioned practice, in case the conditions for detaining a person were met. The person thus deprived of his liberty

[13] Article 195, paragraph 1 reads as follows: "Authorized officials of the internal affairs authorities may deprive of their liberty any person if there is any reason provided for in Article 191 of this Law, but are obliged to bring such a person without delay to the competent investigating judge ...", paragraph 2 of the said Article "If it was not possible, due to unavoidable impediments, that a person deprived of liberty is brought to the investigating judge within 24 hours, the official person is obliged to explain this delay in particular. The explanation of the delay is necessary even when the implementation was carried out at the request of an investigative judge ", and finally, paragraph 3" If the investigating judge is not in a position to make a decision on detention within the deadline, due to a delay in bringing the suspect to the judge, he/she is obliged to decide on detention immediately after a person deprived of his/her liberty was brought to him/her".

[14] This law also made a distinction between compulsory detention (prescribing conditions for its determination: reasonable doubt and the death penalty) and detention which could have been determined, where he retained the same condition of suspicion – a reasonable doubt was established, and in case it was not provided for the death penalty, but there was one of the statutory requirements of Art. 191, para. 2, t. 1, 2, 3 and 4. According to this Law, custody was primarily determined by the decision of the competent investigating judge.

[15] Article 196 of the Law made an exception, since it prescribed the authorisation of the internal affairs authorities to impose a detention that could last for three days, and in the circumstances provided by this Law.

[16] Code of Criminal Procedure of the FR of Yugoslavia, *Official Gazette FRY* , no. 70/2001 and 68/2002 and *Official Gazette or the RS,* no. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 – dr. Law, 49/2007, 20/2009 – dr. law and 72/2009).

[17] Which, as stated in the previous legal solution, could have exceptionally lasted for three days.

[18] The Code, in the Article 227, paragraph 3, prescribed a deadline in which the police authority was obliged to bring the person deprived of liberty to the competent judge – 8 hours. However, if " due to unavoidable impediments, the conduct of a person deprived of liberty lasted more than 8 hours", the police authority was obliged to specifically explain such a delay.

(in accordance with Article 227, paragraph 1, as well as the *primarily*[19] and *subsequently*[20] suspected person, the police authority could detain, but only exceptionally and in order to collect information or hearings, "no longer than 48 hours from the moment of deprivation of liberty, or responding to a summon ", as foreseen by Article 229, paragraph 1 of the Code. The Code prescribed the duty of the internal affairs authority to immediately order the detention and immediately inform the investigating judge, as well as to summarize all rights that were prescribed with this Code[21] to the suspect.

2. Treatment of a person deprived of liberty. When it comes to the treatment of authorities who, by applying their authorizations proclaimed by the law, deprived a suspect of his/her liberty, the rules proclaimed by the initial legal solutions existed during the evolution of this process institute in Serbia. Namely, the hearing of the detained person was prescribed as an obligation of the authority that ordered the measure of deprivation of liberty[22] (Article 116, paragraph 2 of the *1929 Code*). After the hearing, (by the police), the person would be released or conducted to the competent investigating judge.[23] Despite the fact that a person deprived of liberty was questioned by the police authorities, the investigating judge had the duty to hear each person in custody within 24 hours.[24]

After hearing the suspect, the judge had to immediately issue one of the decisions on the basis of which the person could be released or placed in an investigative prison (in accordance with Article 118, paragraph 2). The person who was deprived of liberty in such way had to be informed immediately, at the very moment of detention, by the competent authority, about the order in detention.[25] In a similar, almost identical way, the actions of the competent authorities were prescribed by the 1948 Act, the 1953 Code, and the 1977 Act.

---

[19] The person summoned to provide information as a suspect, who will be informed about the right to a lawyer in the summons (Article 226, paragraph 7).

[20] The summoned citizen, for whom the police authorities, when taking the testimony, estimated they could be a suspect in a particular case. In that case, the acting authority had the duty to immediately inform the suspect about the act for which he was being charged and the grounds of suspicion, the right to take a defender who will attend his further hearings, that he/she is not obliged to answer questions without the presence of his/her defender" as foreseen by Article 226, paragraph 8 of the Code.

[21] See the provisions of Article 229 of the said Code.

[22] The foregoing was determined in such a way that the person deprived of liberty had to be questioned immediately, and at the latest within 24 hours.

[23] If the existence of a legal basis for further detention could not be established, the detained person would be released. Otherwise the legislator specified the deadline of 48 hours after the hearing, in which the police had to conduct the suspect to the competent investigating judge in accordance with Article 116, paragraph 2 Code.

[24] However, this Code allowed the time for undertaking the said action to be exceptionally extended to three days, in accordance with Article 118, paragraph 1.

[25] Exceptionally, if this is not possible, the said could be communicated no later than within 24 hours from the time of the detention (Article 115, paragraph 1).

3. Civil Liberties Institute. In addition to the detention of the suspect by the state authority, all criminal procedural solutions provided for the possibility of such a restriction of the freedom of movement by each person in the event of a flagrant delict.

It was the very 1865 Code that prescribed the ability of each individual (citizen) to commit the deprivation of liberty of a person found committing a criminal offense, with the obligation to bring such a person to the competent investigator or police authority.[26] The following criminal procedural decisions kept the institution of a civil deprivation of liberty *in the event of finding a person committing an offence*, while modifying the condition relating to the act for which the person could have been deprived of his liberty in that way.[27]

4. The rights and the position of a person deprived of their liberty. Regarding the legal position of the suspect in the previous phases of the criminal proceedings, it is evident that the provisions of the initial criminal procedural decisions were far from the ideal of justice and the principles of modern criminal proceedings, bearing in mind the former legal proclamation of the obligatory absence of the defense counsel when the defendant was examined during the inquest and investigation phase.[28]

The provisions of the *Code of Criminal Procedure of 1929* improve the procedural position of the suspect, having in mind certain provisions of this Code [29] – at the first examination, as well as in the announcement of the order for detention, the suspect (Article 59) should have been educated by the investigative judge on the right to a defender (which he can take).[30]

---

[26] D. Čvorović, 282.

[27] Thus, the 1929 Code retained the same conditions, with Article 114, par. 1, t. 1-3 prescribing cases of finding an individual committing an offence, first and foremost, in order to ensure a certain degree of legal certainty for those who could have performed such an arrest. The 1948 Law prescribed that it was necessary to have a criminal offense for which the law provided for a sentence of institutional deprivation of liberty, or a prison sentence; while the legal solution from 1953 (Article 182, paragraph 3) provided that it was necessary that it be a criminal offense for which prosecution was undertaken ex officio. Such a legislator's solution was also found in the 1977, 2001, and 2011 legal provisions. Also, each of the aforementioned legal provisions envisaged the possibility that persons who deprived of liberty a suspect found committing an offence simply inform the competent public authority (judicial or police) if they could not immediately bring such a person to the competent authorities.

[28] D. Čvorović, 282.

[29] Article 3 of the Code prescribed the duty of all bodies involved in the conduct of criminal proceedings to equally appreciate the circumstances that accuse the defendant and the circumstances that serve him, as well as to teach him about his rights; Article 57 proscribes that the defendant may have a defender at any time in the proceedings for a criminal offense, and Article 60 proscribed the compulsory defense cases.

[30] The person in custody could communicate with the defense attorney in an oral or written manner (Article 67). Also, the Code prescribed the principle of respecting a person and the principle of honor (as far as possible, Article 123), as well as the duty of all procedural authorities in

The Criminal Procedure Code of 1953 brought significant progress with regard to the position of the suspect deprived of liberty by the competent authorities during the fulfillment of the procedural assumptions, since in addition to the right to defense (which was possible during the entire procedure) it brought a significant shift that is reflected in the principle of the presumption of innocence (Article 3 of the Code) as well as in the right to compensate for property damage if the defendant is unlawfully deprived of his liberty by detention or by being kept in the investigative imprisonment.

In addition to the already proclaimed obligation of the authorities to take custody of the witness for as short a time as possible, the *1977 Code* prescribed the principle of urgency in dealing of the competent authorities while the person is in detention, while the *Code of 2001* proclaimed the institute of compulsory defense in case of retention.[31]

2.LIMITATION OF THE FREEDOM OF MOVEMENT OF A SUSPECT IN A PRELIMINARY CRIMINAL PROCEDURE- CERTAIN COMPARATIVE-LEGAL SOLUTIONS

In what way the limitation of the freedom of the suspect is regulated in the two world's legal systems, Anglo-Saxon and European-continental, we will see in the representation of the basic solutions to the positive regulation of the United States and certain European countries – Germany, Switzerland, Italy and France.

Bearing in mind the procedural provisions in accordance with which the measure of deprivation of liberty of the suspect in the legal system of common law can be taken, the existence of reasonable doubt is considered a material condition, and as Simović states, the arrest which is not based on the stated degree of doubt represents an unfounded arrest and violation of the fourth amendment which regulates the area of protection of the rights to the security of the person in the US Constitution.[32]

Due to the fulfillment of the aforementioned material conditions, arrest in the law of the United States may be executed with or without an arrest warrant,[33]

the criminal procedure to take into account the duration of detention and investigative imprisonment, meaning that these should last as short as possible (Art. 129, paragraph 1).

[31] Immediately after the retention decision was made, the suspected person had to have a defense counsel whom could be chosen by him/herself, or the defense attorney would be appointed ex officio by the body of conduct (Article 229, paragraph 6 of the Code).

[32] Miodrag Simović, „Arrest and search warrant in the law of the United States of America", *Yearbook of the Faculty of Law*, University of Banja Luka, 33/2011, 74.

[33] It is important to list the cases in which the police cannot apply this authorization without an arrest warrant. These are the following cases: the police cannot arrest a person in his/her home without an arrest warrant, unless there are special circumstances or consent; also, a person

and the treatment of the arrested person depends on whether the person will be immediately brought to the investigating authorities or held at the police station.[34]

Therefore, the suspect may be arrested by the police, under the above conditions. Exceptionally, the suspect may be arrested without a warrant if the offense is committed in the presence of the police.[35]

A person deprived of liberty without delay, and at the latest within 48 hours, must be administered by the judicial authority, and the hearing of the suspect by the police is justified in order to decide whether the suspect will be released or will be carried out by the competent authority to the court.[36]

In the countries of the European-continental legal tradition, the importance of the pre-trial proceedings derives from the evident influence on the outcome of the main criminal procedure.[37] Therefore, when it comes to the way in which the internal affairs authorities act during the pre-trial procedure, it is largely unified.

The German criminal proceedings Law[38] provides for the institution of a civil deprivation of liberty[39] as well as the deprivation of liberty by the internal affairs authorities, which, apart from the flagrant delict or the person sought, may exercise this power in the event of a cumulative fulfillment of the conditions for taking this measure of procedural coercion (reasonable doubt and one of the reasons for detention), with the risk of delay. A person deprived of his liberty shall immediately be acquainted with the law provided rights (Articles 114a to 114c), and it is necessary to take the matter to the competent court (immediately and at the latest one day after the deprivation of liberty). The judge is obliged to bring the suspect to the hearing immediately, and at the latest on the next day. In the

cannot be arrested in the home of a third party without a search warrant and an arrest warrant. However, there is an exception to the aforementioned legal rule, that is, the police can perform an arrest without order in the above ways, if the reasons of urgency require so or if there is the consent of the person. Joshua Dressler*, Understanding Criminal Procedure*, New York, 1997, 148: Stated as in: M. Simovic, 75.

[34] D. Čvorović, 455.

[35] M. Simovic, 74.

[36] Ronald, J. Bacigal, *Criminal law and Procedure*, Delmar, Cengage learning, 152. Stated as in.:D. Čvorović, 473.

[37] Aleksandar Bošković, Zoran Pavlović, „Problematic review of the organization of the previous criminal proceedings in the Republic of Serbia and Croatia", *Croatian Journal of Criminal Sciences and Practice*, No. 1/2016, Zagreb, 189.

[38] The German Code of Criminal Procedure, *Federal Law Gazette Bundesgesetzblatt*, Part I p. 1074, 1319, 410/14, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html, 11.03.2018.

[39] "Any person found committing a criminal offense or a person being sought and is suspected of escaping or whose identity cannot be immediately determined can be retained by anyone without a court order," See the *Code of Criminal Procedure of the Federal Republic of Germany*, UNIVERSITY PRESS – Magistracy of editions Sarajevo 2011, 71, The German Code of Criminal Procedure, *Federal Law Gazette Bundesgesetzblatt*, Part I p. 1074, 1319, 410, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html, 11.03.2018.

event that the judge finds that the reasons for deprivation of liberty no longer exist, or that it is no longer justified, he/she will order the release of the suspect. Otherwise, by the order of the competent prosecutor (or ex officio if the prosecutor is not available), a judge may issue either a decision on detention or a decision on accommodation in an institution.[40]

The Criminal Procedure Code of Switzerland[41] almost identically determines the authorities of the police officials in the case of deprivation of liberty of the suspect, primarily having in mind the procedural provisions for the deprivation of liberty of a person found committing a criminal offense or for which there is an arrest warrant or is being sought (Article 217).

The person arrested in this way can be detained by the police for a maximum of 3 hours. Such authority belongs to every citizen in terms of civil arrest, after which the arrested person must be handed over to the police authority as soon as possible. After the arrest, the police will inform the suspect about his rights and the reasons for the arrest. The competent public prosecutor is being immediately informed about the arrest. The police are authorized to hear the suspect and take legal measures and actions in order to substantiate or reject the allegations and grounds for detention.[42]

Almost identical procedural rules governing the pre-trial phase are also found in the Criminal Procedure Code of the Republic of Italy[43], which also makes a distinction between compulsory[44] deprivation of liberty and deprivation of liberty prescribed by the law of the competent state authority[45] as well as the possibility of arrest by the citizens.[46]

---

[40] More about that in *Criminal Procedure Code of the Federal Republic of Germany*, UNIVERSITY PRESS – Magistracy of editions Sarajevo 2011, 72, The German Code of Criminal Procedure, *Federal Law Gazette Bundesgesetzblatt*, Part I p. 1074, 1319, 410, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html, 11.03.2018.

[41] Criminal Procedure Code of Swiss Confederation, (2007, amended 2017), https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/48/Switzerland/show, 01.03.2018.

[42] If it is found that there is no basis for determining detention, a person will be released, otherwise the person will be prosecuted. The time limit within which a police authority must make a decision to release a person or to bring it to the competent public prosecutor is 24 hours.

[43] Codice di Procedura Penale, https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/22/Italy/show, 07.03.2018.

[44] In the case of a flagrant delict, prescribing criminal offenses or the range of penalties that can be imposed for a committed criminal offense.

[45] It is the right of an authorized person to deprive of liberty a person found committing a criminal offense (which has not been done by negligence) in case of certain criminal acts prescribed by law (this distinction is made in relation to the level of social danger, injury and endangerment of protected goods of the man, society and state) or prescribed by the seriousness of the penalty.

[46] In this way, the arrested person needs to be administered to the police as soon as possible. In order for a person to be deprived of his liberty by a citizen, it is necessary that such a person is found committing a criminal offense for which he/she may be prosecuted *ex officio*.

In addition to the case of the offender being caught committing an offense, authorized police officers can keep the suspect detained on their own[47], before undertaking the actions prescribed by the public prosecutor.[48]

In French law[49], a criminal procedural institution restricting the freedom of movement of a suspected person is standardized so that the judicial police (*judicial police officer*) is given the authority to arrest and detain a person in the event that there is one or more credible grounds for upholding suspicion of committing or attempting to commit a criminal offense. The police are obliged to inform the competent public prosecutor about the arrest. A person arrested and detained[50] cannot be held in custody for more than 24 hours.[51] Upon expiration of 24 hours of police detention, a person will either be released or will be sent to the competent public prosecutor, according to his instructions.[52] From the procedural rule that the suspect in police custody may be kept for 24 hours, exceptions are provided, for certain offenses where police custody may last 48 hours or 72 hours (see Articles 63-4).

---

[47] If there is an inability to determine the identity of the suspected person or if the circumstances indicate a danger of escape.

[48] Also, the police will determine the detention even if the identity of the suspect is subsequently determined or there is a danger that the suspect will try to escape, so it is impossible to wait for the decision of the prosecution authority due to the necessity of an urgent action. The police will immediately inform the public prosecutor about this and the person deprived of liberty will be informed about the right to a defense counsel, or he/she will be appointed one ex officio in case of compulsory defense. However, if it is determined that there are no reasons for detaining the suspect (Article 189, paragraphs 1 and 2), that is, to meet the requirements of paragraph 2 of Article 389, the police must bring the person to the public prosecutor or the public prosecutor will come to make the final decision. The deadline for enforcement is 24 hours, but not beyond this, which means that after that time the suspect is released without the final decision of the public prosecutor, unless the public prosecutor has approved the delay. It is also stipulated that the detention and arrest of a suspect become ineffective if the time limit referred to in paragraph 3 of Article 386 is not met, that is, if the 24-hour period is exceeded. The Code further foresees that the public prosecutor may approach the hearing of the suspect. See *Italian Criminal Procedure*, Faculty of Law, University of Rijeka, Rijeka 2002, Codice di Procedura Penale, https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/22/Italy/show, 07.03.2018.

[49] Code de procédure pénale, https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/30/France/show, 04.03.2018.

[50] A police officer is also obliged to instruct the person deprived of liberty of the rights proposed by this Law, as well as about which criminal offense he/she is being charged with.

[51] However, there is a possibility to extend the duration of detention for 24 hours if there is a written authorization of the competent public prosecutor.

[52] The subsequent period of police custody may be approved by the competent public prosecutor only after the suspect is brought before the prosecutor. Exceptionally, an extension of the duration of police detention may be granted only on the basis of written permission from the public prosecutor.

3. POLICE ARREST IN POSITIVE DOMESTIC LAW (ARTICLE 291 OF THE CRIMINAL PROCEDURE LAW)

As one of the measures of procedural coercion in the preliminary procedure (as the first procedural stage preceding the formal investigation by the public prosecutor, and in its content, it represents a kind of procedural "substitute" to the former pre-trial procedure[53]), which the internal affairs authority – the police is undertaking in the case of the conditions fulfilled in accordance with the Code of Criminal procedure[54], the deprivation of liberty of the suspected, or police arrest, is standardized.

Namely, the restriction of personal liberty, by deprivation of liberty of the suspect, is possible, first of all, on the basis of a court decision. However, from the legal position of the police, as the first link in the chain of social responses to unlawful behaviors, it is logical to authorize this administrative authority to short-term detention of the suspect in prison before taking him/her to the judicial authority.[55]

The Code of Criminal Procedure of the Republic of Serbia proclaims that the arrest may be: police arrest (Article 291 of the Code) and arrest in the commission of a criminal offense, the so-called civil arrest (Article 292 of the Code). Instead of the earlier term deprivation of liberty, the legislator decided to use the term arrest, which, according to some authors[56], is justified.

A positive procedural solution provides that the notion of deprivation of liberty is a generic term, and that the deprivation of liberty, in accordance with Art. 2, para. 1, p. 23 – "arrest, detention, ban on leaving the apartment, custody and staying in an institution which, in accordance with this Code, shall be counted as custody".

In spite of the establishment of the lowest level of confidence (reasonable doubt[57]) that is necessary for the conduct of pre-investigative and investigative proceedings, the legislator nevertheless, when standardizing the basis of the deprivation of liberty of the suspect by the police, prescribes reasonable doubt in an attempt to raise the level of protection of human rights and fundamental freedoms,

---

[53] Milan Škulić, Tatjana Bugarski, *Criminal Proceedings*, Faculty of Law in Novi Sad, Novi Sad 2015, 357.

[54] Code of Criminal Procedure, *Official Gazette of the RS,* no. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013. and 55/2014.

[55] Saša Knežević, "Limitation of personal liberty by detaining the suspect", *Proceedings of the Law Faculty in Novi Sad*, 1/2011, 168.

[56] Bearing in mind that this is a term that is domesticated and fully recognizable, so that it makes it possible to clearly distinguish one of the existing forms of deprivation of liberty. Goran P. Ilić *et al*., Commentary on the Code of Criminal Procedure, Official Gazette, 2016, 739.

[57] "The reasonable doubt involves a certain degree of possibility that someone has committed a crime, and this possibility is still less than the opposite possibility that he did not do it." See Snežana Brkić, "Critical review of the regulation of the investigation into the CPC of Serbia from 2011", *Proceedings of the Law Faculty in Novi Sad*, 2/2015, 565.

as well as the procedural guarantees of arbitrary treatment by the public authorities. In addition to reasonable doubt, the Code precisely states the need for the existence of one of the conditions for determining detention.[58]

When executing this process of procedural coercion, the police do not pass any special decision, so there is no possibility of investing a special legal remedy against the said action, and control of the legality of treatment in these cases is realized in the further stages of the procedure.[59] Such a legal solution is justified, and the reasons for its justification are found primarily in practice, since otherwise it would be difficult or even deliberate the attempt of the legislator to achieve the principles of effective fight against crime.

The basic task of the police is to bring the arrested person to the prosecutor without delay. Any detention of a person not caused by objective difficulties of prompt delivery to the prosecutor would constitute an illicit conduct by the police. In this regard, the police is obliged to submit a report to the public prosecutor in which the reasons and the time of the arrest will be clearly stated.[60]

Every enforcement of a suspect that lasted more than eight hours (Article 291, paragraph 3) must be specifically explained, on which the public prosecutor shall make an official note. Following the implementation of the arrested person by the public prosecutor, pursuant to Article 293 of the Code, the public prosecutor is obliged to inform the arrested person about the rights (from Article 69, paragraph 1 of this Law) and to question him/her. Also, the arrested person will be allowed to inform his/her defender about the above.[61]

---

[58] The conditions for detention as a measure to secure the presence of the defendant are laid down in Article 211 of the Code by stating that the detention may be ordered against a person for whom there is a reasonable doubt that he/she has committed a criminal offense if: "1) his identity is hidden or cannot be established it obviously avoids the appearance as the Accused at the main trial or if there are other circumstances indicating the danger of escape; 2) there are circumstances indicating that they will destroy, hide, modify or falsify the evidence or traces of the offense or if special circumstances indicate that they will interfere with the procedure by influencing witnesses, accomplices or concealers; 3) the special circumstances indicate that they will repeat the crime within a short period of time or complete the attempted criminal offense or commit the criminal offense under threat; 4) for a criminal offense he/she was charged with, there is a prescribed sentence of imprisonment for more than ten years or a prison sentence of more than five years for a criminal offense with elements of violence or a sentence of imprisonment of five years or more severely punished by the judgment of the first instance court, and the manner of execution or the severity of the consequences of the criminal act has led to disturbance of the public that can endanger the unhindered and fair conduct of criminal proceedings ..."

[59] G. P. Ilić *et al*., 739.

[60] *Ibid*.

[61] In addition to the obligation of the public prosecutor to inform the arrested about the rights provided for in Article 69, para. 1 of this Code, the public prosecutor shall be obliged to "allow the arrested person, in his presence, to use the telephone or other electronic messenger directly or through family members or a third person whose identity to the public prosecutor must be disclosed and, if necessary, find a defense attorney ", Art. 293, para. 1.

If, pursuant to Article 293 of the Code, the arrested person does not provide the presence of a defense counsel within the legal period (24 hours) or declares that he does not want to take a defense counsel, the public prosecutor is obliged to question him without delay. In the case of a compulsory defense (in accordance with Article 74), if the arrested person does not take a defense counsel (within the legal period of 24 hours from which he was informed of this right) or declares that he/she will not be taking a defense counsel, the defense attorney will be appointed ex officio (Article 74, paragraph 2).

After hearing the suspect, the public prosecutor may release him/her or make a proposal to the pre-trial judge to order detention. In this way, the role of the preliminary procedure judge is highlighted, although it is being suppressed by the concept of a public prosecutor's investigation, since the judicial authority is primarily responsible for the preservation and decision-making regarding the rights and freedoms of the suspect.[62]

The police, as a body of executive power, are given a specific double role, which is reflected in the duty and obligation of protecting human rights and freedoms, on the one hand, and under the conditions prescribed by law, the restriction of these rights and freedoms, on the other. This can be achieved with full respect for the principles of legality and proportionality in the application of police powers.[63]

When it comes to the second aspect of the detention prescribed by the Code, the legislator foresees the possibility for each person to arrest an individual found committing a criminal offense, for which he/she will be prosecuted ex officio (Article 292, paragraph 1), imposing an obligation to hand over such a person to the public prosecutor or the police, in accordance with Art. 292, paragraph 2 of the Code.

This is understandable, since it is difficult to expect citizens to know in each specific case whether the legal presumptions for detention have been met at the time of the arrest.[64]

4. DETENTION OF A SUSPECT IN POSITIVE DOMESTIC LAW (ARTICLE 294 OF THE CRIMINAL PROCEDURE LAW)

"The detention of a suspect is a measure of procedural coercion, which, by a decision of the public prosecutor or police, if the public prosecutor entrusts the

[62] Of course, this does not mean that other bodies in the proceedings (public prosecutor and police) are exempted from the duty of protecting basic human rights. Each of the bodies of treatment, in addition to the code of normative duties, as a duty that has the general character, applies to all bodies, which is the very protection of human rights and freedoms, proclaimed both by national and international normative legal regulations.

[63] Zvonimir Ivanovic, Ivan Radojkovic, "Police Retaining Persons in the Legislation of the Republic of Serbia", *Legal Topics*, 2/4, Novi Pazar 2014, 8.

[64] Aleksandar Tresnjev, Measures to ensure the presence of the defendant and the undisturbed conduct of criminal proceedings, Belgrade 2016, 489.

decision to it, the person deprived of liberty is being detained for a short period of time in order to collect information or to proceed with the hearing."[65] The authority to retain the suspect is an authority given to the public prosecutor so that this body would not, in particularly complex situations, be required to act within unrealistic deadlines (sometimes due to the necessity for prolonged hearing or gathering of more extensive material, the public prosecutor and the police will require additional time). If the public prosecutor was limited by the regular, short deadlines, it would often be impossible for him to adequately prepare the material that would be sent to the pre-trial judge with a motion for detention.[66]

Therefore, the police cannot decide by themselves to detain the person, i.e. the suspect, in pre-investigative proceedings up to 48 hours, but they may issue a decision on detaining once the prosecutor who has decided to detain the person entrusts this power to them. However, this is not an adequate legal solution, since it makes no sense that one body makes a decision, and the other (conditionally – by trusting the decision-making body), practically only makes a resolution by which such a decision is formally manifested.[67]

The categories of persons subject to detention may be: persons arrested by the police (pursuant to Article 291, paragraph 1 of the Code), persons arrested by citizens (civil arrest, Article 292, paragraph 1 of the Code) , the suspect (primarily suspect, the person summoned as a suspect, Article 289, paragraph 1 of the Code) and the person summoned as a citizen but for which, during the collection of the notifications it was determined he/she might be a suspect- subsequently suspect (Article 289, paragraph 2 of the Code).

The Code prescribes that retention, which can be determined exclusively for the purpose of questioning the suspect[68] and last up to 48 hours, is determined on

---

[65] S. Knezevic, 172

[66] G. P. Ilić *et al*., 744.

[67] M. Škulic, T. Bugarski, 376.

[68] One of the most important evidence that can be collected at this stage of the proceedings is certainly the hearing of the suspect. In addition, the difference between the hearing of the suspect and the hearing of the arrested person was made (Articles 289 and 293 of the Code). While the first hearing refers to a person who responded as a suspect to a police summons, or was informed during an informative interview that the police consider him/her a suspect, the second is related to the hearing of a person arrested by the police or citizens and conducted to the public prosecutor. The hearing of the suspect may be done by the police and the public prosecutor, but the hearing of the arrested person is in the exclusive jurisdiction of the public prosecutor. The condition of the sine qua non that the testimony received at the hearing of the suspect could be used as evidence in the criminal proceedings is the presence of the defense counsel, while, when hearing the arrested person, the presence of a defense counsel is required only in the case of a compulsory defense. Another novelty is the fact that the public prosecutor decides on the detention of the suspect, and an appeal against the decision to determine detention can be appealed against by the preliminary procedure judge (Article 294, paragraphs 1 to 3 of the Code). See Goran Ilic, „Public Prosecution and Police Relations", *Criminology and Criminal Law Journal*, 2-3 / 11, 319.

the basis of a decision in the form of a resolution, which is primarily brought by the public prosecutor in accordance with the provisions of Article 294, paragraph 2 of the Code.

However, the said decision may also be made by the police, although the Code does not prescribe the original jurisdiction of the said decision-making body, but only provides such a possibility in the event of the approval of the public prosecutor. The decision on detaining the suspect, issued by the said authorities, shall be made immediately, i.e. no later than 2 hours from the moment in which the suspect was informed of his/her detention (pursuant to Article 294, paragraph 2).

Compulsory elements of the detention decision, the Code envisages in Article 294, paragraph 2 "The decision must specify the act for which the suspect is being charged for, the reasonable doubt, the day and the time of the deprivation of liberty or the response to the summons, as well as the time of the beginning of detention." The explanation of the retention order must have a reasoning and a basis for detention, having in mind the legal provisions that the police arrest is provided for in Article 291, paragraph 1 of the Code, if there are reasons for ordering detention[69], in accordance with Article 211 of the Code.[70]

The legislator, unlike in the police arrest cases, Article 294, paragraph 3, prescribes the possibility of declaring a legal remedy, that is, the court appeal, on the decision to detain the suspect, providing for the persons who can file a remedy (the suspect and the defense counsel for the suspect) or the appeal, as well as for the deadline in which the appeal must be filed (6 hours after the delivery of the decision).

The significance of the role of the judicial authority in the pre-trial procedure is reflected in the provisions of the Code which provide that a decision on the filed appeal is made by a preliminary procedure judge within four hours, counting from the moment of receipt of the appeal. The stated regular remedy does not delay the execution of the decision (Article 294, paragraph 3 of the Code).

This act of procedural coercion in pre-trial proceedings is a specific case of compulsory defense,[71] and in addition to the aforementioned right, the suspect has rights proclaimed by Article 69, par. 1 Code.

Finally, the treatment of persons deprived of their liberty on any ground, in the sense of the constitutional principle, is prescribed as an obligation of human treatment against such persons, with the prohibition of the use of violence and extortion of the statement (Article 28 of the Constitution[72] of the Republic of Serbia).

---

[69] Answer given at the session of the Criminal Department of the SCC, April 4, 2014. See Goran P. Ilić *et al*., 744.

[70] G. P. Ilić *et al*., 744.

[71] Article 294, paragraph 5 states that "The suspect must have a defense attorney as soon as the body of the proceedings ... has issued a retention order. If the suspect himself does not provide a defense counsel within four hours, the public prosecutor will provide one ex officio, in the order from the list of attorneys submitted by the competent Bar association. "

[72] Constitution of the Republic of Serbia, *Official Gazette of RS*, no. 98/2006.

5. ARREST AND DETENTION IN THE PRACTICE OF THE POLICE ADMINISTRATION OF ŠABAC SINCE THE YEAR 2014 UNTIL THE YEAR 2017 INCLUSIVE[73]

The author conducted a research in the area of the Police Administration in Šabac, which covers the period from 01.01.2014. ending 31.12.2017. in order to determine certain parameters in relation to which the legal powers apply the measure of restricting the freedom of movement of the suspect in the pre-trial procedure are most applied.

Table and chart no. 1. depict the total number of detention and police arrest in the mentioned period, expressed as a percentage. Based on this representation, it is noticed that there is no correctness of the relationship between these two acts of procedural coercion. While the detention cases have primarily shown the increasing trend in the first three years of the research period (in order to decrease significantly during the last year), the number of arrest cases has been gradually increasing, year-by-year.

Table 1.

PA	DETENTION		POLICE ARREST		TOTAL	
ŠABAC	NUMBER	%	NUMBER	%	NUMBER	%
2014	63	11.9	80	21.2	143	15.7
2015	116	21.8	91	24.1	207	22.8
2016	200	37.7	93	24.6	293	32.2
2017	152	28.6	114	30.2	266	29.3
TOTAL	531	100.0	378	100.0	909	100.0

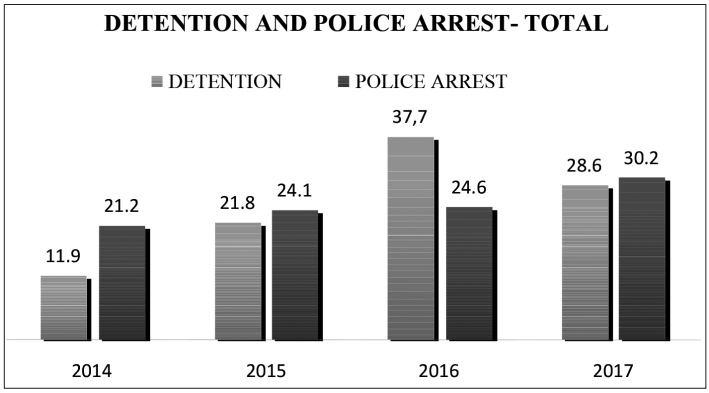


Chart 1.

[73] The statistics used in the work were obtained on the basis of the decisions of the Higher Public Prosecutor's Office in Šabac A No. 131/18 of 30 March 2018. the Police Administration in Šabac, 05/19/7, No. 118/18 of 04 April 2018, and a direct insight into the decision made by the Basic Public Prosecutor's Office in Šabac on April 5, 2018.

The following table-graphic representation (tables 2 and 3, Charts 2 and 3) refers to the individually shown measures limiting the freedom of movement of the suspect in the pre-investigation process, in order to better understand the above-mentioned irregularities.

Table 2.

PA ŠABAC	DETENTION	
	NUMBER	%
2014	63	11.9
2015	116	21.8
2016	200	37.7
2017	152	28.6
TOTAL	531	100.0

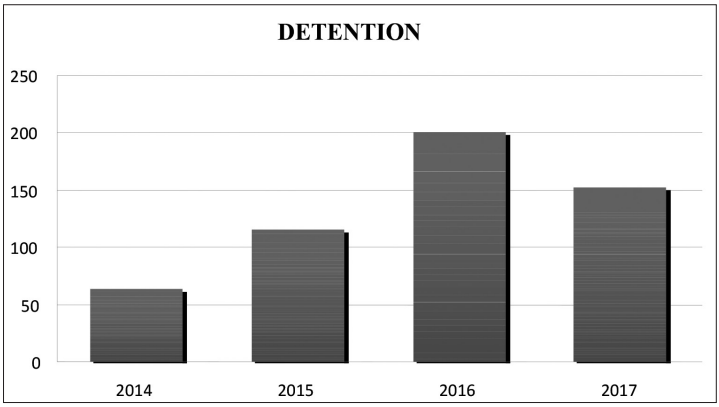


Chart 2.

Table 3.

PA ŠABAC	POLICE ARREST	
	NUMBER	%
2014	80	21.2
2015	91	24.1
2016	93	24.6
2017	114	30.2
TOTAL	378	100.0

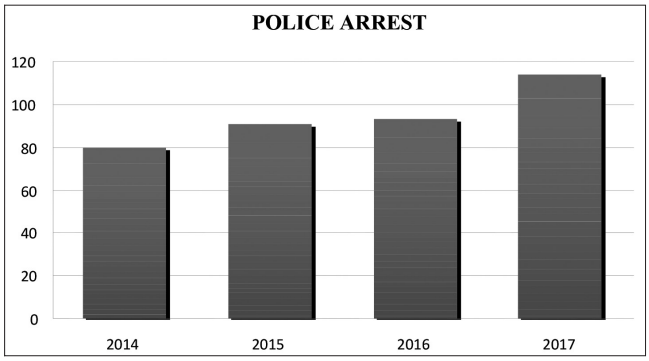


Chart 3.

When it comes to the gender of the persons according to which the measures of restraint of freedom of movement in the pre-investigative procedure are applied, from the following representations (table and chart 4) it is noted that, each year, the male population is the dominant category, whereas the female population is far away less affected by the aforementioned measures of procedural coercion, although there is still a trend of increasing the number of women against which these measures are applied, year-by-year.

Table 4.

PA ŠABAC	DETENTION				POLICE ARREST				TOTAL			
	MALE		FEMALE		MALE		FEMALE		MALE		FEMALE	
	No.	%	No.	%	No.	%	No.	%	No.	%	No.	%
2014	60	11.9	3	11.1	76	21.0	4	25.0	136	15.7	7	16.3
2015	108	21.4	8	29.6	89	24.6	2	12.5	197	22.7	10	23.3
2016	192	38.1	8	29.6	86	23.8	7	43.8	278	32.1	15	34.9
2017	144	28.6	8	29.6	111	30.7	3	18.8	255	29.4	11	25.6
TOTAL	504	100.0	27	100.0	362	100.0	16	100.0	866	100.0	43	100.0

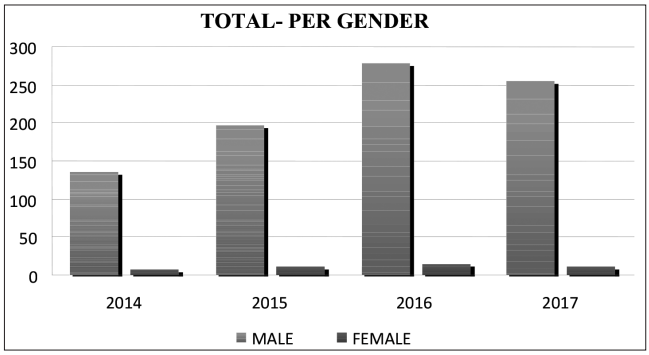


Chart 4.

In relation to the parameter of the age of a person who was deprived of freedom of movement by detention or arrest, it can be seen from the table that minors (persons under 18) are the least affected age category, followed by persons over 60, persons aged 41-60 years, and that these measures were mostly taken against persons aged between 21 and 40. From the above, it can be concluded that, in the majority of cases, mostly middle-aged persons are being suspected of committing criminal offenses.

Table 5.

PA ŠABAC	2014		2015		2016		2017		TOTAL	
	DETENTION	**ARREST**	**DETENTION**	**ARREST**	**DETENTION**	**ARREST**	**DETENTION**	**ARREST**	**DETENTION**	**ARREST**
	No.	No.	No.	No.	No.	No.	No.	No.	No.	No.
14 и 15	0	0	0	0	0	0	1	2	1	2
16 и 17	0	2	4	1	1	1	3	3	8	7
18-20	6	7	13	8	18	8	5	7	42	30
21-30	27	25	37	26	47	26	40	26	152	102
31-40	15	24	33	22	63	23	47	38	158	107
41-50	10	9	14	13	36	20	24	20	84	62
51-60	3	9	11	15	22	12	21	12	57	48
60+	3	4	4	6	11	3	11	7	29	20
TOTAL	65	80	116	91	201	93	152	115	531	378

Certainly, the indispensable criterion, which is shown in table no. 6, refers to the type of crime. Taking into account the daily presence of certain types of crime, it is quite possible to reach the established results. Namely, the leading place is taken by the general criminality, i.e. crimes against life and body, property, sexual freedom, human health, as well as marriage and family; then criminal offenses against the economy and the environment, while for crimes against the constitutional order and security of the Republic of Serbia and the security of computer data, no measures were imposed to restrict the freedom of movement towards suspects in pre-trial proceedings.

Table 6.

PA ŠABAC	2014		2015		2016		2017		TOTAL	
	DETENTION	**ARREST**	**DETENTION**	**ARREST**	**DETENTION**	**ARREST**	**DETENTION**	**ARREST**	**DETENTION**	**ARREST**
	No.	No.	No.	No.	No.	No.	No.	No.	No.	No.
CRIME AGAINST ECONOMY	0	5	12	2	5	5	8	1	25	13
CRIME AGAINST THE ENVIRONMENT	0	0	0	0	0	0	4	4	4	4
CRIME AGAINST THE CONSTITUTIIONAL ORDER AND SECURITY OF THE RS	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
CRIME AGAINS LIFE AND BODY, PROPERTY, SEXUAL FREEDOM, HEALT, MARRIAGE AND FAMILY	63	75	104	89	195	88	140	109	502	361
CRIME AGAINS THE SECURITY OD THE COMPUTER DATA	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
TOTAL	63	80	116	91	200	93	152	114	531	378

Finally, table no. 7. represents the most common crimes, for whose execution, in most cases, the suspected person has been deprived of the freedom of movement by the organs of pre-trial proceedings. The significance of this individual representation stems from the efforts to determine which crimes are most dominant in the practice of the Police Administration in Šabac.

Table 7.

PA ŠABAC	2014		2015		2016		2017		TOTAL	
	DETENTION	**ARREST**	**DETENTION**	**ARREST**	**DETENTION**	**ARREST**	**DETENTION**	**ARREST**	**DETENTION**	**ARREST**
	No.	No.	No.	No.	No.	No.	No.	No.	No.	No.
MURDER – art. 113of CC	6	4	8	3	2	2	3	0	19	9
FIRST-DEGREE MURDER – art. 114of CC	2	1	1	0	10	1	0	1	13	3
SERIOUS BODILY INJURY – art. 121of CC	1	2	1	1	1	6	4	0	7	9
RAPE – art. 178of CC	0	0	0	2	3	0	1	1	4	3
THEFT – art. 203of CC	3	3	0	2	8	3	5	3	16	11
HEAVY THEFT – art. 204of CC	7	9	11	2	33	2	16	4	67	17
ROBBERY – art. 206of CC	9	5	27	9	14	3	12	5	62	22
DOMESTIC VIOLENCE – art. 194of CC	5	3	23	28	84	42	71	42	183	115
ILLEGAL PRODUCTION AND TRAFFICING OF DRUGS – art. 246of CC	18	7	18	4	21	3	13	4	70	18
UNAUTHORISED POSSESION OF DRUGS – art. 246Aof CC	0	5	1	2	7	5	1	9	9	21
SERIOUS CRIME AGAINST THE SECURITY OF PUBLIC TRAFIC – art. 297of CC	0	8	0	10	0	6	0	6	0	30
TOTAL	51	47	90	63	183	73	126	75	450	258

In the end, it is important to note that during the above research period, the Higher Public Prosecutor's Office in Šabac did not issue any decision to keep a the suspect in custody during the pre-trial procedure, while the Basic Public Prosecutor's Office in Šabac issued only one such decision, and all other decisions on detaining the suspect were made by the police. Bearing in mind the abovementioned, the conclusion is drawn that the implementation of the legal provisions in practice, relating to the original jurisdiction for the adoption of the said decision by the Public Prosecutor's Office, is an exception.

6. CONCLUSION

Starting from the first legal solutions in the criminal process practice of Serbia, significant powers of state authorities related to the restriction of the freedom of movement of the suspect in the phases preceding the formal criminal procedure are obvious.

Historically, the legal authority to undertake the measures of deprivation of liberty of the suspect in pre-trial proceedings was placed in the hands of the internal affairs organs, the public prosecutor and the judicial authorities, with complete absence or recognition of some of the suspects' rights. The initial solutions featured much less guarantees of protection of the procedural position of the suspect compared to the one that exists today in positive law.

As the proclaiming of certain rights and freedoms, among other things, has the role of limitation of the state power, the evolution of the level of protected rights itself depends on the relationship between the individual and the state. Thus, the initial criminal procedural solutions were far from the ideal of justice, bearing in mind the non-proscribing of the right to a defence for the suspect. However, raising the awareness of the state and society as well as the liberalization of the said relationship, the rights of persons who are bearers of deviant, anti-social behavior have been gradually legalized (the right to a defense during the entire procedure is prescribed, along with the mandatory defense, the right to material compensation due to unfounded deprivation of liberty etc.), which consequently results in a significant improvement in the procedural position of the suspect and the efforts to achieve procedural equality of the parties in the criminal procedure.

The criticism of the expert public in relation to earlier legal solutions concerned primarily the prescribing of the possibility of non-judicial bodies to order detention, which is almost unthinkable today, especially given the role of the court as an independent state body that decides on the restrictions of rights and the freedom of the defendant in the criminal proceedings.

However, this postulate of humanity and democracy is being opposed by a demand for an effective fight against crime, for the protection of fundamental social values. In that sense, the constitution of modern states as well as international legal regulations prescribe the possibility of restricting the freedom of movement of the suspect and by non-judicial authorities as well – the police and the public prosecutor.

This, of course, does not mean that there is no prohibition against arbitrary actions of public authorities, since they are authorized by the Constitution and by the law to take measures of deprivation of liberty under strictly predicted conditions. Recognizing the importance of adequately confronting increasingly diverse forms of crime and its bearers, normative acts not only give the authority to limit the freedom of movement to state bodies, but to citizens as well.

Катарина С. Живановић, студент докторских студија
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
kaca_zivanovic@yahoo.com

Ограничење слободе кретања осумњиченог у предистражном поступку

***Сажетак**: Темељи савременог, демократског друштва засновани на начелу правичности, заштити фундаменталних друштвених вредности, владавини права, као претпоставку остваривања свог поретка постављају слободно и несметано уживање прокламованих људских права и слобода.*

Међутим, у одређеним случајевима, а у циљу остваривања кривично-правне заштите друштвених вредности, потребно је и оправдано одступити од, на националном и међународном нивоу загарантованих права и слобода. Уставі савремених држава, углавном такво ограничење своде само на случајеве „изузетности", у строго нормираним условима. Тиме долази до одступања од прокламоване неприкосновености права на личну слободу, где је такво ограничавање допуштено у одређеном обиму и сврси, без задирања у суштину зајемчених права, у поступку и у случајевима утврђеним законом.

Ограничење слободе кретања осумњиченог, прописује се првенствено у циљу вођења кривичног поступка одлуком коју у писаној форми доноси надлежан судски орган. Међутим, ради постизања ефикасности кривичног поступка, те одлучне борбе против криминалитета, овлашћење ограничавања слободе кретања у виду хапшења и задржавања дато је и другим државним органима.

***Кључне речи**: ограничење слободе кретања, осумњичени, полиција, хапшење, задржавање.*

Датум пријема рада: 12.09.2018.

Оригинални научни рад 347.56:338.3]:061.1EU(497.11)
doi:10.5937/zrpfns52-18018

Miloš B. Sekulić, Ph.D. Student
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
milossekulic89@gmail.com

DEVELOPMENT RISKS – DEFINITION UNDER EUROPEAN UNION LAW AND JUSTIFICATION FOR IMPLEMENTATION IN SERBIAN LAW

***Abstract**: This paper analyses one of the most important and current issues related to the liability of the defective product producer, given that this form of liability has gained importance as a result of the development of consumer rights, the emphasis being on development risks as one of the bases for the exoneration of the producer as a responsible person. After a brief presentation of the liability of the producer of the defective product, the focus of the paper shifts to the institution of development risks, which is presented first from the aspect of the Directive on Liability for Defective Products in which it first appeared, while analysing the views of the European Court of Justice and all open issues thereof, as well as the recognition of its advantages and disadvantages. The final chapters of the paper examine whether development risks alter the legal nature of the producer's liability, i.e. whether they lead to the penetration of subjective elements into his traditionally objective liability, and analyse the justification for introducing this institution into the Serbian legislation, with the identified advantages and disadvantages.*

***Keywords**: objective (strict) liability of the producer, defective product, unknowable defects, level of scientific and technical knowledge.*

1. INTRODUCTORY CONSIDERATIONS

The liability of the defective product producer represents an important form of liability for damages in all legal systems. In theory, it is treated and has always been treated as an objective, i.e. strict type of liability, that is, liability irrespective

of fault, the issue seemingly not being controversial. With the emergence of development risks as the bases for exculpation of the producer of defective product as responsible person from liability, the objective character of this type of liability became questionable. The essence of the problem is: Whether the inability of the producer to detect the defect of a product at the time of its release on the basis of the level of scientific and technical knowledge (development risks) should lead to his absolvent from liability and whether this introduces subjective elements into something previously considered in theory as purely objective liability?

The development risks had been defined in *European Union law* (hereinafter periodically also abbreviated as the EU law) in *Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States relating to liability for defective products*[1], (hereinafter periodically also abbreviated as the Directive), which was amended and supplemented by the *1999 Directive*[2], and thus found its way to the legal systems of almost all European countries.

The Serbian legislation does not recognize development risks, and whether it is justified to include them among the exculpatory grounds can be seen only after a detailed analysis of the purpose of their existence, as well as of the pros and cons that characterize them.

2. LIABILITY OF THE PRODUCER OF DEFECTIVE PRODUCT

As already stated at the outset, the liability of the defective product producer has been traditionally classified as objective (strict) liability, in the sense that it is the duty of that entity which has produced and placed on the market a product with deficiency that poses a greater risk of harm to man and the environment to be liable for the damage which such a product inflicts. Several persuasive arguments speak in favour of the producer's liability – he has received economic benefits from defective products, so it is logical for him to bare the harmful consequences in case they are inflicted by the product, furthermore the producer is most aware of the greater risk arising from the product's deficiency, as he is most familiar with the properties of the product, etc.

---

[1] Council Directive 85/374/EEC of 25th July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, *Official Journal of the European Communities*, L 210 Volume 28/1985.

[2] Directive 1999/34/EC of the European Parliament and of the Council of 10 May 1999 amending Council Directive 85/374/EEC of 25th July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, *Official Journal of the European Communities,* L 141 Volume 20/1999.

Historically, this type of liability has gained in importance with the rise of mass consumption products, because these may dispense mass, serial damage to a large number of persons. In the first place, these are industrial products, but this does not necessarily need to be the case, since the producer always has strict liability regardless of wrongdoing, even in case he had produced a craftsmanship product or a unique product.

The thing that triggered a far-reaching reaction of legal experts and the regulation of this kind of liability on the European level was the emergence of a drug called *thalidomide* which was used by the pregnant women during the 1970s, which, as it later turned out, had side effects that led to the birth of thousands of children with deformities.[3] In order for this not to happen again, the *European Convention on Product Liability in regard to Personal Injury and Death*[4] was adopted in 1977 within the Council of Europe's framework. As a predecessor of the aforementioned Directive, it imposed an obligation for the Member States of the today's *European Union* (hereinafter periodically also abbreviated as the EU) to implement it in its national legislation and prescribe the producer's liability, because of which it nowadays represents one of the pillars on which the EU consumer law stands.[5]

The Directive removed the differences in the national legislations of the EU Member States with regard to the nature of the producer's liability by prescribing this liability as objective one. Up until then, national legislation generally provided for the subjective liability of the producer, whilst this liability was objective, i.e. strict in France, Belgium and Luxembourg. The Legal Affairs Committee was of the view that the introduction of objective liability protects consumers, and that the producer is in the best position to know whether a product on the market has a defect because he has the easiest access to information, and can also calculate the price of the product so that it exceeds the high costs of the insurance premium against the damage that such a product might cause.[6]

---

[3] See: Maria Karanikić Mirić, *Objektivna odgovornost za štetu* (Strict liability for damages), Belgrade 2013, pp. 191-192.

[4] European Convention on Products Liability in regard to Personal Injury and Death, *European Treaty Series,* No. 91/1977.

[5] The Directive was adopted with the aim of eliminating the noticed differences in the domestic laws of the Member States of the EU, which led to distortions in relation to competition and negatively affected the freedom of movement of goods in the common market, another reason for its adoption being the need for homogenous legal regime of protection of aggrieved consumers. For more about this see: Petar Đundić, Harmonizacija pravila o odgovornosti proizvođača u državama članicama EU i najvažnije odredbe Direktive o odgovornosti za proizvode sa nedostatkom (85/385/EC) (Harmonization of the Rules on Producer's Liability in the EU Member States and the Most Important Provisions of the Directive on Liability for Defective Products (85/385/EC)), *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* (Proceedings of Novi Sad Faculty of Law) 2/2009, p. 459.

[6] Lori M. Linger, The Products Liability Directive: A Mandatory Development Risks Defence, *Fordham International Law Journal* Volume 14 2/1990, pp. 483-484.

The term product in the Directive encompasses movable items, including those that are incorporated into other movable or immovable property, as well as electricity.[7]

According to the solution from the Directive, the product has a defect if it does not provide the appropriate security expected by others, taking into account all the circumstances of the case, and in particular the advertisement, the normal use of the product and the time when the product was put into circulation. It is explicitly stipulated that it will not be considered that the product is defective if subsequently a better product is released into circulation.[8] Therefore, the Directive has defined the concept of defect, which is essential for the liability of the producer under discussion here, in a generic manner, without any classifications that could be carried out.[9]

In the first place, the Directive envisages the liability of the producer, which it recognizes in the producer of a final product, raw material or component, as well as the person who, by placing his name, brand name or any other distinctive characteristic, designates himself as the producer. The producer is also equated with the importer of products for the territory of the European Union if he imported the products as part of his regular business activity, and lastly, there is the seller's liability, if the product does not indicate who the producer is and the seller did not inform the injured party about his identity within a reasonable time, as well as in case when it is not known who is the importer of a product, regardless of whether the producer is designated or not.[10]

---

[7] Art. 2. of the Directive.

[8] Art. 6. of the Directive.

[9] In theory, there is a division into structural defects, production shortcomings, and lack of information. "Structural defects are the dangerous properties of products that arise at the level of conceptual and technological design of the product concept and the way of its production, and are necessarily found in each individual product of the series produced according to such a plan. The shortcomings in production exist when a particular product is different from other products in the series in which there is no structural defect, that is, when a particular product does not meet the standards of the series and because of this deviation presents an increased risk. Deviations in the production process can arise from any cause (human error, machine malfunction, defect in raw materials, etc.), but also when the manufacturer has acted with all necessary attention." The shortcomings in the notification would be the failure of the manufacturer to pre-empt the occurrence of damage, which he could have predicted, from the regular hazardous properties of things, by informing consumers about safe ways to use the product or on possible dangers in certain ways of using it. For more on this see: Silvija Petrić, Maja Bukovac Puvača, Problem razvojnih rizika kod odgovornosti za neispravan proizvod (The Problem of Development Risks in Liability for a Defective Product), *Zbornik radova međunarodnog savjetovanja „Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse"* (Proceedings of the International Consultation "Current Affairs of Civil and Commercial Legislation and Legal Practices") Neum 1/2008, p. 211. In the United States, the Restatement of Law (Third) – Torts, adopted by the American Law Institute in 1998 instituted a division into defects in the production process, for which the manufacturer is liable irrespective of his guilt, defects in terms of product design and warning defects, for which the manufacturer is liable on basis of his fault. For more on this see: P. Đundić, pp. 463-464.

[10] Art. 3. of the Directive.

The producer, as well as the importer and seller, shall be liable for damage to the injured person due to death or personal injury, as well as for property damage, whereby the Directive requires that the injured party had used the destroyed or damaged product for private purposes or consumption and that the damaged product was generally intended for such use and consumption. With regard to property damage, the Directive provides for a census of EUR 500.[11]

In terms of Serbian law, it is first necessary to say that *Zakon o obligacionim odnosima*[12] (the Law of Contracts and Torts, hereinafter periodically also abbreviated as ZOO) was the first regulation in Europe that regulated the liability of the producer of a defective thing, in the section dealing with objective liability. The ZOO's provisions are, however, very scarce in terms of this matter, so it contains only two rules. The first rule is taken from the *Mihailo Konstatinović's Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*[13] (Sketch for the Code of Obligations and Contracts), and prescribes that if the producer did not know about the defect of things he produced and put into circulation, and which defect represents a risk of harm to persons or things, he will be liable for the damage that could arise as a result of this deficiency, regardless of his guilt. According to the second rule, incorporated into the ZOO under the influence of the United States case-law[14], if the producer has not taken all necessary measures to prevent damage which was foreseeable by him, either by warning, safe packaging or other appropriate measure, he is also liable for the dangerous properties of the thing.[15]

There are certain controversies in relation to the second rule. Firstly, it is arguable whether this is a matter of liability of the producer of a thing with a defect in the true sense of the word, and it should be noted that the producer in this instance is responsible for the dangerous properties of things that do not make the thing defective, that is, they do not represent its defect.[16] The nature of this liability is also arguable, and some authors consider it to be subjective in character and that the grounds for the liability of the manufacturer lay in his guilt[17], while others

[11] Art. 9. of the Directive.

[12] Zakon o obligacionim odnosima, *Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – *odluka USJ* i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93 i *Sl. list SCG*, br. 1/2003 – Ustavna povelja (the Law of Contracts and Torts, Official Gazette of the SFRY, no. 29/78, 39/85, 45/89 – Decision of the Yugoslav Constitutional Court and 57/89, Off. Gazette of FRY, no. 31/93 and Off. Gazette of SMne, no. 1/2003 – Constitutional Charter).

[13] See: Katarina Ivančević, Građanskopravna odgovornost proizvođača za štetu od neispravnog proizvoda (Civil Liability of the Producer for Damage Inflicted by the Defecive Product), *Pravni zapisi* (Legal Records) 2/2012, p. 324.

[14] *Ibid*., p. 324.

[15] Art. 179. of the ZOO.

[16] See. M. Karanikić Mirić (2013), p. 192.

[17] Jožef Salma, *Obligaciono pravo* (*Contracts and Torts Law*), Novi Sad 2009, p. 596.

are of the opinion that the liability of the producer is in this case a strict (objective) one and that he can be relieved of liability only if he proves that he acted in line with an objective and very high set of standards of behaviour.[18]

What is undisputed is that the ZOO has become obsolete in terms of its provisions on liability and leaves many questions unanswered. The ZOO does not prescribe what is considered as a product, all the more – it uses the term *thing*, which means that the producer is also liable for the defects of real estate[19], which is not something that is usually seen in comparative legislation, and it does not exist in the Directive. Lastly the ZOO does not define when the thing has a defect, from which moment there is a liability of the producer, etc.

Liability of the producer, as envisaged by the ZOO, is an example of non-contractual liability, therefore it is not necessary that the producer and the injured party enter into a contract before the occurrence of the damage. Any person who has suffered damage caused by the defected product may ask the producer for compensation. On this basis, this type of liability should be distinguished from the liability of the seller for material defects of things and the liability of the producer and the seller on the basis of the guarantee for the proper functioning of technical products prescribed by the ZOO, because the said cases fall within the domain of contractual liability.

Serbian consumer protection legislation was novelised with the adoption of the *Zakon o zaštiti potrošača*[20] (Consumer Protection Act, hereinafter periodically also abbreviated as ZZP), which is exclusively applicable when the producer of the defective product is at the same time the trader (a legal or natural person who appears on the market in the scope of its business activity or for other commercial purposes, incl. other persons who operate in his name or on his behalf), then it is necessary that the damage is inflicted on the consumer (a physical person who has procured goods or solicited services on the market, for the purpose other than its business or other commercial activity), and lastly that there is property damage as a result of death or injury or that the issue involves destruction or damage to the property which the affected party has usually used for personal use or consumption.[21] In all other cases, under the Serbian law, the provisions of ZOO are applicable in relation to liability, which means that this regulation covers all other issues with regard to the liability of the producer, it also allows the legal entity to obtain the capacity of the injured party, regulates non-pecuniary damages, etc.

---

[18] See: M. Karanikić Mirić (2013), p. 193.

[19] See: K. Ivančević, p. 334.

[20] Zakon o zaštiti potrošača, *Sl. glasnik RS*, br. 62/2014 i 6/2016 – dr. zakon (Consumer Protection Act, Off. Gazette of RS, no. 62/2014 and 6/2016 – new legislative act).

[21] Art. 5. of the ZPP.

3. ON DEVELOPMENT RISKS IN GENERAL

Art. 7. para. 1. of the Directive prescribes when it is that the producer is relieved of liability, and those are the following cases: if he proves that he did not place the product into circulation, if he shows it is probable that the defect did not exist at the time of placing of the product on the market, if he proves that the product was not designated for sale or other business purposes nor that it has been produced and placed on the market in the course of his business, if he proves that the product's defect is the result of compliance with enforceable regulations, if he proves that the state of scientific and technical knowledge at the time of placing the product on the market was not such that enabled the product's defect to be discovered, and the component producer is relieved of liability and if he proves that the damage is caused by the construction of the main product or by the producer's instructions of use for the main product.[22] In addition, the producer shall be relieved of liability if he proves that the damage is caused solely by the action of the injured party or the person for whom he is responsible, and by the action of a third party, which the manufacturer could not foresee or the consequences of which could not have been avoided or remedied.[23]

Of all the above-mentioned exculpatory reasons, the most attention is drawn to the "*the state of scientific and technical knowledge at the time when he* [the producer – Ed.] *put the product into circulation was not such as to enable the existence of the defect to be discovered*", as stated in Art. 7. para. 1. point (e) of the Directive. This basis for relieving the producer of liability is called "development risks".

---

[22] The fact that the Directive is not just a legal act that creates a formal obligation for states to implement its solutions in their national legislation, but rather that it represents a legal act of truly high-quality content, can be concluded since the solutions from the Directive represent inspiration to other norm-makers. Thus, numerous development projects for the harmonization of civil law in the EU follow and take over the rules of the Directive. In this regard, it is worthwhile to point out that this is the case with the Draft Common Frame of Reference, which, in particular with regard to manufacturer's liability, envisages in Art. VI-3: 204. The same list of grounds for the exemption from liability as the one prescribed by the Directive, including development risks. On the creators of the Draft, its academic character, structure, role models in the course of its adoption and reactions of the expert public, see: http://hwb-eup2009.mpipriv.de/index.php/Study_Group_on_a_European_Civil_Code, 15 February 2018, https://www.asil.org/eisil/study-group-european-civil-code, 01 June 2018, https: //www.gbz.hu-berlin.de/research/projects/existing-ec-private-law, 01 June 2018, Atila Dudaš, Od Načela evropskog ugovornog prava do Nacrta okvirnih pravila (From the Principles of European Contract Law to the Draft of the Framework Rules), *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* (Annals of the Faculty of Law in Belgrade) 1/2012, pp. 329-334, and for an alternative translation see: Dušanka Đurđev, Nacrt zajedničkog referentnog okvira za evropsko provatno pravo iz 2009. godine (Draft Common Frame of Reference from year 2009), *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* (Proceedings of Novi Sad Faculty of Law) 2/2010, pp. 65-82.

[23] Art. 8. of the Directive.

Development risks could be defined as defects of products that were discovered after placing the product on the market, which at the time of product marketization could not have been detected because the state of science and technology was not at the level that allowed it. Science and technology are evolving, it is natural that human knowledge is growing in time, and in some cases it allows for the product's deficiency to be uncovered subsequently after the product has already been put into circulation and after the damage has been caused. In other words, development risks are defects of products that were not available to human knowledge at the time of placing of the products on the market, that is, they were still inconceivable at that time.

In relation to development risks, it is necessary to explain some other things as well. Namely, development risks are called "objectively" inconceivable defects. This inconceivableness in the objective sense indicates that the exclusion of the producer's liability does not depend on whether, according to his subjective properties, he could notice a product shortcoming at the time it was placed on the market. In other words, the conduct and behaviour of the producer in any particular situation does not play any role in terms of his success in case of referring to development risks. It is important that the product's defect could not have been determined objectively, taking into account the level of scientific and technical knowledge, regardless of whether there was reasonableness in the behaviour of the producer, whether the producer could, in accordance with his knowledge and abilities, see such a defect. Therefore, the product deficiency (in)comprehensibility test is purely objective, it is also set forth in Art. 7. para. 1. point. (e) of the Directive, and all subjective elements must be set aside. However, objectivity in terms of incomprehensibility of product defects should not be viewed in the absolute sense, because *"the truth is that any defect can be discovered prior to marketing given sufficient testing. Such testing simply requires time and money."*[24] It is not realistic to require the producer to test the products to the final limits before placing them on the market. Such tests should be carried out mainly on people in real life situations, which would require a lot of time and money. If tests were carried out before all potential risks that could arise from the use of the product were eliminated, such a test could be affordable to only an extremely small number of producers, and the consumers would suffer the damage as research would stagnate and science and technology would not develop at sufficient pace to enable them to achieve a significant benefit from it.[25] The conclusion is that the absolute objective discoverability of the product's defect cannot be expected, and therefore it should not be strived toward. When it is said that the defect of a product is objectively undiscoverable, then it should be considered that it cannot be detec-

[24] Christopher Hodges, Development Risks: Unanswered Questions, *The Modern Law Review* Vol. 61 4/1998, p. 568.

[25] *Ibid.*, p. 561.

ted by the highest scientific and technical knowledge at a given moment. Such knowledge must be more than acceptable; it should be in all respects satisfactory to the reasonable amount of testing that has been carried out.

It is evident from the above said that the (un)discoverability of the defect of a product is correlative to the appropriate scientific and technical knowledge at the time of placing the product into circulation or its marketization. Without understanding what scientific and technical know-how represents, it cannot be examined whether the producer should be relieved of responsibility when referring to development risks, which is precisely what makes this a big problem, because scientific and technical knowledge can hardly be uniformly understood. Simply put, it is understood as a multitude of facts, hypotheses and opinions of a great number of scientists and experts. Scientific and technical knowledge is dynamic, it is in constant development and is continually changing.[26] When we take into account the extremely rapid advances in science and technology, and the growing involvement of developing countries in research processes, then the question arises as to whether the facts, results, and in particular opinions, estimates and sketches can in any way be reduced to an assortment that would represent the scientific and technical knowledge of the human race. What can be done when researchers and scientists do not agree on the solution of a particular problem, when there is no consensus on what scientific and technical knowledge is? How to set aside the dynamism of scientific and technical knowledge and limit it to only one single moment of putting the product into circulation? In the light of these issues, it seems that no regulation, including the Directive in question, can provide a satisfactory solution. It would be significant if some case-law could set certain guidelines, but at the moment it is still scarce, and in such circumstances, what remains is the examination of the circumstances of each particular case, then the rational consideration of the problem and the acceptance of the inability to elevate the scientific and technical knowledge to the level of "*scientific and technical omniscience*."

The Directive envisaged development risks as the basis for releasing the producer from liability, this causing important implications in the distribution of the risk of damage caused by a defective product. The question to which the Directive provides an answer is: Is the risk of a subsequent, belated knowledge of the product's defect on the part of the producer or on the consumer's side? Since the Directive has adopted development risks as the basis for releasing the producer from liability, this means that development risks are the burden of consumers, and that the consumer is the one at risk of changes in human knowledge from the time of product marketization to the occurrence of a harmful effect.[27] On the other

[26] *Ibid.*, p. 566.

[27] See: Marija Karanikić, Odgovornost za razvojne rizike (Liability for Development Risks), *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* (Annals of the Faculty of Law in Belgrade) 2/2005, p. 169.

hand, development risks open the way for the producer to avoid liability if he proves that the level of scientific and technical knowledge at the time of product marketization was not such that the deficiency could then be detected. In light of the said, what is most evident from the outlaid is that the Directive deviates from the principle of maximum protection of consumers by introducing development risks, but this is only one of the problems that development risks create.

Given the implications which come with the introduction of development risks, first of all in terms of risk allocation contrary to the interests of consumers, it is clear that the introduction of the ability to relieve the producer of liability by referring to development risks from its beginning was a controversial rule. In fact, the first draft text of the Directive written in 1974 not only did not anticipate the defence of the manufacturer based on development risks, but explicitly prevented it. It was considered that the existence of development risks would lead to the situation that in each case the damage from unknowable defect is borne by each affected consumer individually, and it was suggested that it is only desirable to accept the objective (strict) liability of the producer and thus enable the producer to distribute the burden of harmful effects to a large number of consumers. However, the proposed solution was not acceptable to all parties that participated in the adoption of the Directive, and in particular the United Kingdom insisted on protecting consumers through development risks. As the unanimity of the Member State of the EU votes was necessary in order to reach a decision, the development risks in the final, adopted text of the Directive were nonetheless included as exculpatory reasons,[28] but they did not cease to be the topic of debate. At the time of the adoption of the Directive, the consumer lobby also had a major influence, and despite the acceptance of development risks as the basis for releasing the producer from liability, a compromise solution was introduced in the sense that it was ultimately for the Member States of the EU to decide whether they will follow the Directive or not, in terms of solutions envisaging development risks.[29]

Art. 15. para. 1. point (b) of the Directive leaves the possibility for the Member States to prescribe by their national legislation that the producer will be liable even if the level of scientific and technical knowledge at the time of product marketization was not such as to enable the product's defect to be identified, the Directive thus leaving it to the discretion of Member States to exclude the existence of development risks. This solution seems somewhat illogical. Although Member States have been given the possibility of deviation primarily to comply with existing, applicable national legislation, it appears that the Directive makes a step backward with this provision. Its purpose is precisely the harmonization of the

[28] See: S Petrić, M. Bukovac Puvača, p. 214.
[29] See: C. Hodges, p. 563.

legislation of Member States,[30] but if the Member States are left with the freedom to exclude development risks, then this undermines the objective that the Directive intends to achieve and the desired harmonization cannot be fully realized.[31]

4. DEVELOPMENT RISKS IN THE EU MEMBER STATES AND IN THE PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE

Incorporating the Directive into the national legislations of the EU Member States was a slow process, but ultimately a successful one. In terms of development risks, as the basis for releasing the producer from liability, most Member States have accepted the solution from the Directive and thus placed development risks on the list of exculpatory reasons. The only Member States that have exercised the right envisaged under Art. 15. para. 1. point. (b) of the Directive are Finland and Luxembourg, and in these countries the producer bears the burden of development risks. However, the situation is only seemingly straightforward in some important Member States whose legislation is considered to be a model for others, so significant restrictions exist in Austrian, Spanish, German and French law.

In Austria, the Supreme Court ruled that development risks could lead to the exemption of the producer from liability only if the defect was discovered by an expert appointed by the court, by a series of tests and inspections, and that the defect was not known to the experts prior to initiating the proceedings before the court and placing the product on the market.[32]

The Spanish lawmaker has limited the producer in the sense that he can be relieved of his responsibility only through productive risks when it comes to certain types of products. However, the most important products from the product range, food and pharmaceutical products, were left out, so the defects in them cannot be justified by the inadequate state of scientific and technological knowledge at the time of placing these products on the market.

A similar situation is also envisaged in German legislation, that does not allow the producer to be relieved of liability when it comes to defects that occur in pharmaceutical products and genetically engineered products.[33] In addition

[30] On the extent to which the national legislation has been harmonized through the validity of the Directive see: P. Đundić, pp. 470-472.

[31] See: L. M. Linger, p. 485.

[32] Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee, Fourth report on the application of Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products amended by Directive 1999/34/EC of the European Parliament and of the Council of 10 May 1999, Brussels 2011, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0547&from=EN, 01 June 2018.

[33] Cited in line with: M. Karanikić (2005), p. 171.

to legislative restrictions, the German courts have also made their contribution to aggravating the producer's position due to the fact that, according to their interpretation, the legal provision on the exemption of producer from liability based on development risks relates solely to defects in the construction and design of products. Accordingly, the producer cannot be relieved from liability if the defect has occurred in the production of a particular piece of product, but only if it is a defect that exists throughout the production line.[34]

In France, the producer is liable for the defect of which he could not have been aware of, only when the damage arose from products obtained from the human body and products marketed before 1998, when France implemented the provisions of the Directive into its legal system. In France, there had previously been a ten-year deadline during which the producer was obliged to monitor the product he had placed on the market, and only the one who carried out this obligation could successfully refer to development risks. Such a rule has ceased to be valid after the European Court of Justice found that it is not in line with EU law.[35]

The United Kingdom represents a special case, since it introduced into its legal system a modified rule on development risks from the Directive and thus opened some issues that needed to be addressed. *The Consumer Protection Act 1987*, in Art. 4. para. 1. point (e) states that "*the producer of a defective product may be relieved of liability for damages from such a product if he proves that the state of scientific and technical knowledge at the relevant time was not such that a producer of products of the same description as the product in question might be expected to have discovered the defect if it had existed in his products while they were under his control*".[36] It is obvious that the problem in this version of development risk rules is the introduction of a category of "*producers of the same kind of products*", that is, introducing, at first glance, subjective elements in the form of the expected, reasonable treatment of such a producer in the same situation as the specific producer whose liability is being examined.

For these reasons, the European Commission (hereinafter also referred to as the Commission) has launched proceedings against the United Kingdom before the *European Court of Justice* (hereinafter also referred to as the *Court*) to examine whether the United Kingdom's domestic law in question is compatible with law (*Commission v. United Kingdom*). The European Commission's argument was that the test referred to in Art. 7. para. 1. point (e) of the Directive is an objective one, i.e. that the Directive requires the producer to prove the objective inability to detect the defect of the product according to the "*general degree of scientific and technical knowledge*" and that the United Kingdom, by its rule, subjected the

[34] *Ibid.*, p. 187.
[35] Cited in line with: S. Petrić, M. Bukovac Puvača, p. 215.
[36] *Ibid.*, p. 219.

producer's behaviour to a test of reasonableness, which implies the introduction of his subjective liability. On the other hand, the United Kingdom pointed out that the test in its domestic law is identical to the test set out in the Directive and that they are both objective inasmuch that it is not questioned what a specific producer could know but what kind of knowledge is expected from the producer belonging to the same type of entity as that producer whose liability is being investigated. They stated that Art. 7. para. 1. point (e) of the Directive should not be interpreted strictly, because then the defence of development risks is not enforceable in practice, but that an objectively usable standard is required, which is the standard of careful behaviour of entities belonging to the same type of producers.[37]

The Court's Judgement[38] rejected the claim of the Commission, finding that there was no conflict between provision of the United Kingdom's domestic law and Art. 7. para. 1. point (e) of the Directive. In addition to this general point of view, the Court has taken some others stances, which are of relevance for a better understanding of development risk issues.

Thus, in its Judgement, the Court first gave an explanation of scientific and technical knowledge, saying that this notion *"is not specifically directed at the practices and safety standards in use in the industrial sector in which the producer is operating, but, unreservedly, at the state of scientific and technical knowledge, including the most advanced level of such knowledge, at the time when the product in question was put into circulation."*[39] The Court further noted that "*the state of knowledge of which the producer in question actually or subjectively was or could have been apprised, but the objective state of scientific and technical knowledge of which the producer is presumed to have been informed*."[40] In accordance with the stated, the Court insists on the totality of scientific and technical knowledge and objective character test under Art. 7. para. 1. point (e) of the Directive. By doing this, this Judgement confirms the previous theoretical considerations and makes it unambiguous that even after the establishment of the institution of development risks, the producer's liability remains objective, i.e. strict, which means that he cannot be relieved of liability if he proves that he is not guilty of not being able to know that the product is defective in the time when it was put into circulation, because the level of scientific and technical knowledge at the time did not give him the opportunity to detect it. However, the Court failed to establish that a provision in the law of the United Kingdom is incompatible with

[37] *Ibid.*, p. 219.

[38] Case-300/95, Commission v. United Kingdom, Judgement of The Court (Fifth Chamber) 29 May 1997, http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=9ea7d0f130da3fb411dee487471ba916ba097db5a792.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4Pb3iPe0?text=&docid=100708&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=74816, 01 June 2018.

[39] Para. 26. of the Judgement.

[40] Para. 27. of the Judgement.

EU law, although it is evident that it contains subjective elements and that it is not based on an objective test, but on a test of reasonable behaviour of the producers of the same type of product. By allowing such a provision to exist and have legal force, the Court has, despite adhering to the principle and clear definition of an objective test in the application of the institution of development risks, and therefore the objective character of the producer's liability, left open the possibility of introducing subjective elements into the institute of objective producer's liability. In this respect, it can be said that the Court left room for various interpretations of Art. 7. para. 1. point (e) of the Directive, as well as those which are extensive and subjective.[41]

The proclaimed objectivity of the criteria in the assessment of development risks was disrupted by the Court deciding on another problem, the accessibility of knowledge. Namely, the Court concludes that "*the relevant scientific and technical knowledge must have been accessible at the time when the product in question was put into circulation*"[42], without further elaboration on what the accessibility of knowledge implies.[43] Now speaking of the accessible knowledge, the Court has deviated from the previously set overall knowledge, limiting relevant knowledge to only what was available to the producer at the time of placing the product on the market. Such a conclusion of the Court means that the producer, from, for example the United Kingdom may be relieved of liability if he proves that a particular research has been carried out in, for example, Japan, but that it was simply not available because the results of the research were not published anywhere in English, but only in Japanese in a scientific journal published only in Japan and not available in the United Kingdom. By linking the concept of accessibility with scientific and technical knowledge, the Court actually allows the producer to prove that he is not guilty of damages because certain knowledge was not available to him. Thus, the Court also allowed the penetration of subjective elements into the objective liability of the producer, which would now remain purely objective only if every information was relevant and represented scientific and technological knowledge, irrespective of the place in the world and the language it was published in.[44]

---

[41] Some authors consider that Art. 7. para. 1. point (g) of the Directive should be interpreted extensively and subjectively, because a strict and objective interpretation of this article makes the defence of the producer by referring to development risks practically impossible, that is, a producer with such a defence would almost never be successful when it would suffice that anywhere in the world there is a research, the existence of which he was unfamiliar with. Therefore, these authors advocate the introduction of a criterion of reasonable behaviour by the manufacturer. For more on this see: S. Petrić, M. Bukovac Puvača, pp. 217-218.

[42] Para. 28. of the Judgement.

[43] See: C. Hodges, pp. 563-564.

[44] See: S. Petrić, M. Bukovac Puvača, p. 222.

In this manner, despite the fact that certain issues of development risks have been clarified, the Court has further stirred up theoretical debates over whether this exculpatory reason led to the change in the objective nature of the liability of the manufacturer of a defective product.[45]

5. ADVANTAGES AND DISADVANTAGES OF DEVELOPMENT RISKS

The dispute over the need for existence of development risks as the basis for the relief of the producer of the liability dates from the time of the adoption of the Directive, this issue remaining a current issue to this date. We saw that Finland and Luxembourg did not want to implement the provision of Art. 7. para. 1. point (e) of the Directive into their domestic law, and we also noted that Austria, Spain, Germany and France have envisaged significant restrictions. This creates the need to consider in detail the advantages and disadvantages of development risk institutions.

Scientific and technical advances represent key arguments for the existence of development risks as the basis for the exemption of the producer from liability. There is no such progress without sophisticated and pioneering research, and they are carried out by producers. If the producer were to be responsible for development risks, then it would not be worthwhile for him to carry out such research. Rather than risking with a potentially troublesome product that could cause damage in the future, when science and technology reach a certain standard sufficient to detect the shortcoming, it would be better for a producer to opt for a safer solution, that is, a product that is less advanced, but for which at least it is certain it's completely safe. With such reasoning, science and technology would stagnate, the number of innovations would plummet, and the end cost would fall on the backs of the consumers and society as a whole. The institution of development risks releases the producers of the mentioned pressure, which leads to the advancement of science and technology, from which everyone benefits. Then, an additional "pro" argument is that it would be difficult for producers to obtain insurance against liability for undetectable defects without the existence of development risks, and the lack of such insurance would lead to an increase in the price of products, etc.

The basic argument against the existence of development risks as the basis for relieving the producer from liability is of a theoretical nature because it is assumed that the existence of this exculpatory reason with certain subjective elements

[45] In addition, the Court did not provide answer to a number of questions, such as the concepts of accepted scientific and technical knowledge, the concept of availability, etc. Cited in line with: P. Đundić, p. 468.

undermines the coherence of the system of objective liability of the producers of defective products. It also suggests that it is not fair for consumers to bear the risk of dangerous activities from which the benefit is foremost enjoyed by producers, etc.[46]

Weighing arguments for and against is important when a state is determining whether or not to implement in its legal system the provision of Art. 7. para. 1. point (e) of the Directive. Furthermore, the EU itself wanted to examine the economic effects of the institution of development risks, so it hired the *Roseli Foundation (Fondazione Rosselli)*, which presented the results in its report.[47]

6. LACK OF DEVELOPMENT RISKS RULE IN THE SERBIAN LEGISLATION

Serbian law does not contain the rules on development risks. The ZOO envisages only the general basis for relieving liability in the form of *force majeure* and actions of the injured party and third parties that have the character of *force majeure*.[48] This is not surprising, since the ZOO is a regulation that came into force before the Directive was adopted, and as we have already seen it represents a regulation that has hardly any rules prescribing the liability of producer for defective things. Simply put, development risks were not so actual at the time of the adoption of the ZOO and the lawmaker of that time did not see the need to enlist them among the exculpatory reasons. Similarly, the ZZP failed to include development risks among the grounds for relieving the producer of liability, even though it envisaged all others listed in the Directive.[49]

Accordingly, Serbian law is among the few in Europe, which does not allow producer to be relieved of liability on the basis of undiscoverable defects. When adopting the ZPP, the opportunity for more serious expert discussion on this matter was missed, and it is obvious that the Serbian legislature does not want to abandon the path which the ZOO has laid out, as the basic law regulating the obligation relationships in general, as well as torts law, although developmental risks by their nature represent something that is a specialty of consumer rights and as an exculpatory reason, they could have been introduced into Serbian legal systems with this special piece of legislation.

---

[46] For more reasons pro and contra the institute of development risks, as well as other arguments, see: M. Karanikić (2005), pp. 181-186.

[47] Analysis of the Economic Impact of the Development Risk Clause as provided by Directive 85/374/EEC on Liability for Defective Products, Final Report, www.europa.eu.int, 01 June 2018.

[48] Art. 177. of the ZOO.

[49] Art. 62. of the ZZP.

So far, there are no signs that rule on development risks will be implemented even in the expected Serbian *Građanski zakonik*[50] (Civil Code, hereinafter periodically also abbreviated as the GZ) which should be adopted in close future. Such rule did not find its place in the *Prednacrt Građanskog zakonika*[51] *(*First Draft of Civil Code).

There are many reasons for including developmental risks to the list of grounds for relieving the producer of liability. Beside those above stated, in the context of Serbia, it should be added that this would ease the position of the importers of foreign products. Namely, most of the sophisticated and advanced products were not produced in Serbia, but imported from abroad, largely from EU Member States. When such a product inflicts damage, it's importer to Serbia is liable for it, whilst he could not be regressed against the EU producer, unless the producer comes from Finland or Luxembourg, where the same legal regime as in Serbia applies. Therefore, the existing legislative solution greatly aggravates the position of the importer of products from abroad,[52] which should be taken into account when talking about the development risks.

As already mentioned, most of the products where the undiscoverable defects may arise are being imported to Serbia. At first sight, this can be an argument that points to the needlessness of undiscoverable risks as an exculpatory ground, because in practice they would have a small, if not insignificant, applicability. However, this viewpoint is not far-reaching. The *raison d'être* of the institution of development risk is, inter alia, to encourage innovation, pioneering research and the development of science and technology. It cannot be ruled out that this institution in Serbian law could encourage producers to risk in the production of advanced products, and if nothing else, there would not be a legislative conundrum in that sense.

7. CONCLUSION

From everything above stated, it is clear that there are still many perplexities regarding developmental risks, both in legal theory and in case-law. It is not even universally clear whether development risks should exist as a basis for relieving the producer of liability. Their inclusion in the list of exculpatory grounds deviates from the principle of a complete consumer protection, which is among the fundaments of consumer law. However, if we see the advantage of this insti-

[50] Serbia is still waiting its modern GZ. It's drafting is very slow process and it started back in year 2006. For more on this see: Dušan Nikolić, *Uvod u sistem građanskog prava* (Introduction to System of Civil Law), Novi Sad 2016, p. 101.

[51] https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf, 01 June 2018.

[52] See: M. Karanikić (2005), pp. 190-192.

tution in terms of encouraging innovation and scientific and technical development, then it is clear that this exception is justified and that the consumers themselves ultimately benefit.

The basic critique directed toward developmental risks is that they, as a ground for exclusion from liability, distort the theoretically harmonized system of objective – strict liability of the defective product producer. This is true, but if the unknowable risks are defined in the way set out by the Directive, the introduction of subjective elements in the concept of objective liability remains limited. After all, purely theoretical considerations should not overgrow the logic behind individual forms of accountability nor the importance of the reasons supporting certain grounds for the release from liability, and so the fact that development risks in some way do disturb the existing coherence of the objective liability of the defective product producer should not be more important than the advantages that development risks bring. In the specific case, with the acceptance of the developmental risks as defined by the Directive, as well as accepting for the limits of scientific and technical knowledge to be limited to that available to the producer, the system of objective liability for the defective products would undergo changes only by introduction of a subjective criteria test to determine which knowledge was available to the producer at the time of placing the product on the market. In all the rest, the rules of objective liability would remain applicable.

Serbia, which aspires to become an EU Member State, has to focus on the harmonization of its legal system with EU regulations, and thus also the harmonization with the Directive. It is obvious that is justified to implement rule on development risks in Serbian legislation because of all aforementioned advantages and benefits. The Directive, truth be told, does provide the possibility for Serbia to opt, as Finland and Luxembourg, for the exclusion of developmental risks from a list of exculpatory grounds, however, there seems to be no convincing reason for such a thing. If nothing else, Serbia may limit the scope of development risks in the same manner as it has been done in Spain, Austria, Germany and France, and there is also a possibility of establishing special funds that would be used to compensate consumers for damages suffered. Such means might minimize the negative consequences of the introduction of development risks in the Serbian legal system.

Милош Б. Секулић, студент докторских студија
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
milossekulic89@gmail.com

Развојни ризици – одређење у праву Европске уније и оправданост имплементације у српско право

Сажетак: *У раду се анализира једно од најважнијих и најактуелних питања у вези са одговорношћу произвођача производа са недостатком, будући да овај облик одговорности развојем потрошачког права добија све већи значај, при чему је акценат на развојним ризицима као једном од основа за екскулпацију произвођача као одговорног лица. Након краћег представљања одговорности произвођача производа са недостатком, фокус рада се пребацује на установу развојних ризика која је приказана најпре са аспекта Директиве о одговорности за штету од производа са недостатком где се први пут појавила, уз анализирање ставова Европског суда правде, те отворених проблема које она са собом носи, као и уочавања њених предности и мана. На крају рада, размтара се да ли развојни ризици мењају правну природу одговорности произвођача, односно да ли доводе до продора субјективних елемената у његову традиционално објективну одговорност, те се анализира оправданост увођења ове установе у српско право уз уочене предности и мане.*

Кључне речи: *објективна одговорност произвођача, производ са недостатком, несазнатљиви недостаци, ниво научног и технолошког знања.*

Датум пријема рада: 22.06.2018.

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ УНИВЕРЗИТЕТА У НОВОМ САДУ

ЗБОРНИК РАДОВА

Досадашњи главни уредници:

Проф. др Владимир Капор (1966), проф. др Никола Воргић (1967–1968),
проф. др Милош Стеванов (1969–1973), проф. др Боривоје Пупић (1974–1976),
проф. др Милијан Поповић (1977–1983), проф. др Станко Пихлер (1984–1988),
проф. др Момчило Грубач (1989–1990), проф. др Јован Мунћан (1991–1997),
проф. др Милијан Поповић (1998–2003), проф. др Родољуб Етински (2004–2006),
проф. др Драгиша Дракић (2006–2013).

Чланови Уредништва:

Проф. др Љубомир Стајић, prof. dr Damjan Korošec (Словенија),
prof. dr Wilhelm Brauneder (Аустрија), prof. dr Tamás Prugberger (Мађарска),
prof. dr Serge Regourd (Француска), prof. dr Heinz Mayer (Аустрија),
prof. dr Peter Mader (Аустрија), prof. dr Suphawatchara Malanond (Тајланд),
проф. др Бранислав Ристивојевић, проф. др Татјана Бугарски, мр Радмила Дабановић

Менаџер часописа

Др Лука Батуран

Секретаријат Уредништва

Проф. др Владимир Марјански, доц. др Драгана Ћорић, доц. др Бојан Тубић,
доц. др Марко Кнежевић, др Цвјетана Цвјетковић, др Урош Станковић,
др Милана Писарић, др Наташа Рајић, др Стефан Самарџић,
др Сандра Самарџић, Ратко Радошевић, Милица Ковачевић

Компјутерска обрада текста

Владимир Ватић, „Графит“

Штампа:

„Футура“, Петроварадин
Тираж: 200 примерака

2018