

PRAVNI FAKULTET UNIVERZITETA U NOVOM SADU

---

ZBORNIK RADOVA

*Za izdavača*  
Prof. dr Branislav Ristivojević  
dekan Pravnog fakulteta u Novom Sadu

*Upravnik Centra za izdavačku delatnost*  
Prof. dr Ljubomir Stajić

*Glavni i odgovorni urednik*  
Prof. dr Slobodan Orlović

Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu nalazi se u  
*HeinOnline* bazi: *International & Non-U. S. Law Journals*  
(<http://www.heinonline.org>).

Zbornik radova (sveske od 2007. godine) pod nazivom  
*Proceedings of Novi Sad Faculty of Law* dostupan je u *EBSCO*  
bazi *Academic Search Complete* (<http://www.ebscohost.com>).

Zbornik radova (sveske od 2005. godine) dostupan je na  
veb sajtu Pravnog fakulteta u Novom Sadu  
(<http://www.pf.uns.ac.rs>).

Zbornik izlazi neprekidno od 1966. godine.  
Od 2012. godine Zbornik izlazi četiri puta godišnje.

Cena jedne sveske Zbornika je 5.000 dinara.

UNIVERZITET U NOVOM SADU  
PRAVNI FAKULTET U NOVOM SADU  
UNIVERSITY OF NOVI SAD  
FACULTY OF LAW NOVI SAD  
(SERBIA)



# ZBORNIK RADOVA COLLECTED PAPERS

LIII 2 (2019)

NOVI SAD, 2019.

ZRPFNS, godina LIII Novi Sad, br. 2 (2019)

UDK 3

ISSN 0550-2179

eISSN 2406-1255



## SADRŽAJ

<i>Dr Drago Lj. Divljak, redovni profesor</i>	
Pravno dejstvo elektronskih potpisa u međunarodnoj regulativi i pravu Srbije ..	347
<i>Dr Sanja V. Đajić, redovni profesor</i>	
Mehanizmi defragmentacije međunarodnog prava: sistemsko tumačenje, evolutivno tumačenje i sudska aktivizam Evropskog suda za ljudska prava .....	365
<i>Dr Tatjana D. Bugarski, redovni profesor</i>	
<i>Dr Milana M. Pisarić, asistent sa doktoratom</i>	
Nadležnost Evropskog javnog tužilaštva .....	387
<i>Dr Dragiša S. Drakić, redovni profesor</i>	
<i>Dr Ivan D. Milić, asistent sa doktoratom</i>	
O pojedinim materijalnim, procesnim i izvršnim aspektima uslovnog otpusta .....	409
<i>Dr Bojan L. Pajtić, redovni profesor</i>	
Pravna zaštita od štete nastale zagađivanjem životne sredine .....	431
<i>Dr Nataša D. Stojanović, redovni profesor</i>	
Deset godina Zakona o dobrobiti životinja Republike Srbije .....	445
<i>Dr Slavko Ž. Đordjević, vanredni profesor</i>	
Telološka redukcija kolizionih normi i popunjavanje pravnih praznina u Zakonu o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja .....	473
<i>Dr Maja Lj. Nastić, vanredni profesor</i>	
Ombudsmansko delovanje u zaštiti ljudskih prava .....	495
<i>Dr Emir A. Ćorović, vanredni profesor</i>	
Osvrt na zaštitne mere medicinskog karaktera u prekršajnom pravu Srbije .....	513
<i>Dr Katarina G. Dolović Bojić, docent</i>	
Održaj kao način sticanja prava stvarne službenosti .....	535
<i>Dr Senad F. Ganić, docent</i>	
Osvrt na raspravu o potrebi reforme Saveta bezbednosti Ujedinjenih nacija .....	557
<i>Dr Samir O. Manić, docent</i>	
Objektivna odgovornost zbog štete izazvane upotrebom medicinskih sredstava ..	573

*Dr Andjela Z. Đukanović, naučni saradnik*

Izbor pola budućeg deteta iz nemedicinskih razloga u svetlu zaštite ljudskih prava . . . 593

#### ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE

*Dr Nora I. Jakab, vanredni profesor*

*Žofija P. Raci, student radnog prava i socijalnog osiguranja*

Izazovi socijalne odgovornosti države u Velikoj Britaniji i Mađarskoj . . . . . 617

*Dr Janoš Ede Siladi, vanredni profesor*

Promena koncepta ruralne zajednice i njegov značaj za prenos svojine na poljoprivrednom zemljištu . . . . . 633

*Dr Balaž Š. Elek, vanredni profesor*

Inkriminalizacija krivolova u Mađarskoj . . . . . 653

*Dr Gabor L. Meljptaki, docent*

Dematerijalizacija mesta rada u novim atipičnim oblicima vršenja rada . . . . . 671

*Dr Mate J. Jules, naučni istraživač*

Tendencije u oblasti nepažnje medicinskog osoblja, sa posebnim osvrtom na Mađarsku . . . . . 683

#### ODELJAK ZA STUDENTE

*Svetlana P. Dragović, student doktorskih studija*

Program zaštite svjedoka u Bosni i Hercegovini . . . . . 705

*Tijana V. Đurđević, student doktorskih studija*

Da li je DNK analiza ključ slobode za pogrešno osuđene? . . . . . 719

*Kristian Z. Kovač, student doktorskih studija*

Međunarodnopravni aspekti slučaja arhipelaga Čagos . . . . . 739

## TABLE OF CONTENTS

<i>Drago Lj. Divljak, Ph.D., Full Professor</i>	
The Legal Effect of Electronic Signatures in International Legislation and in Serbian Law . . . . .	347
<i>Sanja V. Dajić, Ph.D., Full Professor</i>	
Mechanisms of Defragmentation of International law: Systemic Interpretation, Evolutionary Interpretation and Judicial Activism of the European Court of Human Rights .	365
<i>Tatjana D. Bugarski, Ph.D., Full Professor</i>	
<i>Milana M. Pisarić, Assistant with Ph.D.</i>	
Jurisdiction of the European Public Prosecutor's Office . . . . .	387
<i>Dragiša S. Drakić, Ph.D., Full Professor</i>	
<i>Ivan D. Milić, Assistant with Ph.D.</i>	
On certain Material, Procedural and Executive Aspects of Conditional Release . . .	409
<i>Bojan L. Pajtić, Ph.D., Full Professor</i>	
Legal Protection against Damage to Environmental Pollution . . . . .	431
<i>Nataša D. Stojanović, Ph.D., Full Professor</i>	
Ten Years of the Animal Welfare Law of the Republic of Serbia . . . . .	445
<i>Slavko Ž. Đorđević, Ph.D., Associate Professor</i>	
Teleological Reduction of Conflict-of-law Rules and Filling the Gaps in Serbian Private International Law Act . . . . .	473
<i>Maja Lj. Nastić, Ph.D., Associate Professor</i>	
Ombudsman's Action in the Protection of Human Rights . . . . .	495
<i>Emir A. Čorović, Ph.D., Associate Professor</i>	
Reflection upon Protective Measures of Medical Character in Serbian Misdemeanor Law . . . . .	513
<i>Katarina G. Dolović Bojić, Ph.D., Assistant Professor</i>	
Acquisitive Prescription as a Way of Acquiring Real Servitude . . . . .	535
<i>Senad F. Ganić, Ph.D., Assistant Professor</i>	
Review on the Discussion of the Need for United Nations Security Council Reform .	557

<i>Samir O. Manić, Ph.D., Assistant Professor</i>	
Strict Liability for Damages Caused by the Use of Medical Devices . . . . .	573
<i>Andela Z. Dukanović, Ph.D., Research Fellow</i>	
Non-medical Sex Selection in the Context of Human Rights Protection . . . . .	593

## SECTION FOR FOREIGN AUTHORS

<i>Nóra I. Jakab, Ph.D., Associate Professor</i>	
<i>Zsófia P. Ráczi, Student of Labour and Social Security Administration</i>	
Issues of Public Social Responsibility in Great Britain and Hungary . . . . .	617
<i>János Ede Szilágyi, Ph.D., Associate Professor</i>	
The Changing Concept of Rural Community and its Importance in Connection with the Transfer of Agricultural Land . . . . .	633
<i>Balázs S. Elek, Ph.D., Associate Professor</i>	
The Criminalization of Poaching in Hungary . . . . .	653
<i>Gábor L. Méltypataki, Ph.D., Assistant Professor</i>	
Dematerialisation of Workplace in Non-Classical Labour Law Relations . . . . .	671
<i>Máté J. Julesz, Ph.D., Scientific Researcher</i>	
Tendencies in Medical Negligence, with special Reference to Hungary . . . . .	683

## SECTION FOR STUDENTS

<i>MSc Σβγιέτλανα P. Ντράγκοβιτς</i>	
Σχεδιο προστασιας μαρτυρων στη Βοσνια – Ερζεγοβινη . . . . .	705
<i>Tijana V. Đurđević, Ph.D. Student</i>	
Is DNA Analysis the Key to Freeing the Wrongfully Convicted? . . . . .	719
<i>Kristian Z. Kovač, Ph.D. Student</i>	
International Legal Aspects of the Chagos Archipelago Case . . . . .	739

*Dr Drago Lj. Divljak, redovni profesor  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
D.Divljak@pf.uns.ac.rs*

## PRAVNO DEJSTVO ELEKTRONSKIH POTPISA U MEĐUNARODNOJ REGULATIVI I PRAVU SRBIJE\*

**Sažetak:** *Pravno dejstva elektronskih potpisa, koje u sebi uključuje problem njegove punovažnosti i pravne snage je jedno od bitnih pitanja elektronske trgovine. U radu se analizira pristup ovom problemu u međunarodnoj regulativi i pravu Srbije, pri čemu se on sagledava i u kontekstu nekih nacionalnih komparativnih rešenja, a posebno u kontekstu prava EU.*

*Na međunarodnom planu, pravna regulativa je konceptualno skoro identična i zasniva se na načelima pravnog priznanja, funkcionalne ekvivalencije i formalne tehnološke neutralnosti. Isto tako se široko prihvata pristup o korelaciji pravnog dejstva elektronskih ugovora i njihove pouzdanosti, s tim što se razlike postoje samo u pogledu preciziranja i nivoa odnosnih zahteva. I u pravu Srbije se prihvata navedeni koncept, s tim što se ono metodološki, strukturalno i sadržinski prevashodno naslanja na pravo EU. Posebno značajno je da i u našem pravu „pouzdanost i sigurnost“ postaje ključna determinanta pravnog dejstva elektronskih potpisa. Naime, najviša pravna snaga se daje kvalifikovanom elektronskom potpisu, koji dobija isto pravno dejstvo kao i svojeručni potpis, pa čak može da zameni overu svojeručnog potpisa, ali zauzvrat on mora zadovoljiti vrlo složen sistem striktnih zahteva koji svi zajedno trebaju da obezbede visok nivo njegove pouzdanosti.*

**Ključne reči:** *pravno dejstvo, elektronski potpisi, međunarodna regulativa, pravo Srbije, pouzdanost, kvalifikovani elektronski potpis.*

---

\* Rad je nastao kao rezultat istraživanja na projektu: "Teorijski i praktični problemi stvaranja i primene prava (EU i Srbija)", koji se realizuje na Pravnom fakultetu Univerziteta u Novom Sadu.

## UVODNE NAPOMENE

Elektronski potpsi<sup>1</sup> su jedan od ključnih elemenata elektronske trgovine.<sup>2</sup> Njihova pojava je u praksi otvorila je mnošto tehničkih, funkcionalnih i sledstveno tome i pravnih pitanja, koji predstavljaju novi pravni izazov.<sup>3</sup> U tom kontekstu, jedno od bitnih pitanja je pitanje pravnog dejstva elektronskih potpisa, koje u sebi uključuje problem njegove punovažnosti i pravne snage. Ono je kompleksnije prirode jer je povezano sa primenom bazičnih principa modernog prava elektronske trgovine kao što su princip nediskriminacije, tehnološke neutralnosti i funkcionalne ekvivalencije, ali i sa drugim važnim problemima u dатој oblasti, posebno pitanjem sigurnosti. U radu koji sledi razmotrićemo problem pravnog dejstva elektronskih potpisa u međunarodnoj regulativi i pravu Srbije, sagledavajući ga u kontekstu nekih nacionalnih komparativnih rešenja, a posebno u kontekstu prava EU, što je logično, s obzirom da se Srbija nalazi u procesu pridruživanja EU i da u njemu imamo obavezu prilagođavanja njenim pravilima.

### 1. PRAVNO DEJSTVO ELEKTRONSKIH POTPISA U MEĐUNARODNOJ REGULATIVI

S obzirom na karakter elektronskih komunikacija i interneta koji ne poznavaju državne granice, nužno je bilo i u oblasti elektronskih potpisa doći do značajnog nivoa konvergencije nacionalnih pravnih sistema<sup>4</sup> putem procesa harmonizacije<sup>5</sup> i unifikacije pravnih pravila. U kreiranju ovakvog pravnog okvira koji prepoznaće i olakšava prekogranične elektronske transakcije,<sup>6</sup> od ključne važnosti je aktivnost

---

<sup>1</sup> Ne postoji univerzalno prihvaćena definicija elektronskog potpisa, ni u teoriji, niti u pravnoj regulativi. Upor: Stephen E. Blythe, „Digital signature law of the United Nations, European Union, United Kingdom and United States: Promotion of growth in E-commerce with enhanced security,“ *Richmond Journal of Law & Technology*, 11.2/2005, 3; Jonathan E. Stern, „The electronic signatures in global and national commerce act,“ *Berk. Tech. LJ* 16, 2001, 397; Faye Fangfei Wang, *Law of electronic commercial transactions: Contemporary issues in the EU, US and China*, Routledge 2014, 79; Sieg Eiselein, „Fiddling with the ECT act—Electronic signatures.“ *Potchefstroom Electronic Law Journal/Potchefstroomse Elektroniese Regsblad*, 17.6./2014, 2806.

<sup>2</sup> Upor: Kalama M., Lui-Kwan, „Recent developments in digital signature legislation and electronic commerce,“ *Berkeley Tech. LJ* 14/1999, 465.

<sup>3</sup> Upor: Jeffrey B. Ritter, Judith Y. Gliniecki, „International Electronic Commerce and Administrative Law: The need for harmonized national reforms,“ *Harv. JL & Tech.*, 6/1992, 263.

<sup>4</sup> Upor: Justin Hughes, „The Internet and the persistence of law,“ *BCL Rev.*, 44 /2002, 361.

<sup>5</sup> O procesu harmonizacije u oblasti elektronske trgovine, šire: Drago Divljak, „Harmonizacija pravila o elektronskoj trgovini i pravo Srbije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu (Zbornik radova PFNS)*, 3/2018, 909-924.

<sup>6</sup> Upor: J. E. Stern, 391.

UNCITRAL-a,<sup>7</sup> koji u okviru vrlo osobenog pravnog izazova interneta,<sup>8</sup> problema elektronske trgovine, pa time i elektronskih potpisa prilazi simbiotski, gde pravna regulativa na različitim nivoima zajedno nastaje i pod medusobnim je uticajem.<sup>9</sup> U tom pogledu on je izradio dva Model zakona i jednu konvenciju. To su Model zakon o elektronskoj trgovini iz 1996. godine, Model zakon o elektronskim potpisima iz 2001. godine i Konvencija UN o upotrebi elektronskih komunikacija u međunarodnim ugovorima iz 2005. godine.

### **1.1. Model zakona o elektronskoj trgovini**

Prvi osnov harmonizacije<sup>10</sup> u oblasti elektronskih komunikacija je Model zakon o elektronskoj trgovini.<sup>11</sup> On, iako efektivno vrlo značajan za oblast elektronske trgovine,<sup>12</sup> pitanju elektronskih potpisa prilazi segmentirano. U skladu sa opštom namerom da ukloni formalne prepreke elektronskoj trgovini, on posebno reguliše situacije u kojima bi se koristila sredstva elektronske komunikacije umesto tradicionalnih, zasnovanih na papiru.<sup>13</sup> U tom okviru regulisani su i elektronski potpsi i to u čl. 7., u kojem se utvrđuje opseg primene elektronskih potpisa u situacijama kada se zakonom zahteva postojanje potpisa ili se zakonom jednostavno predviđaju posledice za njegovo nepostajanje.<sup>14</sup>

Iz navedenog sadržaja ovog člana, vidljivo je da se u Model zakonu generalno polazi od toga da su svojeručni potpsi i potpsi u elektronskom obliku različite prirode i nijedan ne može automatski obavljati iste funkcije kao drugi, niti se pravno mogu poistovetiti. Stoga ovaj Model zakon nastoji istražiti funkcije koje potpis u tradicionalnom obliku obavlja i zatim određuje posebne kriterijume koji

---

<sup>7</sup> Međunarodna trgovinska komora (ICC) izradila je dokument pod nazivom General Usage for International Digitally Ensured Commerce' (GUIDEC). On je usmeren ka regulisanju pitanja alokacije rizika i odgovornosti između učesnika.

<sup>8</sup> O problemu konceptualnog pristupa pravnom regulisanju interneta i novih tehnologija, šire: J. Hughes, 360; Amelia H. Boss, "Searching for security in the law of electronic commerce," *Nova L. Rev.* 23/1998, 588 i dalje; Sanja Radovanović, „Zaključivanje ugovora putem Interneta-ide li pravo u korak sa vremenom“, *Zbornik radova PFNS*, 3./2008, 279-291.

<sup>9</sup> Šire: Amelia H. Boss, „Electronic Commerce and the Symbiotic Relationship Between International and Domestic Law Reform,“ *Tul. L. Rev.* 72 /1997, 684.

<sup>10</sup> UNCITRAL se odlučio za model zakon, a ne za konvenciju, shvatajući da su razlike u nacionalnim pravnim sistemima bile preveličke da bi u tom momentu bilo realnih šansi za usvajanje konvencije u ovoj blasti. Upor: S. Eiselen, 2807.

<sup>11</sup> Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment, with additional article 5 bis adiuptet in 1998, UNCITRAL, 1996, [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/V1504118\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/V1504118_Ebook.pdf), avgust 2019.

<sup>12</sup> Model zakona o elektronskoj trgovini je široko prihvaćen, jer ga preko 60 država širom sveta koristilo kao polaznu tačku za svoje nacionalne zakone.

<sup>13</sup> Radi se o pismenom obliku informacije, potpisa i originala informacija koji su regulisani u čl. 6., 7. i 8. Model zakona o elektronskoj trgovini iz 2001. godine.

<sup>14</sup> Čl. 7. st. 2. Model zakona o elektronskoj trgovini iz 2001. godine.

će, ako su ispunjeni, omogućiti elektronskim potpisima da datu svrhu i funkciju obavi na isti način kao i tradicionalni svojeručni potpisi.<sup>15</sup> Ovakav pristup kojim se posrednim putem utvrđuje pravno dejstvo elektronskih, se najčešće označava, kao pristup ili princip funkcionalne ekvivalencije, pri čemu se u pogledu opsega pravnog dejstva elektronskih potpisa, krajnja odluka ipak prepušta nacionalnim zakonodavcima.<sup>16</sup>

U skladu s navedenim principom funkcionalne ekvivalencije, u Model zakonu o elektronskoj trgovini elektronski potpisi se u pogledu pravnog dejstva izjednačavaju sa svojeručnim potpisima, pod uslovom da su ispunjena dva uslova u vezi sa elektronskim prenosom podataka. Prvi uslov je ispunjen ako se metoda koristi da identificuje potpisnika poruke i njegovu saglasnost sa sadržajem poruke, čime se pravno dejstvo elektronskog potpisa veže za dve primarne funkcije svojeručnog potpisa, a to su: identifikacija potpisnika poruke i dokaz da je on odobrio sadržaj dokumenta.<sup>17</sup> Drugi uslov sadrži obavezu da metod bude pouzdan u meri koji se smatra odgovarajućim za svrhu za koju je poruka generisana ili prenesena u vezi sa svim okolnostima, uključujući i svaki relevantni sporazum.<sup>18</sup>

Može se zaključiti da se ovim Model zakonom kreiraju opšte pretpostavke i standardi u pogledu bezbednosti i verodostojnosti elektronskog potpisa, bez posebnog preciziranja. Ovakav koncept, koji je bio osnova i za druge regulatorne sisteme,<sup>19</sup> ne uključuje dodatne sigurnosne zahteve i procedure, što se u jednu ruku može oceniti i logičnim, jer ni kod svojeručnog potpisa one nisu posebno specifirane. Međutim, u cilju lakše primene ovih pravila, ipak su u Vodiču Model zakona o elektronskoj trgovini instruktivno naznačeni brojni pravni, tehnički i komercijalni faktori koje treba uzeti u obzir pri određivanju da li je korišćena metoda dovoljno pouzdana i primerena.<sup>20</sup>

---

<sup>15</sup> Upor: Stephen Mason, *Electronic signatures in law*, Cambridge 2012, 96; J. Hughes, 388.

<sup>16</sup> Tako se u Par. 76. Vodiča za primenu Model zakona o elektronskoj trgovini, koji prati ga i pruža dodatne informacije i objašnjenja kako bi se pomoglo državama u pripremi sopstvenih relevantnih zakona, napominje da kada se potpiše elektronski dokument pomoću funkcionalnog ekvivalenta svojeručnog potpisa, to ne znači automatski da su elektronski podaci pravno validni. Konačnu reč, prema konceptu ovog Model zakona daju zakoni doneti na nacionalnom nivou koji regulišu dato pitanje.

<sup>17</sup> O mogućim funkcijama elektronskog potpisa: S. Mason, 98; Kalama M., Lui-Kwan, 460.

<sup>18</sup> Upor: S. Mason, 99.

<sup>19</sup> Ovaj model je sledila *Evropska unija, ali i Singapur, Bermudi i sl. Ibid*, 156.

<sup>20</sup> Tako su navedeni :1) sofisticiranost opreme koju koristi svaka strana; (2) priroda njihove trgovinske delatnosti; (3) učestalost komercijalnih transakcija između strana; (4) vrsta i veličina transakcije; (5) funkciju zahteva za potpisom u datom zakonu i regularno okruženje; (6) sposobnost komunikacionih sistema; (7) poštovanje postupaka autentifikacije utvrđenih u posrednicu; (8) opseg postupaka autentifikacije koji je bilo kome dostupan posrednik; (9) poštovanje trgovinskih običaja i prakse; (10) postojanje mehanizama za osiguranje osiguranja protiv neovlašćene poruke; (11) važnost i vrednost informacija sadržanih u data poruka; (12) dostupnost alternativnih metoda identifikacije i troškovi implementacije; (13) stepen prihvatanja ili neprihvatanja metode identifi-

Bitna karakteristika ovako koncipiranog Model zakona o elektronskoj trgovini je i da on ne predviđa, niti zahteva korišćenje bilo koje specifične vrste tehnologije da bi se elektronski potpisi u svom pravnom dejstvu načelno izjednačili sa svojeručnim potpisima.<sup>21</sup> Na ovaj način se nominalno prihvata princip tehnološke neutralnosti, koji obavezuje na usvajanje pravnih pravila koje su neutralne u odnosu na korišćenu tehnologiju.<sup>22</sup>

## 1.2. Model zakon o o elektronskim potpisima

Model zakona o elektronskim potpisima iz 2001. godine<sup>23</sup> je saglasno svom nazivu specijalistički usmeren ka oblasti elektronskih potpisa. Formalno gledano, pravno dejstvo elektronskih potpisa je regulisano prevashodno u čl. 6. i 7., ali i čl. 3. pri čemu se oni moraju tumačiti u kontekstu opšteg pojmovnog određenja elektronskih potpisa datog u čl. 2. ovog Modela.

U sadržinskom pogledu Model zakona o elektronskim potpisima bitno dopunjuje Model Zakona o elektronskoj trgovini<sup>24</sup> na način da se zadržavaju njegovi osnovni principi i zahtevi, uz dodatne iskorake u nekim segmentima. Tako se za specifično delovanje elektronskog potpisa isto koristi princip funkcionalne ekvivalencije za situacije kada se zakonom zahteva potpis nekog lica, odnosno jednostavno propisuju posledice nepostojanja potpisa. U skladu sa datim principom, Model zakonom o o elektronskim potpisima se predviđa da se tada umesto svojeručnog može koristiti elektronski potpis sa istovetnim pravnim dejstvom, uz ispunjenje utvrđenih predušlova i zahteva. Oni ne proizilaze samo iz čl. 6 Modele zakona, već i iz čl. 2 kojim se definiše elektronski potpis.

Ukoliko se integralno posmatraju navedene relevantne odredbe, onda se može zaključiti da su navedeni zahtevi identični se zahtevima Model zakona o elektronskoj trgovini.<sup>25</sup> Međutim, oni se Model zakonom o elektronskim potpisima dodatno preciziraju. Tako se elektronski potpisi smatraju pouzdanim ako ispunjavaju sledeće uslove: a) ako su podaci za generisanje potpisa povezani samo sa potpisnikom a ne sa drugim licima, b) ako su podaci za generisanje potpisa u vreme potpisivanja bili pod kontrolom potpisnika i nijednog drugog lica; c) ako je svaka promena u elektronskom potpisu nakon potpisivanja uočljiva; i d) ako je

---

kacija u relevantnoj industriji ili oblasti u oba vremena metoda je dogovorena i vreme kada je data poruka saopštена; i (14) bilo koji drugi relevantni faktor.

<sup>21</sup> Upor: S. E. Blythe, 1.

<sup>22</sup> Oni imaju za cilj da obezbede isti pravni tretman elektronskom potpisu nezavisno od tehnologije koji se koriste u njegovom nastanku, odnosno da zabrani diskriminaciju ili favorizovanje potpisa samo po navedenom osnovu.

<sup>23</sup> Model Law on Electronic Signatures with Guide to Enactment 2001, UNCITRAL, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/ml-elecsig-e.pdf>, avgust 2019.

<sup>24</sup> Upor: S. Eiselen, 2809.

<sup>25</sup> Upor: S. Eiselen, 2809.

cilj pravnog zahteva da potpis obezbedi sigurnost za integritet informacija na koje se odnosi, svaka njihova izmena nakon potpisivanja mora biti uočljiva.<sup>26</sup>

Napred navedeni zahtevi imali su za cilj da objektivizuju kriterijume tehničke pouzdanosti elektronskih potpisa klasifikujući ih u grupe sa različitom usmerenošću. Jedni se fokusiraju na karakteristike podataka za kreiranje potpisa koji moraju biti povezani sa potpisnikom a, drugi se bave okolnostima u kojima se koriste podaci za kreiranje potpisa, treći i četvrti su usmereni ka pitanjima integriteta elektronskog potpisa i integriteta informacija na koje se elektronski potpis odnosi.<sup>27</sup> Svi zajedno oni čine specifični „test pouzdanosti“, čije se postojanje u delu teorije problematizuje.<sup>28</sup>

Navedeni zahtevi u pogledu pouzdanosti elektronskog potpisa sadržani u Model zakonu o elektronskim potpisima imaju za cilj uspostavljanje minimalnih pretpostavljenih, a ne maksimalnih standarda i imaju karakter smernica, jer se njihova stvarna konkretizacija može izvršiti eventualnim imperativnim zakonskim odrebama, ali i ugovorima između stranaka. Naime u skladu sa čl. 7 ovog Model zakona, svako lice, odnosno nadležni organ može odrediti koji tip elektronskih potpisa će zadovoljiti napred navedene zahteve iz člana 6,<sup>29</sup> pri čemu to, ipak mora biti u skladu sa priznatim međunarodnim standardima.<sup>30</sup> Isto tako, i učesnici u elektronskoj komunikaciji, mogu koristeći se načelom autonomije volje uspostaviti svoje kriterijume pouzdanosti, pod uslovom da ispunjavaju minimum navedenih zahteva,<sup>31</sup> što takođe govori da su navedeni opšti uslovi pouzdanosti prilično fleksibilni i podložni primeni principu autonomije volje.

Sa aspekta pravnog dejstva elektronskih potpisa relevantan je i čl 3. Model zakona o elektronskim potpisima kojim se formalno potvrđuje važenje principa tehnološke neutralnosti u ovoj oblasti. U ovom članu je utvrđeno da ništa u ovom Model zakonu, osim člana 5., se ne može primeniti tako da isključi, ograniči ili liši pravnog dejstva bilo koji način kreiranja elektronskog potpisa koji ispunjava njegove zahteve. S druge strane je vidljivo da zahtevi za pouzdanošću mogu implicitno pogodovati korišćenju nekih oblika i tehnologija kreiranja elektronskog potpisa.<sup>32</sup> Međutim, ključno je da se time ne isključuju druge vrste tehnologija koje bi mogle da ispune date zahteve pouzdanosti, pri čemu je uloga pravnih pravila samo da ponudi predvidljivost u definisanju tih zahteva.<sup>33</sup>

---

<sup>26</sup> Čl. 6. st 2. Model zakona o elektronskim potpisima iz 2001. godine

<sup>27</sup> Upor: S. Eiselen, 2810.

<sup>28</sup> Upor: S. Mason, 114.

<sup>29</sup> Upor: S. Eiselen, 2809.

<sup>30</sup> Čl. 7. st 2. Model zakona o elektronskim potpisima iz 2001.godine.

<sup>31</sup> Upor: S. Eiselen, 2811.

<sup>32</sup> Upor: S. E. Blythe, (2005), 6.

<sup>33</sup> *Ibid.*

### **1.3. Konvencija UN o upotrebi elektronskih komunikacija u međunarodnim ugovorima**

Konvencija UN o upotrebi elektronskih komunikacija u međunarodnim ugovorima iz 2005. godine<sup>34</sup> doneta je s ciljem da reguliše upotrebu elektronskih komunikacija u vezi sa zaključenjem ili izvršenjem ugovora između strana koje imaju svoja sedišta u različitim državama.<sup>35</sup> U pogledu pravnog dejstva elektronskih potpisa je relavantan čl. 9 st. 3. Konvencije, što sugeriše da se UNCITRAL odlučio da u datoj Konvenciji generalno pridržava pristupa minimalne regulacije datog u Model zakonu o elektronskim komunikacijama,<sup>36</sup> kao i njegovih sadržinskih odrednica. Tako, isto uređuje pitanje korišćenja potpisa, tj. za situacije kada zakon nalaže postojanje potpisa ili se eventualno predviđaju pravne posledice njegovog odsustva, i to na funkcionalno ekvivalentnom principu. Vidljivo je da iskazani pristup omogućava da se koristi bilo koji oblik elektronskog potpisa,<sup>37</sup> što sugeriše da je načelno prihvaćen i princip tehnološke neutralnosti. Isto tako, Konvencijom se slično Model zakonu, pouzdanost utvrđuje kao bitan element za definisanje pravne snage elektronskog potpisa.

Međutim, iako slični, pristup iskazan u Konvenciji o upotrebi elektronskih komunikacija u međunarodnim ugovorima u odnosu na Model zakon o elektronskoj trgovini, svakako nije identičan, jer se drugačijim formulacijama i nekim dopunskim elementima u konvenciji ipak menja naglasak poređenju sa odredbama u Model zakonima. Prva izmena se odnosi na uslove funkcionalne ekvivalencije. Naime u Konvenciji je utvrđeno da elektronski potpis može zameniti svojeručni potpis, ako se koristi metoda za identifikaciju stranke i za ukazivanja na njenu nameru u pogledu informacija sadržanih u elektronskoj komunikaciji. Uključivanjem elementa „namere“ umesto „saglasnosti“ u pogledu informacija sadržanih u elektronskoj komunikaciji, izvršen je otklon od analognih odredbi u odnosu na oba Model zakona.<sup>38</sup> To je značajan iskorak, jer se u Konvenciji naglasak daje na identitetu stranke i njegovoj nameri u pogledu elektronskih informacija, dok je u Model zakonima u prvom planu „integritet informacija“ u elektronskoj komunikaciji.

---

<sup>34</sup> Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts – CUECIC, UNCITRAL, 2005, [https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/06-57452\\_Ebook.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/06-57452_Ebook.pdf), avgust 2019.

<sup>35</sup> Konvencija je stupila na snagu 2013. godine i ratifikovao je manji broj zemalja. Međutim, njen značaj se ne iscrpljuje samo u tome, jer je ona u nekim pravima bila uzor u koncipiranju nacionalnih pravila kao što je slučaj sa pravom Singapura. Vid: Eliza Mik, „Evaluating the Impact of the Un Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts on Domestic Contract Law-The Singapore Example,“ *Y.B. Int'l L. & Aff.* 43, 2010, 44.

<sup>36</sup> Upor: S. Eiselein, 2812.

<sup>37</sup> Upor: S. Mason, 111.

<sup>38</sup> Upor: F. F. Wang, 84.

Poseban naglasak se u Konvenciji o upotrebi elektronskih komunikacija u međunarodnim ugovorima daje elementu pouzdanosti elektronskih potpisa, pa stoga u tom pogledu je došlo da najvećih izmena u odnosu na Model zakon o elektronskoj trgovini. Naime, u Konvenciji je preuzet uslov apstraktne pouzdanosti iz Model zakona o elektronskoj trgovini koji propisuje da metod mora biti pouzdan u meri koji se smatra odgovarajućom za svrhu za koju je poruka generisana ili prenesena u vezi sa svim okolnostima, uključujući i svaki relevantni sporazum. Međutim, novina je da se ostavlja mogućnost da se može dokazati da elektronski potpis ispunjava zahteve u pogledu pouzdanosti.<sup>39</sup> Stoga se može oceniti da se postojeći koncept pouzdanosti iz Model zakona o elektronskoj trgovini koji se može nazvati „teorijskom pouzdanošću“ u dатој Konvenciji nadograđuje elementom koji se može označiti kao „faktička pouzdanost.“

Navedeni iskoraci u Konvenciji o upotrebi elektronskih komunikacija u međunarodnim ugovorima u odnosu na oba Model zakona se svakako mogu pozitivno oceniti. Međutim, i pored pomaka u tom pogledu, predstavljeni koncept pouzdanosti elektronskih potpisa ostaje i dalje i nedovoljno konkretnizovan što može biti njegov hendikep u praksi.<sup>40</sup> Na konceptualnom planu se kao njen veći nedostatak može navesti što i dalje primenom principa funkcionalne ekvivalencije rešava praktičan problem primene elektronskih potposa, ali ne daje decidne odgovore o vezi njihovog pravnog važenja.<sup>41</sup>

## 2. PRAVNO DEJSTVO ELEKTRONSKIH POTPISA U PRAVU SRBIJE

Polazeći od toga da je “pravna nesigurnost antiteza jakih i efikasnih tržišta”,<sup>42</sup> i nacionalnom nivou su zakonodavci morali pristupiti pravnoj regulaciji elektronskih potpisa. U kontekstu pravnog dejstva elektronskih potpisa, ključni korak je omogućavanje njihovog pravnog priznanja i punovažnosti, kojim se dozvoljava da se stranke obavezuju ugovorom i putem elektronskog potpisa.<sup>43</sup> Ukoliko bi se elektronskim dokumentima uskratila mogućnost i elektronskog potpisivanja, oni bi morali dopunjeni papirnim zapisima sa svojeručnim potpisima, što nije samo skuplja, manje konkurentna, manje efikasna varijanta,<sup>44</sup> već i varijanta koja bi svojom komplikacijom

---

<sup>39</sup> Upor: S. Eisele, 2812.

<sup>40</sup> Upor: F. F. Wang, 87.

<sup>41</sup> *Ibid*, 85.

<sup>42</sup> Upor: J. E. Stern, 392.

<sup>43</sup> Upor: J. E. Stern, 397.

<sup>44</sup> Upor: Andrew Barofsky, „The European Commission’s Directive on Electronic Signatures: Technological Favoritism Towards Digital Signatures,“ *BC Int’l & Comp. L. Rev.* 24/2000, 146; Kalama M. Lui-Kwan, 470.

vanošću bitno usporila rast elektronske trgovine. Tek prizanjem punovažnosti elektronskih potpisa se dosledno efektuirao princip da se ugovori zaključeni i "potpisani" u potpunosti elektronskim sredstvima smatraju pravno validnim.<sup>45</sup>

U pravu Srbije je prvi put Zakonom o elektronskim potpisima<sup>46</sup> iz 2004. godine učinjen najvažniji prvi iskorak u pogledu pravnog legitimisanja i priznanja elektronskih potpisa. Ovakvim normativnim pristupom ranije srpsko zakonodavstvo u opcionom obliku inkorporira elektronski potpis u naš pravni sistem, pri čemu parcijalno problematizira samo njegovu dokaznu snagu u zakonom uredenom postupku.<sup>47</sup>

Zakon o elektronskim potpisima je zamenjen Zakonom o elektronskom dokumentu, elektronskoj identifikaciji i uslugama od poverenja u elektronskom poslovanju iz 2017. godine.<sup>48</sup> On se i po nazivu i sadržini naslanja na važeće pravo EU iz ove oblasti sadržano u Uredbi o elektronskoj identifikaciji i uslugama od poverenja za elektronske transakcije na unutrašnjem tržištu,<sup>49</sup> kojom se između ostalog, reguliše i elektronski potpis,<sup>50</sup> ali se delom zadržava i nadležnost država članica u ovoj oblasti.<sup>51</sup>

Donošenjem novog Zakona o elektronskom dokumentu, elektronskoj identifikaciji i uslugama od poverenja u elektronskom poslovanju je ne samo potvrđen, već i osnažen princip pravnog priznanja i punovažnosti elektronskih ugovora, u nešto drugačijoj stilizaciji nego u u važećoj uredbi EU.<sup>52</sup> To je učinjeno izričitom formulacijom da se elektronskom potpisu ne može osporiti punovažnost ili dokazna snaga samo zbog toga što je u elektronskom obliku, ili što ne ispunjava uslo-

---

<sup>45</sup> Upor: A. Barofsky, 146.

<sup>46</sup> Sl glasnik RS, br. 135/2004.

<sup>47</sup> Naime, utvrđeno je da elektronski potpis može imati pravno dejstvo i može se koristiti kao dokazno sredstvo u zakonom uredenom postupku, osim kada se, u skladu sa posebnim zakonom, zahteva da samo svojeručni potpis ima pravno dejstvo i dokaznu snagu. Upor: Čl.6. Zakona o elektronskom potpisu.

<sup>48</sup> Sl glasnik RS, br. 94/2017.

<sup>49</sup> Regulation (EU) No 910/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC. Ona je je derogirala Direktivu 1999/93/EC o elektronskom potpisu. Šire o njoj: Jos Dumortier, et al., *The legal and market aspects of electronic signatures*, Interdisciplinary centre for Law & Information Technology, Katholieke Universiteit Leuven, 2003; S. E. Blythe,8.

<sup>50</sup> Čl. 1. Uredbe o elektronskoj identifikaciji i uslugama od poverenja za elektronske transakcije na unutrašnjem tržištu – UEDUPETUT.

<sup>51</sup> Naime, u oblasti pravnog dejstva elektronskih potpisa je podeljena nadležnost između nivoa EU i država članica , pa je osim zahteva predvidenih u Uredbi prema kojima bi kvalifikovani elektronski potpis trebao imati jednako pravno dejstvo kao svojeručni potpis, sve ostalo potrebno je odrediti nacionalnim pravima država članica. Upor: Par. 49. Preamble UEDUPETUT.

<sup>52</sup> Utvrđeno je da se elektronskom potpisu se kao dokazu u sudskim postupcima ne može uskratiti pravno dejstvo i dopuštenost samo zbog toga što je on u elektronskom obliku ili zbog toga što ne ispunjava sve zahteve za kvalifikovani elektronski potpis. Upor: Čl. 25 st. 1. UEDUPETUT.

ve za kvalifikovani elektronski potpis.<sup>53</sup> Međutim, navedeni načelni pristup o pravnom priznanju elektronskih potpisa u našem pravu nije apsolutan, jer se pravila o punovažnosti elektronskih potpisa ne primenjuju na pravne poslove za koje je posebnim zakonom predviđeno da se ne mogu preuzeti u elektronskoj formi, odnosno na ugovore i druge pravne poslove za koje je posebnim zakonom predviđeno da se sačinjavaju u formi ovare potpisa, javno potvrđene (solemnizovane) isprave, ili u formi javnobeležničkog zapisa.<sup>54</sup> Ograničenje domaćaja ovog principa je prisutno i u drugim pravima, ali ona često nisu identična.<sup>55</sup>

Za detaljniju analizu pravnog dejstva elektronskih potpisa u pravu Srbije su posebno relevantne i odredbe čl. 2 i čl. 50 navedenog zakona. Tek njihovim komplementarnim razmatranjem se može utvrditi pozicija našeg aktuelnog prava u dатој области.

U čl. 2 koji se bavi definisanjenjem zakonskih kategorija, faktički elektronski potpsi se u našem pravu klasificuju na tri kategorije i to elektronske potpise, napredne i kvalifikovane elektronske potpise. Taj pristup je u identičnom obliku preuzet iz prava EU.<sup>56</sup> Ukoliko navedenu klasifikaciju stavimo u kontekst već navedenog pravila da se elektronskom potpisu ne može osporiti punovažnost ili dokazna snaga samo zbog toga što je u elektronskom obliku ili što ne ispunjava uslove za kvalifikovani elektronski potpis, onda se logično mogu izvući određeni zaključci o bitnim odrednicima prava Srbije u pogledu pravnog dejstva elektronskih potpisa.

Prvo, svaki elektronski potpis, koji ispunjava generalne tehničke i funkcionalne uslove koje su date u pojmovnom određenju elektronskog potpisa<sup>57</sup> je punovažan i ima određenu dokaznu pravnu snagu i dejstvo. Ona je vezana za potvrđivanje integriteta podataka koji se potpisuju i identiteta potpisnika, ali će konkretnu sadržinu tog dejstva dati poslovna i sudska praksa u budućnosti. Činjenica da se u našem pravu na ovaj način daje dokazna snaga i potpisu koji ne ispunjava uslove za kvalifikovani elektronski potpis, ukazuje da ovakvi „nekvalifikovani“ potpsi nisu formalno ograničeni dodatnim kriterijumima sigurnosti, kao što je to učinjeno u nekim uporednim pravima.<sup>58</sup>

---

<sup>53</sup> Čl.50. st. 1. Zakona o elektronskom dokumentu, elektronskoj identifikaciji i uslugama od poverenja u elektronskom poslovanju – ZEDEIUPEP.

<sup>54</sup> Čl. 50. st.3. i 4 ZEDEIUPEP.

<sup>55</sup> O pristupu kineskog prava: Stephen E.Blythe, „China's New Electronic Signature Law and Certification Authority Regulations: A Catalyst for Dramatic Future Growth of E-Commerce“, *Chi.-Kent J. Intell. Prop.*, 7/2007, 16.

<sup>56</sup> Upor: čl. 3. UEDUPETUT koji takođe predviđa tri vrste elektronskog potpisa: elektronski potpis, napredni elektronski potpis i kvalifikovani elektronski potpis.

<sup>57</sup> Elektronski potpis u našem pravu je generalno određen kao skup podataka u elektronskom obliku koji su pridruženi ili logički povezani sa drugim (potpisanim) podacima u elektronskim obliku tako da se elektronskim potpisom potvrđuje integritet tih podataka i identitet potpisnika. Čl. 2. st. 1.tač. 20. ZEDEIUPEP.

<sup>58</sup> Takav je slučaj u pravu Kine. Upor: S.E.Blythe, (2007), 29.

Drugo, svi elektronski potpisi nemaju isto pravno dejstvo. Za razliku od naredenih „običnih“ ili „nekvalifikovanih“ elektronskih potpisa koji imaju ograničenu pravnu snagu, najviša pravna snaga se daje kvalifikovanom potpisu, koji dobija isto pravno dejstvo kao i svojeručni potpis, pa čak može da zameni overu svojeručnog potpisa, ako je to propisano posebnim zakonom.<sup>59</sup> Na ovaj način se kreira diferencirana šema pravnog dejstva elektronskih potpisa, u kome postoje dve njihove pravne relevantne kategorije, gde je kvalifikovani elektronski potpis ključan i iz kojeg se izvodi kako pravno određenje, tako i pravno dejstvo „običnih“ ili „nekvalifikovanih“ elektronskih potpisa. Kreiranje ovakvog sistema pravnog dejstva elektronskih potpisa u našem pravu je zasnovano na pravu EU,<sup>60</sup> ali je generalno sličan sistem prisutan i u uporednom pravu, kao što je slučaj u Kini.<sup>61</sup> Zbog sadržine pravnog dejstva koje ima kvalifikovani elektronski potpis, on iako dobrovoljan, ovakvim normativnim sistemom može postati ne samo poželjan, već i faktički skoro obavezan.<sup>62</sup>

Treće, u pravu Srbije, punovažnost i pravno dejstvo elektronskih ugovora se formalno ne vezuje za konkretni oblik tehnologije koja se koristi za kreiranje elektronskog potpisa, što je česta praksa u uporednom pravu.<sup>63</sup> Time se ukazuje da je u našem pravu implicitno načelno prihvaćen princip tehnološke neutralnosti, za razliku od prava EU koje se eksplicitno poziva na njega,<sup>64</sup> što je svakako dobar pristup.<sup>65</sup> Međutim, striktnim zahtevima u vezi sigurnosti se faktički favorizuju digitalni potpisi<sup>66</sup> i drugi oblici elektronskog potpisa sa visokim performansama sigurnosti,<sup>67</sup> čime se naše pravo faktički približava hibridnom modelu regulacije koji se zasniva na ograničenoj tehnološkoj neutralnosti, sa svim svojim implikacijama.<sup>68</sup>

---

<sup>59</sup> Čl.50. st. 2. i 3. ZEDEIUPEP.

<sup>60</sup> Čl. 25. st. 1. i 2. ZEDEIUPEP.

<sup>61</sup> U Kini je u tom smislu kreiran tzv. pouzdan elektronski potpis, koji bi mogao biti pandan našem kvalifikovanom elektronskom potpisu. O zahtevima koje moraju ispuniti takvi potpisi: S. E. Blythe. (2007), 16-17.

<sup>62</sup> Upor: Stephen E.Blythe „Hong Kong Electronic Signature Law and Certification Authority Regulations: Promoting E-commerce in the World’s Most Wired City.“ *NCJL & Tech.* 7/2005, 9.

<sup>63</sup> Upor: F. F. Wang, 79.

<sup>64</sup> U par. 26.i 27. Preambule UEDUPETUT je navedeno da pravni učinci koji se njome osiguravaju trebali bi biti ostvarivi bilo kojim tehničkim sredstvima pod uslovom da su zahtevi ove Uredbe ispunjeni.U tom smislu se i pledira za otvorenost za tehnološke inovacije u ovoj oblasti.

<sup>65</sup> Upor: Kalama M. Lui-Kwan, 478.

<sup>66</sup> U teoriji se ponekad termin digitalni potpis koristi kao sinonim za elektronski potpis uopšte. Međutim, on je samo jedan podoblik elektronskih potpisa.Vid: E. Blythe, (2005), 3. Šire o digitalnim potpisima: F. F. Wang, 81.

<sup>67</sup> U teoriji je izvršena klasifikacija potpisa po osnovu stepena njihove bezbednosti na četiri grupe. Šire: S. E. Blythe, (2005), 3 i dalje.

<sup>68</sup> Ovakav model ima svoje dobre i loše strane. S jedne strane, ovakav pristup je samo prirodan otisak sličnih pristupa u oblasti potpisa uopšte, a s druge strane, hibridni modeli su fleksibilniji i prilagodljiviji novim tehnološkim dostignućima, uz postojanje bazične sigurnosti.

Četvrti, saglasno međunarodnoj regulativi, u pogledu koncipiranja pravnog dejstva elektronskih ugovora u našem pravu opravdano se polazi od faktora pouzdanosti i sigurnosti. Time “sigurnost” postaje ključna determinanta ne samo u kontekstu elektronske trgovine,<sup>69</sup> već i u kontekstu dejstva elektronskih potpisa. Upravo je kreiranje napred navedenih kvalifikovanih elektronskih potpisa kao složene pravne konstrukcije rezultat takvog pristupa, iako je jasno da se “sigurnost” ne može „zakonski regulisati,“ jer je to kombinacija faktora koji nisu samo pravni, već u bitnoj meri i tehnološki i zavise od upotrebljene tehnologije u elektronskoj komunikaciji.<sup>70</sup> Pod kvalifikovanim elektronskim potpisom se u našem pravu podrazumeva napredni elektronski potpis koji je kreiran kvalifikovanim sredstvom za kreiranje elektronskog potpisa i koji se zasniva na kvalifikovanom sertifikatu za elektronski potpis.<sup>71</sup> U skladu sa ovakavim određenjem, u našem pravu su kreirane tri vrste zahteva, koji svi zajedno trebaju da obezbede visok nivo verodostojnosti i bezbednosti.

Prvi zahtev se vezuju za napredne potpise, odnosno za njegove performanse, kao što je to učinjeno u pravu EU, iako u teoriji postoje razložna pravila koja generalno osporavaju njihovu tehničku i pravnu zasnovanost,<sup>72</sup> ili opravdano ukazuju na njihove negativne implikacije.<sup>73</sup> I u našem pravu on podrazumeva elektronski potpis koji ispunjava dodatne uslove za obezbeđivanje višeg nivoa pouzdanosti potvrđivanja integriteta podataka i identiteta potpisnika u skladu sa ovim zakonom,<sup>74</sup> čime je naravljen iskorak u pravcu objektivizacije kriterijuma i pravnoj sigurnosti u dатој oblasti u odnosu na ranije srpsko zakonodavstvo. Saglasno tome, da bi jedan potpis u našem aktuelnom pravu imao tretman naprednog potpisa mora da ispuni dodatne uslove, koji su identični uslovima koji se traže u pravu EU.<sup>75</sup> To su sledeći uslovi; 1) na nedvosmislen način da bude povezan sa potpisnikom; 2) da omogućava utvrđivanje identiteta potpisnika; 3) da bude izrađen korišćenjem podataka za izradu elektronskog potpisa koje potpisnik odnosno pečatilac može, uz visok nivo pouzdanosti, koristiti pod svojom isključivom kontrolom; 4) da bude povezan sa elektronskim potpisnikom, na način da se može utvrditi bilo koja naknadna izmena tih podataka.

Drugi zahtev sadrži obavezu kreiranja potpisa kvalifikovanim sredstvom za kreiranje elektronskog potpisa, a to je sredstvo koje ispunjava uslove propisane zakonom.<sup>76</sup> Zakonom je propisano da kvalifikovano sredstvo za kreiranje elek-

---

<sup>69</sup> Upor: A. H. Boss, (1998), 590.

<sup>70</sup> *Ibid.*

<sup>71</sup> Čl. 2. st.1 . tač. 30. ZEDEIUPEP.

<sup>72</sup> Šire: S. Mason, 152 i dalje.

<sup>73</sup> One se posebno vide u komplikanosti. Upor: Hughes, 389. S. Eiselen, 2814.

<sup>74</sup> Čl.2 , st. 1, tač. 29. ZEDEIUPEP.

<sup>75</sup> Čl. 26. UEDUPETUT.

<sup>76</sup> Čl. 2, st. 1, tač. 31. ZEDEIUPEP.

tronskog potpisa mora da, pomoću odgovarajućih tehničkih rešenja i postupaka, obezbedi: 1) poverljivost podataka za kreiranje elektronskog potpisa; 2) da se podaci za kreiranje elektronskog potpisa, pojavljuju samo jednom; 3) da se podaci za kreiranje elektronskog potpisa, ne mogu dobiti izvan sredstava za kreiranje elektronskog potpisa, upotreboom dostupne tehnologije u razumnom vremenu; 4) da je elektronski potpis, pouzdano zaštićen od falsifikovanja upotreboom dostupne tehnologije; 5) mogućnost pouzdanje zaštite podataka za kreiranje elektronskog potpisa, od neovlašćenog korišćenja.<sup>77</sup> Vrlo bitno je da sredstva za kreiranje kvalifikovanog elektronskog potpisa, prilikom kreiranja elektronskog potpisa, ne smeju promeniti podatke koji se potpisuju ili onemogućiti potpisniku, uvid u te podatke pre procesa kreiranja kvalifikovanog elektronskog potpisa.<sup>78</sup>

Treći zahtev se tiče obavezne zasnovanosti elektronskog potpisa na kvalifikovanom sertifikatu za elektronski potpis, koji je definisan kao sertifikat za elektronski potpis koji izdaje kvalifikovani pružalac usluga od poverenja i koji ispunjava striktne uslove predviđene zakonom.<sup>79</sup>

## ZAKLJUČAK

Zbog svog značaja za elektronsku trgovinu, problem pravnog dejstva elektronskih potpisa je predmet pažnje pravne regulative kako na međunarodnom, tako i na nacionalnom planu. Na međunarodnom planu, pravna regulativa je u sadržinskom pogledu konceptualno slična i zasniva se na načelima pravnog priznanja, funkcionalne ekvalencije i formalne tehnološke neutralnosti. Isto tako se široko prihvata pristup o korelaciji pravnog dejstva elektronskih ugovora i njihove pouzdanosti, s tim što razlike postoje samo u pogledu preciziranja i nivoa odnosnih zahteva.

I u pravu Srbije se prihvata navedeni koncept, s tim što se naše pravo metodolški, strukturalno i sadržinski prevashodno naslanja na pravo EU. Posebno značajno je da i u njemu „pouzdanost i sigurnost“ postaje ključna determinanta dejstva elektronskih potpisa. Naime, najviša pravna snaga se daje kvalifikovanom potpisu, koji dobija isto pravno dejstvo kao i svojeručni potpis, pa čak može da zameni overu svojeručnog potpisa, ali zauzvrat on mora zadovoljiti vrlo složen sistem striktnih zahteva koji svi zajedno trebaju da obezbede visok nivo njegove pouzdanosti.

---

<sup>77</sup> Čl. 46, st. 1. ZEDEIUPEP.

<sup>78</sup> Čl. 46, st. 2. ZEDEIUPEP.

<sup>79</sup> Čl. 2, st. 1. tač. 32. ZEDEIUPEP.

## LITERATURA I IZVORI

- Barofsky, A., "The European Commission's Directive on Electronic Signatures: Technological Favoritism Towards Digital Signatures," *BC Int'l & Comp. L. Rev.* 24/2000;
- Blythe, S. E., "Digital signature law of the United Nations, European Union, United Kingdom and United States: Promotion of growth in E-commerce with enhanced security," *Richmond Journal of Law & Technology*, 11.2/2005;
- Blythe, S. E., "Hong Kong Electronic Signature Law and Certification Authority Regulations: Promoting E-commerce in the World's Most Wired City." *NCJL & Tech.* 7/2005;
- Blythe, S. E., "China's New Electronic Signature Law and Certification Authority Regulations: A Catalyst for Dramatic Future Growth of E-Commerce," *Chi.-Kent J. Intell. Prop.*, 7/2007;
- Boss, A.H., "Electronic Commerce and the Symbiotic Relationship Between International and Domestic Law Reform," *Tul. L. Rev.* 72 /1997;
- Boss, A.H., "Searching for security in the law of electronic commerce," *Nova L. Rev.* 23/1998;
- Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts – CUECIC*, UNICITRAL, 2005, [https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/06-57452\\_Ebook.pdf](https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/06-57452_Ebook.pdf), avgust 2019;
- Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce')*, Official Journal of the European Communities (OJ) L 178, 17. 07. 2000, pp. 1-16;
- Divljak, D., „Harmonizacija pravila o elektronskoj trgovini i pravo Srbije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu (Zbornik radova PFNS)*, 3/2018;
- Dumortier, J. et al., *The legal and market aspects of electronic signatures*, Interdisciplinary centre for Law & Information Technology, Katholieke Universiteit Leuven, 2003;
- Eiselen, S., "Fiddling with the ECT act—Electronic signatures." *Potchefstroom Electronic Law Journal/Potchefstroomse Elektroniese Regsblad*, 17.6./2014;
- Hughes, J., "The Internet and the persistence of law," *BCL Rev.*, 44 /2002;
- Lui-Kwan, K. M., "Recent developments in digital signature legislation and electronic commerce," *Berkeley Tech. LJ* 14/1999;
- Mason, S., *Electronic signatures in law*, Cambridge, 2012;
- Mik, E., „Evaluating the Impact of the Un Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts on Domestic Contract Law-The Singapore Example,“ *Y.B. Int'l L. & Aff.* 43, 2010;
- Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment, with additional article 5 bis adaptet in 1998*, UNICITRAL, [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/V1504118\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/V1504118_Ebook.pdf), avgust 2019,
- Model Law on Electronic Signatures with Guide to Enactment 2001*, UNICITRAL, <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/ml-elecsig-e.pdf>, avgust 2019;

- Ritter, J. B., Gliniecki, J. Y., "International Electronic Commerce and Administrative Law: The need for harmonized national reforms," *Harv. JL & Tech.*, 6/1992;
- Radovanović, S., „Zaključivanje ugovora putem Interneta-ide li pravo u korak sa vremenom“, *Zbornik radova PFNS*, 3./2008;
- Regulation (EU) No 910/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014R0910&from=EN>; avgust 2019;
- Stern, J. E., "The electronic signatures in global and national commerce act," *Berk. Tech. LJ* 16, 2001;
- Wang, F.F., *Law of electronic commercial transactions: Contemporary issues in the EU, US and China*, Routledge 2014, 79;
- Zakon o elektronskim potpisima iz 2004. godine, *Sl glasnik RS*, br. 135/2004;
- Zakon o elektronskom dokumentu, elektronskoj identifikaciji i uslugama od povećanja u elektronskom poslovanju iz 2017. godine, *Sl glasnik RS*, br. 94/2017.

*Drago Lj. Divljak, Ph.D., Full Professor  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
D.Divljak@pf.uns.ac.rs*

## **The Legal Effect of Electronic Signatures in International Legislation and in Serbian Law**

**Abstract:** *The legal effect of electronic signatures, which includes the problem of its validity and legal power, is one of the important issues of electronic commerce. The paper analyzes the approach to this problem in the international legislation and the law of Serbia, considering it in the context of some national comparative solutions, especially in the context of the EU law.*

*At an international level, legislation is conceptually nearly identical and is based on the principles of legal recognition, functional equivalence and formal technological neutrality. Additionally, the approach on the correlation of the legal effect of electronic contracts and their reliability is also widely accepted, with differences only in terms of specifying and the level of related requirements. The law of Serbia also accepts the above-mentioned concept; however, methodologically, structurally and substantively it relies primarily on the EU law. It is particularly important that in our law “reliability and security” becomes a key determinant of the legal effect of electronic signatures. Namely, the highest legal power is given to a qualified electronic signature, which has the same legal effect as a handwritten signature, and can even replace the legalization of a handwritten signature, but in turn it must satisfy a very complex system of strict requirements that all together need to ensure a high level of its reliability.*

**Keywords:** *legal effect, electronic signatures, international legislation, law of Serbia, reliability, qualified electronic signature.*

Datum prijema rada: 10.09.2019.

*Dr Sanja V. Dajić, redovni profesor  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
S.Djajic@pf.uns.ac.rs*

## MEHANIZMI DEFragmentsACIJE MEĐUNARODNOG PRAVA: SISTEMSKO TUMAČENJE, EVOLUTIVNO TUMAČENJE I SUDSKI AKTIVIZAM EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA\*

**Sažetak:** U ovom radu predstavljeni su mehanizmi za prevazilaženje fragmentacije koje je razvio Evropski sud za ljudska prava: sistemsko tumačenje, evolutivno tumačenje, autonomna sredstva tumačenja, i drugi oblici sudske aktivizma. Pregled sudske prakse pokazuje da se Sud redovno oslanja na sistemsko tumačenje iako Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava ne nalaže primenu drugih međunarodnopravnih izvora. Evropski sud tako koristi član 31(3)(c) Bečke konvencije o ugovornom pravu da bi rešio sukob između eksternih međunarodnih izvora i obaveza iz Evropske konvencije. Tom prilikom najčešće se opredeljuje za onaj pristup kojim je, bar načelno, omogućena istovremena primena oba izvora. Čak i kada odluči da prednost da jednom od dva izvora Evropski sud se poziva na sistemsko tumačenje, bilo ono iz Bečke konvencije (sistemska tumačenje stricto sensu) ili širi koncept sistemskog tumačenja koje je Evropski sud razvio u svojoj praksi (sistemska tumačenje lato sensu). Pored sistemskog tumačenja, Evropski sud koristi evolutivno tumačenje i mnoge druge oblike autonomnog tumačenja kojima pokušava da postavi Evropsku konvenciju u sistem međunarodnog prava. U radu je tako dat pregled presuda Evropskog suda u kojima se kao pravno pitanje javlja sukob između međunarodnog pravila o imunitetu stranih država i prava na pristup sudu iz člana 6 Evropske konvencije, kao i sukob između obaveza na osnovu rezolucija Saveta bezbednosti UN i prava na pristup Sudu. U svim ovim primerima sistemsko tumačenje je imalo ključnu ulogu. Oni

---

\* Rad je pripremljen u okviru projekta „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“ Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu i projektne teme „Procesi globalizacije i fragmentacije u savremenom međunarodnom pravu: međunarodno pravo između koherentnog sistema i dezintegracije“.

pokazuju da procese fragmentacije u međunarodnom pravu prate i procesi defragmentacije, kao i da je Evropski sud za ljudska prava jedan od faktora defragmentacije u međunarodnom pravu, možda i više nego neki drugi specijalizovani međunarodni sudovi.

**Ključne reči:** Evropski sud za ljudska prava; fragmentacija međunarodnog prava; pravo na pristup sudu; rezolucije Saveta bezbednosti UN; sistemsko tumačenje; evolutivno tumačenje; sudske aktivizam.

## 1. UVOD

O fragmentaciji međunarodnog prava postoji bogata literatura i praksa, naročito posle izveštaja Komisije UN za međunarodno pravo iz 2006. godine pod naslovom „Fragmentacija međunarodnog prava: poteškoće koje su posledica diversifikacije i ekspanzije međunarodnog prava“.<sup>1</sup> Komisija nije pokazala zabrinutost za budućnost međunarodnog prava jer fragmentacija nije nužno negativan fenomen. Nedavno je Ana Peters zaključila da je vreme da se okonča nepotrebna i beskorisna rasprava o fragmentaciji – drugim rečima „*it is time to bury the f-word*.“<sup>2</sup> U istom duhu će i ovaj rad predstaviti pojedine mehanizme za prevaziлаženje fragmentacije: sistemsko tumačenje, evolutivno tumačenje, i druge metode sudske aktivizma Evropskog suda za ljudska prava, jer oni pokazuju kako fragmentaciju nužno prati i defragmentacija. Pored postojeće ideje da fragmentacija nije nužno negativna, jer dokazuje specijalizaciju i razvoj međunarodnog prava,<sup>3</sup> biće izložena i ideja da dinamika razvoja međunarodnog prava jednakostrojivo sile i instrumente defragmentacije kao prirodnji odgovor na fragmentaciju.

Evropski sud za ljudska prava predstavlja dobar ogledni primer jer je reč o međunarodnom суду sa verovatno najbogatijom praksom gde se nužno javlja fragmentacija. Sa druge strane, Evropski sud za ljudska prava je regionalni i specijalizovani sud pa je zbog toga možda i jedan od faktora fragmentacije, i pozitivne i negativne. Konačno, za razliku od Međunarodnog suda pravde koji se često smatra glavnim međunarodnim sudom, najviše zbog svog položaja kao

<sup>1</sup> The International Law Commission, “Conclusions of the work of the Study Group of the International Law Commission on the Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law”, (A/61/10, para. 251), *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, vol. II, Part Two; Videti i komentar: *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law, Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskeniemi* A/CN.4/L.682 13 April 2006.

<sup>2</sup> Anne Peters, “The refinement of international law: From fragmentation to regime interaction and politicization“, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, no. 3 (2017), 671–704, 672.

<sup>3</sup> Sanja Đajić, „Fragmentacija međunarodnog prava i specijalni pravni režimi“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2016, 439–459.

glavnog sudskog organa Ujedinjenih nacija, i zbog svoje opšte međunarodne nadležnosti, pa usled toga i „čuvara“ sistema međunarodnog prava na vrhu imaginarnе hijerarhije medunarodnih sudova, Evropski sud za ljudska prava, bar načelno, nema ovu vrstu obaveze. Upravo iz ovih razloga pitanje je u kojoj meri Evropski sud može i mora da vodi računa o sistemu međunarodnog prava i da upotrebljava mehanizme defragmentacije. U nastavku ovog rada biće obrađena praksa Evropskog suda za ljudska prava u pogledu sistemskog tumačenja, evolutivnog tumačenja i drugih oblika sudskog aktivizma kojima Konvenciji i svojoj praksi obezbeđuje usklađivanje sa opštim međunarodnim pravom i tako deluje kao akter defragmentacije u međunarodnom pravnom sistemu.

## 2. SISTEMSKO TUMAČENJE U PRAKSI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

### 2.1. Sistemsko tumačenje u Bečkoj konvenciji o ugovornom pravu (1969)

Pravilo o sistemskom tumačenju međunarodnih ugovora nalazi se u članu 31 stav 3 tačka (c) Bečke konvencije o ugovornom pravu iz 1969. godine.<sup>4</sup> Cela odredba člana 31 ukazuje na to da je sistem međunarodnog prava obvezni kontekst tumačenja ugovornih normi.

#### Član 31

##### *Opšte pravilo o tumačenju*

1. Ugovor se mora dobronomerno tumačiti prema uobičajenom smislu koji se mora dati izrazima u ugovoru u njihovom kontekstu i u svetlosti njegovog predmeta i njegovog cilja.

2. U cilju tumačenja ugovora, kontekst obuhvata, osim teksta, uvoda i uključenih priloga:

a) svaki sporazum u vezi sa ugovorom koji postoji između članica prilikom zaključivanja ugovora;

b) svaki instrument koji sačine jedna ili više članica prilikom zaključenja ugovora a koji prihvate ostale članice kao instrument koji se odnosi na ugovor.

3. Kao i o kontekstu, vodiće se računa:

a) o svakom docnjem sporazumu između članica u pogledu tumačenja ugovora ili primene njegovih odredaba;

---

<sup>4</sup> Bečka konvencija o ugovornom pravu (*Vienna Convention on the Law of Treaties*) od 23. maja 1969. 1155 UNTS 331, Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori, br. 30/1972.

b) o svakoj docnijoj praksi u vezi sa primenom ugovora kojim je postignut sporazum između članica u pogledu tumačenja ugovora;

c) o svakom relevantnom pravilu međunarodnog prava koje se primjenjuje u odnosima između članica.

Čini se da je prilično jasno da odredba člana 31(3)(c) koja glasi „svako relevantno pravilo međunarodnog prava koje se primjenjuje u odnosima između članica“ predstavlja upućivanje na sistem međunarodnog prava. Reč je o obavezi koja se ne može isključiti – operacija tumačenja je jedinstvena i u sebi inkorporiše različite metode tumačenja. Bez obzira što postoje različiti metodi tumačenja, oni su jednakо inkorporisani u jedinstvenom procesu tumačenja – to proizilazi i iz naslova člana 31 koji je formulisan u jednini.<sup>5</sup>

U Komentaru Bečke konvencije stoji da član 31(3)(c) upućuje na celokupno međunarodno pravo i referiše na sve izvore međunarodnog prava iz člana 38 stav 1 Statuta Međunarodnog suda pravde.<sup>6</sup> Jedino ograničenje je merodavnost i obaveznost tog pravila za strane ugovora koje se tumači. Ovom odredbom je zapravo moguće promeniti prvobitno značenje neke odredbe i zameniti je novim koji odgovara važećem sistemu međunarodnog prava.<sup>7</sup>

Sistemsko tumačenje upravo ima funkciju da integriše različite međunarodnopravne obaveze jer izvori prava mogu nastati bez prethodne provere usaglašenosti svih međunarodnih obaveza. To, uostalom, i jeste jedan od uzroka pravnog partikularizma u međunarodnom pravu i potencijalnih sukoba između različitih obaveza i sukoba nadležnosti različitih međunarodnih sudova.

## **2.2. Sistemsko tumačenje u presudama Evropskog suda za ljudska prava**

U pogledu primera sistemskog tumačenja koje primjenjuje Evropski sud za ljudska prava možemo govoriti o bar dve grupe takvog tumačenja. Prva obuhvata sve one slučajeve kada Evropski sud koristi eksterne pravne izvore prilikom analize okolnosti konkretnog slučaja. Takvi primeri su izuzetno brojni jer Evropski sud za ljudska prava u velikoj većini slučajeva upućuje na eksterne izvore. Već ova ustaljena praksa svedoči o svesti Evropskog suda da pravo i praksa Evropske konvencije ne postoje u nekom pravnom vakuumu već da je integrativan pristup

---

<sup>5</sup> „Sva četiri elementa člana 31 su formulisana kao obavezna i njihova svrha je da budu primjenjeni u jedinstvenom i integrisanom postupku tumačenja međunarodnog ugovora. Član 31 Bečke konvencije se naziva ‚Opšte pravilo o tumačenju‘ a ne ‚Opšta pravila o tumačenju‘. Ovo se često zanemaruje.“ – Zachary Douglas, “The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails“, *2 Journal of International Dispute Settlement* 2/2011, 97-113, 109.

<sup>6</sup> Mark Villiger, *Commentary on the 1969 Treaty on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers: Leiden – Boston 2009, str. 432-433, pasus 24-25.

<sup>7</sup> Nav. delo, str. 433, pasus 25.

ako ne obavezan onda je bar poželjan i doprinosi legitimitetu njegove prakse.<sup>8</sup> Iako je upućivanje na spoljne, eksterne izvore vrlo često, učestalost pozivanja na član 31 Bečke konvencije o ugovornom pravu je daleko manja. Primeri sistemskog tumačenja Evropskog suda za ljudska prava se upravo tako mogu podeliti u dve grupe – u onu u kojoj je pozivanje na eksterne izvore stvar utemeljene prakse bez većeg značaja za odluku u konkretnom slučaju jer pravog normativnog sukoba ni nema, ali je pozivanje na spoljne izvore signal odobravanja sistemskog tumačenja. U drugoj grupi su oni primeri gde postoji stvarni normativni sukob između eks-ternih normi i normi iz Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava, kada je pravilo o sistemskom tumačenju iz člana 31 Bečke konvencije mehanizam za prevazilaženje takvog sukoba. Drugim rečima, u ovoj drugoj grupi je sistemsko tumačenje rešenje problema kojeg u prvoj grupi zapravo ni nema.

### *2.2.1. Evropski sud za ljudska prava i sistemsko tumačenje lato sensu*

U pogledu prve grupe, koja više implicira sistemsko tumačenje nego što se na njega direktno oslanja, stavovi autora su da su sudije Evropskog suda za ljudska prava svesni složenog i diversifikovanog međunarodnog prava kao i trenda da se ukazuje na širi pravni kontekst.<sup>9</sup> Zanimljivost je da Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda<sup>10</sup> uopšte ne pominje korišćenje drugih pravnih izvora, osim same Evropske konvencije i njenih protokola.

Sa druge strane, a možda upravo i zbog masovne upotrebe spoljnih izvora, nije uvek jasan kriterijum kojim se sudije rukovode prilikom izbora relevantnih izvora. To nisu uvek pravni izvori, već umiju biti i *soft law*, različite deklaracije i rezolucije, odluke međunarodnih organizacija i slično.<sup>11</sup> Razlozi kojima se rukovode sudije prilikom korišćenja vrlo širokog kruga izvora mogu biti, između ostalih, i ideja da je Evropski sud za ljudska prava deo šireg sistema u kojem funkcioniše kao njegov integralni deo. U praksi Evropski sud tako koristi ne samo pravne izvore koji obavezuju strane ugovornice Evropske konvencije (kako to u pogledu sistemskog tumačenja zahteva član 31(3)(c)) već i one koji ne važe za dr-

<sup>8</sup> Eva Brems, “Should Pluriform Human Rights Become One? Exploring the Benefits of Human Rights Integration”, *European Journal of Human Rights*, 4/2014, 447-470, na str. 455-458.

<sup>9</sup> Vassilis Tzevelekos, “The Use of Article 31(3)(c) of the VCLT in the Case-law of the ECtHR: an Effective Anti-Fragmentation Tool or a Selective Loophole for the Reinforcement of the Teleology of Human Rights? Between Evolution and Systemic Integration”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 31, 2010, 621-690; Adamantia Rachovitsa, “The Principle of Systemic Integration in Human Rights Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol 66, July 2017, 557–588.

<sup>10</sup> Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950. godine (sa Protokolima), Sl. list Srbije i Crne Gore – Međunarodni ugovori, br. 9/2003.

<sup>11</sup> Dorothea Staes, “The Use of Documents Other than the European Convention on Human Rights and Its Protocols in Cases Before the European Court of Human Rights: Reflections from and upon a Users’ Perspective”, *Human Rights & International Legal Discourse* 2/2014, 186-215.

žave ugovornice ili koji uopšte nemaju obavezujuću snagu.<sup>12</sup> Na primer, u predmetu *Opuz protiv Turske*, Sud počinje obrazloženje na sledeći način:

„Sud odmah na početku ukazuje na to da prilikom razmatranja predmeta i cilja odredaba Konvencije uzima u obzir međunarodnopravni okvir pravnih pitanja o kojima odlučuje. Sačinjeni od grupe pravila i načela koje je prihvatiла velika većina država, zajednički međunarodni i domaći pravni standardi evropskih država odražavaju realnost koju Sud ne može da ignoriše kada je pozvan da pruži objašnjenje o polju primene neke odredbe Konvencije koju druga sredstva tumačenja ne mogu da ustanove sa dovoljnim stepenom sigurnosti.“<sup>13</sup>

Sud dosta široko pristupa međunarodnim i domaćim pravnim standardima koji su načelno merodavni za pravni problem pred Sudom. Sud se ne oslanja uvek na Bečku konvenciju o ugovornom pravu niti nužno pominje pravilo o sistemskom tumačenju, već postavlja standard koji je, čini se, širi od onog u članu 31(3)(c) Bečke konvencije. To je njegov autentičan i dosta slobodan pristup sistemskom tumačenju.<sup>14</sup> To se ogleda ne samo u mnogo širem i slobodnjem korišćenju eksternih izvora, obavezujućih i neobavezujućih, već i u konceptu tzv. „evropskog konsenzusa“ koji predstavlja posebnu vrstu sistema izvedenog iz nacionalne prakse država članica,<sup>15</sup> kojem se Sud priklanja iako *stricto sensu* se evropski konsenzus ne može izjednačiti sa pojmom „važeća pravila međunarodnog prava“ iz člana 31(3)(c) Bečke konvencije o ugovornom pravu. Tako je, na primer, u slučaju *Helsinskih odbora Mađarske protiv Mađarske*, Veliko veće ustanovilo da se konsenzus država članica može izvoditi iz specijalnih međunarodnih ugovora i prakse država.<sup>16</sup> U kontekstu sistemskog i integrativnog tumačenja konsenzus predstavlja koncept koji Sudu omogućava prilagođavanje normi Evropske konvencije drugim međunarodnim normama ili čak i šire, novoj međunarodnoj prak-

<sup>12</sup> Brems, 457.

<sup>13</sup> *Opuz v. Turkey*, predstavka br. 33401/02, presuda od 9. juna 2009, stav 184.

<sup>14</sup> Adamantia Rachovitsa, “Fragmentation of International Law Revisited: Insights, Good Practices, and Lessons to be Learned from the Case Law of the European Court of Human Rights”, *Leiden Journal of International Law*, t. 28, 2015, 863-885.

<sup>15</sup> „Sud pod evropskim konsenzusom označava tumačenje koje je zajedničko državama ugovornicama, jedan široki konsenzus, rasprostanjeno shvatanje, konsenzus u nastanku ili zajednički stav... Docnja praksa u primeni Evropske konvencije za ljudska prava nije jedini način za nastanak evropskog konsenzusa. On se može postići i na druge načine, ukazivanjem na pravna shvatanja država ugovornica, kao što je učešće u raspravi i glasanju u međunarodnim telima, na međunarodnim konferencijama, u međunarodnim ugovorima itd. Kada Evropski sud za ljudska prava ispituje postojanje evropskog konsenzusa on pretražuje sve dostupne izvore.“ – Rodoljub Etinski, “Subsequent Practice in the Application of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as a Means of its Interpretation”, *Harmonisation of Serbian and Hungarian Law with the European Union Law*, vol. III (ed. Ranko Keca), Novi Sad 2015, 17-36, 25.

<sup>16</sup> „Konsenzus koji proizilazi iz specijalnih međunarodnih instrumenata i iz prakse država ugovornica može konstituisati osnov za tumačenje odredaba Konvencije u određenim slučajevima.“ – *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, predstavka br. 18030/11, presuda Velikog veća od 8. novembra 2016. godine, stav 124.

si i političkim idejama o razvoju pojedinih prava i sloboda.<sup>17</sup> Međutim, ovakva upotreba konsenzusa koji je rezultat široke konvergentne prakse i, kako to Sud često naziva „stvarnost koju Sud ne može ignorisati“, nije sasvim u skladu sa opštim pravilom o tumačenju, pa time i ni u skladu sa konceptom sistemskog tumačenja, kako je to predviđeno Bečkom konvencijom o ugovornom pravu,<sup>18</sup> već je od njega daleko šire. Svejedno, ovakva praksa ispitivanja konsenzusa, navođenja spoljnih izvora i drugih dokumenata, upravo tako fleksibilna kakva jeste, predstavlja poseban i autonoman metod sistemskog tumačenja i sredstvo defragmentacije.

#### *2.2.2. Evropski sud za ljudska prava i sistemsко tumačenje stricto sensu*

U drugoj grupi predmeta su oni slučajevi gde se Sud izričito poziva na član 31(3)(c) Bečke konvencije o ugovornom pravu.<sup>19</sup> Već samo pozivanje na ovu odredbu Bečke konvencije pokazuje nameru Suda da primeni eksterne izvore kao obavezna pravna pravila. U ovoj grupi su i oni slučajevi kada se Sud suočava sa sukobom koji postoji između neke odredbe Evropske konvencije i drugih međunarodnih obaveza. U slučaju sukoba Sud može postupiti na nekoliko načina. Sud može zanemariti eksterne izvore i druge međunarodne obaveze tužene države i primeniti norme Evropske konvencije na uštrb drugih normi međunarodnog prava.<sup>20</sup> Drugi pristup je istovremena primena oba izvora uz pokušaj da ih tumačenjem pomiri i tako izbegne sukob. Konačno, Sud može i da primeni drugo pravilo međunarodnog prava na uštrb garancija iz Evropske konvencije.<sup>21</sup> Sva tri pristupa ilustruju procese fragmentacije i defragmentacije – iako drugi pristup načelno najviše odgovara metodu defragmentacije, ona je moguća i u druga dva

---

<sup>17</sup> „Prema tome, jasno je da su od usvajanja Konvencije doneti domaći propisi u velikom većini država članica Saveta Europe, kao i brojni međunarodni instrumenti, koji pokazuju razvoj u tolikoj meri da se formirao široki konsenzus, u Evropi (a i šire) da postoji potreba da se prizna kao individualno pravo pravo na pristup informacijama kojima raspolaže država da bi javnost mogla da formira mišljenje o pitanjima od opštег interesa.“ – Isto, stav 148.

<sup>18</sup> Rodoljub Etinski, „Means of Interpretation of International Treaties and Determinants of Their Significance“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad*, 2017, vol. 51, br. 4, str. 1177-1206, 1192-93.

<sup>19</sup> Više, videti: Campbell McLachlan, “The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention“, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54. 2/2005, 279–320.

<sup>20</sup> Dobar primer prestavlja predmet Seđić i Finci protiv Bosne i Hercegovine u kojem je Sud konstatovao nesaglasnost Dejtonskog sporazuma kao ustavnog aranžmana sa Evropskom konvencijom. Videti: *Seđić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, predstavke br. 27996/06 i 34836/06, presuda Velikog veća od 22. decembra 2009. godine. U odluci se Sud nije pozivao na pravila Bečke konvencije niti na sistemsko tumačenje.

<sup>21</sup> *McElhinney v. Ireland*, predstavka br. 31253/96, presuda Velikog veća od 21. novembra 2001. U ovom presudi Sud se osvrnuo na član 31(3)(c) Bečke konvencije o ugovornom pravu i konstatovao da je cilj koji se želi postići (imunitet strane države garantovan međunarodnim pravom) proporcionalan ograničenju prava na pristup sudu iz člana 6 stav 1 Evropske konvencije.

pristupa ako je razlog za primenu jednog ili drugog izvora položaj i značaj odbaranog izvora u sistemu međunarodnog prava.

Primera eksplisitnog pozivanja na član 31(3)(c) Bečke konvencije o ugovornom pravu ima u praksi Evropskog suda iako ne u meri u kojoj bi se moglo očekivati. Verovatno je deo objašnjenja u tome što Sud svakako koristi sistemsko tumačenje, i to šire od onog iz ove odredbe Bečke konvencije, kako je već obrazloženo u radu. U bazi podataka Evropskog suda za ljudska prava navode se 73 sudske odluke u kojima se Sud izričito pozvao na član 31(3)(c) Bečke konvencije, od kojih je 58 presuda i to čak 31 presuda Velikog veća. U ovom broju se nalaze primeri sva tri pristupa članu 31(3)(c) Bečke konvencije, ali je najviše onih (čak 52 odluke) koji govore o sistemskom tumačenju kao sredstvu usaglašavanja i konvergencije različitih obaveza, dakle onih koji vide u ovoj odredbi njegovu defragmentirajuću funkciju. Tako, na primer, Sud u predmetu *Gizeljurtlu i drugi protiv Kipra i Turske*, koristi već uobičajenu formulaciju o sistemskom tumačenju koje podrazumeva usaglašavanje Konvencije sa drugim međunarodnopravnim normama:

„Sud ponovo ističe da mora uzeti u obzir sva relevantna pravila i načela međunarodnog prava koja su primenljiva u odnosima između država članica i da se Konvencija mora koliko god je to moguće tumačiti u saglasnosti sa drugim pravilima međunarodnog prava čiji je i ona deo.“<sup>22</sup>

#### *Sukob pravila o imunitetu stranih država i prava na pristup sudu*

Ambivalentnost sudskega pristupa sistemskom tumačenju ilustruju stavovi Suda o odnosu prava na pristup sudu kao garancije iz člana 6(1) Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i imuniteta stranih država kao međunarodnog običajnog pravnog pravila. Sud je koristio član 31(3)(c) Bečke konvencije o ugovornom pravu u svim ovim slučajevima ali nije uvek dolazio do istog rezultata.

U predmetu *Al-Adsani protiv UK*<sup>23</sup> britanski sudovi su se oglasili nenađežnim na osnovu međunarodnog pravila o imunitetu stranih država povodom Al-Adsanijeve tužbe protiv države Kuvajt i bliskog srodnika vladarske porodice u Kuvajtu. Al-Adsani je tvrdio da je bio izložen torturi kuvajtske policije i članova vladajuće porodice. U svojoj presudi Evropski sud za ljudska prava je morao da ustanovi da li je uskraćivanje prava na pristup nacionalnom суду, naročito ako se radi o povredi zabrane mučenja kao kogentnog pravnog pravila, opravdano pravilom međunarodnog pravila o imunitetu stranih država. Sud smatra da se ovde može razmatrati samo pitanje prava na pravično suđenje i da ovo pravo nije apsolutno, ali da njegova ograničenja moraju da budu opravdana i srazmerna drugom legitimnom

---

<sup>22</sup> *Güzeljurtlu and Others v. Cyprus and Turkey* (App. No. 36925/07), Presuda Velikog veća od 29. januara 2019. godine, stav 235.

<sup>23</sup> *Al-Adsani v. United Kingdom*, predstavka br. 35763/97, presuda Velikog veća od 21. novembra 2001. godine.

cilju koji se želi postići. Sud ovde poseže za članom 31(3)(c) i koristi poznatu formulaciju: „Konvencija se mora koliko god je to moguće tumačiti u saglasnosti sa drugim pravilima međunarodnog prava čiji je i ona deo, uključujući i pravila o pružanju imuniteta državi.“<sup>24</sup> Prethodno zaključivši da ne postoji kao obavezno pravilo o izuzetku od imuniteta za tužbe povodom povrede ljudskih prava protiv stranih država,<sup>25</sup> Sud smatra da pravilo o imunitetu opravdava nenačelnu odgovornost domaćih sudova i da stoga ne predstavlja povredu člana 6(1): „Proizilazi da mere koje je preduzela država ugovornica odgovaraju opšte prihvaćenom pravilu međunarodnog javnog prava o imunitetu stranih država i da se ono u načelu ne može smatrati kao nesrazmerno ograničenje prava na sud kako je ono propisano članom 6(1).“<sup>26</sup> Dakle, sistemsko tumačenje dovelo je do isključenja primene Konvencije zbog drugih važećih međunarodnih obaveza tužene države. Odluka je doneta tešnom većinom – devet prema osam glasova protiv povrede prava na pristup sudu. Sistemsko tumačenje je ovde dovelo do izbora između dve međunarodne norme. Međutim, paradoks je da sistemsko tumačenje, dakle ono tumačenje koje se zasniva na sistemu, a time se pretpostavlja i na hijerarhiji pravnih normi, zanemaruje kogentnu prirodu zabrane mučenja, prava čija je zaštita uskraćena, dok pravilo o imunitetu Sud nijednom ne kvalifikuje kao kogentno pravno pravilo. *Al-Adsani* tako predstavlja primer trećeg pristupa sistemskom tumačenju u sukobu drugih međunarodnih obaveza tužene države sa obavezama iz Evropske konvencije.

Sistemsko tumačenje, ali sa drugačijim ishodom po pravo na pristup sudu, Sud je primenio u predmetima gde je pitanje bilo da li su nacionalni sudovi mogli da uskrate nadležnost na osnovu imuniteta stranih država po tužbama zbog raskaza radnog odnosa sa stranim diplomatskim predstavništvom. U tri takva predmeta,<sup>27</sup> gde su se nacionalni sudovi oglasili nenačelnim pozivanjem na međunarodno običajno pravilo o imunitetu stranih država, Sud je konstatovao da je došlo do povrede prava na pristup sudu jer su nacionalni sudovi, po mišljenju Suda, bili dužni da odluče o ovim zahtevima. Sud ovde smatra da prednost ima Konvencija jer međunarodno običajno pravilo, smatra Sud, poznaje izuzetak od imuniteta za radnopravne sporove kada se posao obavlja na teritoriji države foruma.<sup>28</sup>

<sup>24</sup> Isto, stav 55.

<sup>25</sup> Sud koristi Evropsku konvenciju o imunitetu stranih država iz 1972. godine koja propisuje izuzetak od imuniteta za povrede ljudskih prava pod određenim uslovima, ali konstatiše da ona nije stupila na snagu i da ima mali broj država ugovornica. U uporednom pravnom kontekstu pronalazi primere gde su nacionalni sudovi isključivali imunitet stranih država i njihovih službenika zbog povrede ljudskih prava.

<sup>26</sup> Isto, stav 56.

<sup>27</sup> *Cudak v. Lithuania*, predstavka br. 15869/02, presuda Velikog veća od 23. marta 2010.; *Sabeh El Leil v. France*, predstavka br. 34869/05, presuda Velikog veća od 29. juna 2011; *Radunović and Others v. Montenegro*, predstavke br. 45197/13 i dr., presuda od 25. oktobra 2016.

<sup>28</sup> Sud u predmetu *Cudak* posvećuje pažnju Konvenciji UN o jurisdikcionom imunitetu stranih država iz 2004. godine i konstatiše da ona nije stupila na snagu kao i da involvirane države

Sud i ovde koristi uobičajenu formulaciju pozivanjem na član 31(3)(c),<sup>29</sup> ali prednost daje Evropskoj konvenciji. *Cudak* i srodne odluke predstavljaju primer prvog pristupa sistemskom tumačenju u slučaju sukoba međunarodnih obaveza tuženih država sa njihovim obavezama na osnovu Evropske konvencije.

Dakle, u dve kategorije slučajeva o sukobu prava na pristup sudu i imunitetu propisanog međunarodnim pravom, Sud dolazi do različitih zaključaka iako su oba, bar načelno, rezultat sistemskog tumačenja. Istovremeno ovi primjeri pokazuju da *Cudak* i docnije odluke pripadaju prvoj kategoriji slučajeva kada Sud daje prednost Konvenciji pozivanjem na sistemsko tumačenje, dok *Al-Adsani* i slični predmeti pripadaju trećoj kategoriji kada je prednost ustupljena drugim pravilima međunarodnog prava. Međutim, paradoks je ovde u tome što su u svim slučajevima to iste norme – o pravu na pristup sudu iz člana 6(1) i norme o imunitetu država. Ovde je ozbiljniji pristup sistemskom tumačenju mogao da pomogne u opravdanju različite prakse putem postavljanja izuzetaka u odnosu na opšte pravilo. Na primer, da je pravilo o imunitetu čije poštovanje jeste legitimni cilj koji može opravdati odstupanje od standarda zaštite ljudskih prava osim kada dođe do promene pravila o imunitetu putem formiranja izuzetaka. Iako se ovaj zaključak delimično može izvesti iz obrazloženja Suda, Sud nije ulazio u ovakvu analizu kojom bi zapravo zaštitio koherentnost sopstvenog tumačenja ali i sistem međunarodnog prava.

#### *Sukob rezolucija Saveta bezbednosti UN i prava na pristup sudu*

Posebna kategorija sudske odluke je ona u kojoj je Sud odlučivao o odnosu standarda zaštite iz Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava, posebno prava na pristup sudu i prava na zaštitu imovine, sa jedne strane, i ograničenja ljudskih prava na osnovu rezolucija Saveta bezbednosti UN, sa druge. Hijerarhija normi u sistemu međunarodnog prava ovde je neizbežan faktor u rešavanju sukoba: član 30(1) Bečke konvencije o ugovornom pravu i član 103 Povelje UN propisuju jaču pravnu snagu obaveza na osnovu Povelje (a time i rezolucija Saveta bezbednosti koje obavezuju sve države članice na osnovu člana 25 Povelje UN), dok koncept kogentnih međunarodnih normi može da kvalifikuje pojedina ljudska prava kao najviše pravo, pa time i kao pravo jače od prava UN. Dve su odluke Evropskog suda za ljudska prava ovde paradigmatične. Prva je u predmetu *Bosforus protiv*

(SAD i Litvanija) nisu ovu konvenciju ratifikovale. Ipak zaključuje, na osnovu glasanja o nacrtu u Generalnoj skupštini, koje je bilo jednoglasno, da pravilo iz člana 11 ove Konvencije obavezuje Litvaniju kao običajno pravno pravilo koje se navodno nalazi u pripremnim radovima ove konvencije. O kritici zaključka Evropskog suda za ljudska prava da je u pogledu radnopravnih odnosa nastalo međunarodno pravno pravilo koje dozvoljava izuzetak od imuniteta stranih država, vidi: Rodoljub Etinski, Sanja Đajić, Bojan Tubić, *Međunarodno javno pravo*, 7. izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad 2017, str. 51, 171.

<sup>29</sup> *Cudak*, stav 56.

Irske<sup>30</sup> gde su tužiocu smatrali da im je povređeno pravo na imovinu iz člana 1 Protokola 1 oduzimanjem dva aviona koja su uzeli u zakup od JAT-a pre uvođenja sankcija UN SR Jugoslaviji.<sup>31</sup> Osnov za oduzimanje bile su sankcije izrečene SR Jugoslaviji na osnovu Rezolucije Saveta bezbednosti UN br. 820 iz 1993. godine, i Uredbe EZ br. 990/93 kojom su sankcije unete u poredak EU i kojom je obezbeđeno neposredno dejstvo ovih sankcija. Kao savesni zakupci tužiocu su smatrali da nisu smeli da budu predmet kaznenih mera UN i EU. Sud je problem postavio najviše kao odnos međunarodnih obaveza Irske na osnovu prava EU i prava Evropske konvencije<sup>32</sup> delom zbog prirode irskog pravnog poretka ali i zbog postojanja presude Evropskog suda pravde koji je opravdao postojanje i zakonitost ove uredbe u postupku po prethodnom pitanju koje mu je uputio postupajući irski sud. Svejedno, problem je bio otvoren i pred Evropskim sudom za ljudska prava gde je Sud pravo prvenstva praktično ustupio i pravu EU i pravu UN pozivanjem na član 31(3)(c) Bečke konvencije o ugovornom pravu:

„Konvencija mora da se tumači u svetu svih relevantnih pravila i načela međunarodnog prava koja važe između država ugovornica (član 31(3)(c) Bečke konvencije o ugovornom pravu, Al-Adsani protiv UK), a jedno od tih načела je i načelo *pacta sunt servanda*. Praksa Suda koja potvrđuje sve veći značaj međunarodne saradnje i potrebu da se obezbedi ispravno funkcionisanje međunarodnih organizacija (Waite and Kennedy, §§ 63 i 72, i Al-Adsani, § 54 (...); videti takođe član 234 (sada član 307) Ugovora o EZ) je utemeljena. Ovi razlozi su ključni za nadnacionalne organizacije kao što je Evropska zajednica. Sud stoga prihvata da je povinovanje država članica komunitarnom pravu legitiman opšti interes u smislu člana 1 Protokola br. 1.“<sup>33</sup>

Sud je u obrazloženju naveo da je reč o pretpostavci koja zavisi od toga da li organizacija prema kojoj država ima obavezu, a koja dovodi u pitanje njene obaveze na osnovu Evropske konvencije, načelno poštuje ljudska prava i da je sposobna da pruži „jednaku zaštitu“ kao i država. Zaključivši da Evropska unija kao organizacija poštuje i kontroliše poštovanje ljudskih prava Sud smatra da nije došlo u ovom slučaju do povrede prava na imovinu. Pozivanjem na sistemsko tumačenje Sud ograničava ne samo tumačenje Konvencije već i svoju nadležnost

<sup>30</sup> *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, predstavka br. 45036/98, presuda Velikog veća od 30. juna 2005.

<sup>31</sup> Više o ovom slučaju u širem međunarodnopravnom kontekstu videti: Sanja Đajić, „Odnos Evropskog suda pravde i Evropskog suda za ljudska prava: slučaj Bosphorus“, u: *Vodič kroz Pravo Evropske unije* (ur. Blagoje Babić), Službeni glasnik – Institut za međunarodnu politiku i privredu – Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2009, 645-652.

<sup>32</sup> „Tačno je da je Uredba EEZ br. 990/93 jdoneta na osnovu Rezolucije SB UN koja je usvojena na osnovu glave VII Povelje UN. Iako je ova rezolucija bila značajna za tumačenje uredbe (...), ona ipak nije bila deo unutrašnjeg pravnog poretka Irske i prema tome nije mogla da posluži Ministru saobraćaja kao pravni osnov za oduzimanje vazduhoplova.“ – *Bosforus*, stav 145.

<sup>33</sup> *Bosforus*, stav 150 (pojedine reference su izostavljene).

ustupajući prvenstvo pravu EU i Sudu pravde EU. Najveći deo obrazloženja posvećene je pravnoj prirodi Evropske unije i njenih institucija. U literaturi se predmet Bosforus najčešće navodi kao primer „dijaloga međunarodnih sudova“<sup>34</sup> više nego primer sistemskog tumačenja jer se Evropski sud za ljudska prava nije bavio usaglašavanjem različitih obaveza koliko se trudio da ne poremeti već postavljeni poredak i postojeće presude Evropskog suda pravde. U svakom slučaju, predmet *Bosforus* ilustruje treću kategoriju slučajeva u kojima se Sud poziva na član 31(3)(c).

Ipak, u docnjim predmetima došlo je do obrta i to upravo pozivanjem na pravila o sistemskom tumačenju. U odnosu Evropskog suda za ljudska prava prema rezolucijama Saveta bezbednosti UN došlo je do promene u kontekstu antiterorističkih mera koje su usvojene u brojnim rezolucijama Saveta bezbednosti UN. Pojedinim rezolucijama državama članicama je bilo naloženo da konfiskuju imovinu lica koja su bila navedena na spisku Komiteta Saveta bezbednosti UN. Upravo je način formiranja ovakvih spiskova (*listing procedure*) zajedno sa posledicom direktnog blokiranja imovine otvorilo pitanje poštovanja ljudskih prava budući da su ta lica bez prethodnog znanja i postupka u kojem bi mogli da učestvuju bili navedeni kao osumnjičeni za terorizam ili pomoći režimu protiv kojih su bile uvedene sankcije (Irak i režim Sadama Huseina, Avganistan i režim Talibana) tako da im je imovina bila blokirana i u pojedinim slučajevima preneta u novoformirane državne fondove novih vlasti. Zbog kritika, čak i u okviru UN, da je reč o postupcima koji flagrantno krše osnovna ljudska prava, poput prava na pravično suđenje, pravo na imovinu i slično, 2006. godine je usvojena rezolucija kojom je omogućen postupak brisanja imena sa liste (*de-listing procedure*) na zahtev zainteresovanih subjekata.

Predmet *Al-Dulimi i Montana menadžment protiv Švajcarske*<sup>35</sup> jedan je od slučajeva u kojima su tužiocи osporavali mere oduzimanja imovine na osnovu lista Saveta bezbednosti UN kao suprotne ljudskim pravima, odnosno obavezama tužene države na osnovu Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava. Tužiocima je Švajcarska blokirala sredstva na bankovnim računima na osnovu Rezolucije Saveta bezbednosti 1483 (2003) jer su se oba tužioca našla na spisku osumnjičenih za terorizam Komiteta Saveta bezbednosti. Pitanje sukoba različitih međunarodnih obaveza je ovde bilo dvostruko: da li član 103 Povelje UN i obaveze iz rezolucija Saveta bezbednosti na osnovu glave VII Povelje UN i člana 25 imaju prevagu nad obavezama iz Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava, ili, sa druge strane, da li obaveza poštovanja ljudskih prava uopšte, ili bar onih kogentnog karaktera ima jaču pravnu snagu od obaveza na osnovu rezolucija Saveta bezbednosti UN?

---

<sup>34</sup> Tobias Lock, “The Court of Justice and European Court of Human Rights: A Special Relationship”, in: *European Court of Justice and International Courts* (Tobias Lock), Oxford 2015, 184.

<sup>35</sup> *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland*, predstavka br. 5809/08, presuda Velikog veća od 21. juna 2016.

Primenjeno u konkretnom slučaju pitanje je bilo da li pravo na pristup nacionalnom sudu (i mogućnost vođenja postupka radi zaštite prava) može biti uskraćeno zbog obaveza država na osnovu obaveznih rezolucija Saveta bezbednosti. Savezni sud Švajcarske odbio je tužbe za poništaj odluka Saveznog departmana za privredu Švajcarske kojima su sredstva tužioca blokirana uz nalog za transfer ovih sredstava na račun Razvojnog fonda za Irak. Kao razlog za odbijanje Savezni sud je naveo obaveznost rezolucija Saveta bezbednosti UN donetih na osnovu glave VII i primat obaveza iz Povelje UN na osnovu člana 103.<sup>36</sup> Dakle, Savezni sud Švajcarske je normativni sukob rešio osloncem na hijerarhiju pravnih normi.

Evropski sud se složio sa Švajcarskom da je ograničenje pristupa nacionalnom sudu u skladu sa legitimnim ciljem poštovanja obaveza iz Povelje UN, gde je postupanje po ovoj rezoluciji Saveta bezbednosti upravo jedna takva obaveza. Ipak, Evropski sud je našao da iako je ograničenje prava na pravično suđenje moguće ako se tim ograničenjem postiže opravdani cilj kao što je ovaj, takvo ograničenje ipak mora biti srazmerno cilju bez obzira koliko je on opravдан. Odmeravajući srazmernost Sud polazi od pravila tumačenja u Bečkoj konvenciji o ugovornom pravu i od teze da je Evropska konvencija deo sistema međunarodnog prava, dakle, da se mora tumačiti u svetu drugih normi međunarodnog prava što znači da Sud može tumačiti druge međunarodne obaveze tužene države. Švajcarska je smatrala da nije imala pravog izbora jer je bila u obavezi da oduzme („zamrzne“) imovinu tužioca na osnovu odluke Saveta bezbednosti – svako drugo postupanje može staviti Švajcarsku u položaj protivan obavezama iz Povelje UN. Kako rešiti normativni konflikt ako on postoji? Po mišljenju Suda to se može ostvariti „harmoničnim“ tumačenjem koje smatra da je uskladihanje različitih obaveza moguće uz dodatnu prepostavku da prilikom formulisanja obaveza strane nisu imale namenu da izbegnu njihovo izvršenje niti da su imale namenu da krše ljudska prava.<sup>37</sup> U takvoj postavci problema Sud izraz „blokirati bez odlaganja“ (*freeze without delay*) iz stava 23 Rezolucije Saveta bezbednosti 1418 (2003) tumači zajedno sa celom rezolucijom i zaključuje da ništa u tekstu ove i narednih rezolucija ne nalaže izričito Švajcarskoj da isključi sudsку kontrolu nacionalnih

<sup>36</sup> „Član 103 Povelje propisuje da u slučaju sukoba između obaveza država članica UN na osnovu Povelje i njihovih obaveza na osnovu drugog međunarodnog ugovora, njihove obaveze iz Povelje će imati prednost. Ova vrsta prioriteta propisana je i članom 30 stav 1 Bečke konvencije o ugovornom pravu iz 1969. Pravna tumačenja i sudska praksa potvrđuju da je reč o apsolutnom i opštem prioritetu koji važi nezavisno od prirode ugovora koji se nalazi u sukobu sa Poveljom, bez obzira da li je reč o dvostranom ili višestranom ugovoru, i bez obzira da li je takav međunarodni ugovor stupio na snagu pre ili posle stupanja na snagu Povelje. Prioritet se garantuje ne samo obavezama koje su izričito navedene u Povelji već i, prema shvatanju Međunarodnog suda pravde, i onim obavezama koje proizilaze iz obaveznih odluka organa UN, naročito obaveznih odluka koje usvoji Savet bezbednosti na osnovu člana 25 Povelje.“

Dulimi, stav 29.

<sup>37</sup> Dulimi, stav 140.

mera u svetu normi o zaštiti ljudskih prava.<sup>38</sup> Princip „harmoničnog“ sistemskog tumačenja kroz sistem pretpostavki da su sve obaveze međusobno usklađene u odsustvu jasno formulisanog izuzetka Sud formuliše na sledeći način:

„Ukoliko odredbe rezolucije Saveta bezbednosti UN nisu jasne Sud mora odbrojati ono tumačenje koje je u najvećoj mogućoj saglasnosti sa zahtevima Konvencije i kojim se izbegava bilo kakav sukob normi.... Prema tome, ako u rezoluciji Save-ta bezbednosti ne postoji jasna i izričita formulacija kojom se isključuje ili ograničava poštovanje ljudskih prava u kontekstu implementacije sankcija protiv protiv fizičkih i pravnih lica na nivou država, Sud mora uvek pretpostaviti da su predložene mere u saglasnosti sa Konvencijom. Drugim rečima, u takvim slučajevima, u duhu sistemske harmonizacije, Sud će u načelu zaključiti da ne postoji sukob obaveza koji može dovesti to primene pravila o prioritetu iz člana 103 Povelje UN.“<sup>39</sup>

Pristup koji ovde koristi Sud je naizgled primer „harmoničnog“ tumačenja kojim Sud miri različite i sukobljene međunarodne obaveze države. Međutim, čini se da je imenovanje ovakvog pristupa kao mere harmonizacije ovde upotrebljeno iz drugačijih razloga – Sud izbegava da otvoreno sukobi obaveze iz Povelje UN i obaveze iz Evropske konvencije jer bi tada morao otvoreno da kvalifikuje akte Saveta bezbednosti UN kao protivne normama o zaštiti ljudskih prava. Zato Sud učitava u rezolucije tekst koji tamo zapravo ni ne postoji ali ovakvim „harmoničnim“ pristupom izbegava konfrontaciju sa Savetom bezbednosti a istovremeno obezbeđuje prednost Evropskoj konvenciji. Za razliku od odluka u *Bosforusu* i *Al-Adsaniju*, Sud je ovde ustanovio povredu Evropske konvencije uprkos postojanju suprotnih normi međunarodnog prava. Novina u *Dulimiju* je ta što Sud prednost koju daje Evropskoj konvenciji na uštrb drugih međunarodnih obaveza kvalificuje kao uspešno usaglašavanje suprotstavljenih međunarodnih normi a ne kao izbor između sukobljenih međunarodnih obaveza.

### 3. EVOLUTIVNO TUMAČENJE I SUDSKI AKTIVIZAM

Evolutivno tumačenje proizilazi iz sudske aktivizma<sup>40</sup> pod kojim se podrazumeva odluka sudske instance da promenom tumačenja prošire zaštitu koju pruža Evropska konvencija. Sudski aktivizam, ili sudska kreativnost,<sup>41</sup> se tako može identifikovati u promeni tumačenja pravila o nadležnosti, proširenju polja primene pojedinih prava i

---

<sup>38</sup> *Dulimi*, stav 143.

<sup>39</sup> *Dulimi*, stav 140.

<sup>40</sup> „Takvo profilisanje evropskog prava ljudskih prava zahvaljujući, pre svega, aktivizmu Evropskog suda, kao sudske instance najvišeg stepena, potvrđuje se, dakle, i njegovim različitim metodama primene Konvencije.“- Ivana Krstić, Tanasije Marinković, *Evropsko pravo ljudskih prava*, Savet Evrope, Beograd 2016, str. 23.

<sup>41</sup> Alastair Mowbray, “The Creativity of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, vol. 5, 1/2005, str. 57-79 (autor ukazuje na sudsку kreativnost upravo u pogle-

sloboda uvođenjem, na primer, pozitivnih obaveza u sve širi krug prava i sloboda,<sup>42</sup> proširenju pojedinačnih i opštih mera koje Sud izriče zbog povrede Konvencije, uvođenje koncepta „evropskog konsenzusa“, i slično. Obrazloženje da se Konvenciji pristupa kao „živom instrumentu“ jesu upravo promene, pravne i društvene, koje obavezuju Sud da ih ne ignorise već inkorporira u svoj sistem. U predmetu *Rancev protiv Kipra i Rusije*<sup>43</sup> jedno od pitanja je bilo da li je zabrana trgovine ljudima deo garancije člana 4 Evropske konvencije koji zabranjuje ropstvo i primudni rad budući da se trgovina ljudima ne pominje u ovoj odredbi. Sud je evolutivnim tumačenjem zaključio da se zabrana trgovine ljudima može podvesti pod zabranu ropstva:

„Nije iznenađujuće što u Konvenciji ne postoji izričito upućivanje na trgovinu ljudima. Konvencija je bila inspirisana Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima koju je usvojila Generalna skupština Ujedinjenih nacija 1948. u kojoj se ne pominje trgovina ljudima. U članu 4 Deklaracija zabranjuje ‘ropstvo i sve oblike trgovine robljem’. Ipak, prilikom utvrđivanja domaćaja člana 4 Konvencije ne treba gubiti izvida posebne odlike Konvencije niti činjenicu da je ona živi instrument koji se mora tumačiti u svetu sadašnjih okolnosti. Visoki standardi zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda se podižu što istovremeno i neizbežno znači da je potrebno pokazati i sve veću odlučnost prilikom utvrđivanja povreda osnovnih vrednosti demokratskog društva.(..) Imajući u vidu svoju obavezu da tumači Konvenciju u svetu sadašnjih okolnosti Sud smatra da nije potrebno da utvrđuje da li se tretman na koji se tužilac žali može podvesti pod ‘ropstvo’, ‘kmetstvo’ ili ‘primudni rad’. Sud zaključuje da trgovina ljudima kao takva, u smislu člana 3(a) Protokola iz Palerma i člana 4(a) Konvencije protiv trgovine ljudima, može podvesti pod član 4 Konvencije.“<sup>44</sup>

Ne treba zanemariti činjenicu da evolutivno tumačenje, koje predstavlja sredstvo i manifestaciju sudskog aktivizma, nije toliko često u sudskoj praksi – Sud češće koristi već utemeljenu praksu i poznate obrasce odlučivanja. Ipak, u situacijama kada prateći trendove razvoja zaštite ljudskih prava, bilo na nacionalnom nivou preko koncepta evropskog konsenzusa, ili u širem kontekstu, u praksi drugih tela za zaštitu ljudskih prava, želi da promeni postojeću praksu proširenjem zaštite, on poseže za konceptom evolutivnog tumačenja.<sup>45</sup>

---

du tumačenja smatrajući da evolutivno i efektivno tumačenje, kao i koncept Konvencije kao „živog instrumenta“ i „stvarnih i efikasnih“ prava predstavljaju rezultat sudskog aktivizma i kreativnosti).

Takođe videti: Dragoljub Popović, *Postanak evropskog prava ljudskih prava: Esej o sudskoj kreativnosti*, Službeni glasnik, Beograd 2013.

<sup>42</sup> Marc Bossuyt, “Judicial Activism in Strasbourg”, in: Karel Wellens (ed.), *International Law in Silver Perspective: Challenges Ahead*, Koninklijke Brill 2015, str 31-56.

<sup>43</sup> *Rantsev v. Cyprus and Russia*, predstavka br. 25965/04, presuda od 7. januara 2010.

<sup>44</sup> *Rancev*, stav 277.

<sup>45</sup> Jukka Viljanen, “The Role of the ECtHR as a Developer of International Human Rights Law”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* no. 62/63, 249-265. (<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26759.pdf>, 23.9.2019.).

Sudski aktivizam se ne manifestuje jedino putem evolutivnog tumačenja koje ipak zahteva upućivanje na eksterne izvore, pravne ili društvene promjenjene okolnosti van sistema Konvencije. Putem efektivnog tumačenja Sud, pozivanjem na pravilo da su prava garantovana Konvencijom „stvarna i delotvorna, a ne teorijska i nestvarna“ poseže za onim tumačenjem koje garantovanom pravu omogućava stvarnu primenu. Ovu već standardnu frazu Sud često koristi i ovde je efektivno tumačenje, koje Sud ponekad naziva i autonomnim tumačenjem, prikladno jer ostavlja Sudu prostor da samo na osnovu obaveze da obezbedi stvarna i delotvorna prava, proširi tumačenje Konvencije. U predmetu *Mihalache protiv Rumunije*,<sup>46</sup> u raspravi o načelu *ne bis in idem*, Sud je jednu nejasnu situaciju i razliku u francuskom i engleskom tekstu Konvencije, tumačio u korist tužioca: „Sud je u svojoj praksi razvio dodatna sredstva tumačenja, kao što su autonomno i evolutivno tumačenje, i doktrinu polja slobodne procene. Ova načela zahtevaju takvo tumačenje i primenu koja omogućavaju da ove garancije budu stvarne i delotvorne a ne teorijske i nestvarne.“<sup>47</sup> U mišljenju uz ovu presudu Velikog veća sudija Serhides je posebno istakao značaj efektivnog tumačenja Konvencije.<sup>48</sup>

U predmetu *Helsinskih odbora protiv Mađarske* pitanje je bilo da li sloboda izražavanja kako je garantovana članom 10 Evropske konvencije obuhvata i pravo na pristup informacijama od javnog značaja. Sud je prvo ustanovio, proverom pripremnih radova i kasnijih inicijativa u okviru Saveta Evrope, da ovo pravo prвobitno nije bilo predviđeno kao deo slobode izražavanja. Za razliku od nekih drugih međunarodnih instrumenata, poput Američke konvencije o ljudskim pravima,<sup>49</sup> pravo na pristup informacijama od javnog značaja nije bilo predviđeno kao deo osnovnog teksta Evropske konvencije. U nekim prethodnim predmetima Sud je ustanovio da je pravo na pristup informacijama utuživo na osnovu člana 10 jer su domaći propisi u konkretnim okolnostima tužiocima dali takvo pravo. Međutim, u predmetu Helsinskih odbora Sud je pitanje postavio kao načelno: da li član 10, uprkos pripremnim radovima i drugačoj formulaciji, ipak garantuje i pristup informacijama od javnog značaja, i nezavisno od domaćeg zakonodavstva. Odgovor je bio potvrđan a osnov za ovakvак zaključak Sud je našao ne samo u principu „evropskog konsenzusa“ već i u načelu efektivnosti:

---

<sup>46</sup> *Mihalache v. Romania*, predstavka br. 54012/10, presuda Velikog veća od 8. jula 2019.

<sup>47</sup> *Mihalache*, stav 91.

<sup>48</sup> „Načelo koje je integrisano u sve odredbe Konvencije ima značajnu ulogu i nije slučajno da su njegovo ime, uloga i funkcija identični osnovnom cilju i predmetu Konvencije, a to je efektivna zaštita ljudskih prava. Načelo je po svojoj prirodi identično ulozi i zadatku Suda da efikasno zaštiti ljudska prava. Prema tome, ogroman je značaj ovog načела čak i kada se Sud na njega ne poziva neposredno“ – Saglasno mišljenje sudije Serhidesa, *Mihalache*, str. 71, stav 3.

<sup>49</sup> Član 13 Američke konvencije o ljudskim pravima. Tumačenje po kojem ovo pravo zapravo izričito predviđa pravo na pristup informacijama od javnog značaja dao je Interamerički sud za ljudska prava predmetu *Klod Rejes protiv Čilea*. – *Claude Reyes et al. v. Chile* (19. septembar 2006).

„Sud smatra da član 10 ne daje pojedincu pravo na pristup informacijama kojima raspolaže javna vlast niti obavezuje državu da pruži takvu informaciju pojedincima. Ipak, imajući u vidu prethodnu analizu, takvo pravo i takva obaveza mogu nastati ako je pružanje informacije obavezno na osnovu sudske odluke (što nije pitanje u ovom sporu) ali i u okolnostima kada je pravo na pristup informacijama ključno za pravo pojedinca da koristi svoju slobodu izražavanja u delu ‘slobode da prima i pruža informacije’ i kada je uskraćivanje informacije zapravo mešanje u ovo pravo.<sup>50</sup> Iz ove i sličnih odluka sledi da je načelo efektivnosti u tumačenju ljudskih prava, po kojem Evropska konvencija garantuje prava koja su stvarna i delotvorna, deo sudskog aktivizma koji omogućava upodobljavanje Konvencije širem kontekstu i na taj način predstavlja sredstvo defragmentacije.

#### 4. ZAKLJUČAK

Evropski sud za ljudska prava je svestan svog položaja u međunarodnom pravnom sistemu iako je reč o regionalnom i specijalizovanom međunarodnom суду jer angažovano uključuje opšte međunarodno pravo i druga međunarodna pravila koja obavezuju države članice. Prilikom primene Evropske konvencije za ljudska prava Evropski sud polazi od sistemskog tumačenja i to na dva načina. Prvi je kada koristi i navodi sve relevantne međunarodnopravne izvore, ponekad i odluke koje nisu formalno obavezne, prilikom tumačenja odredaba Konvencije. Ovaj liberalan pristup eksternim izvorima, ali i društvenim okolnostima koje preovlađuju u državama članicama, formirao je neke od originalnih doktrina u praksi ovog Suda, poput „evropskog konsenzusa“, doktrine Konvencije kao „živog instrumenta“, načela „jednake zaštite“ i neke od posebnih metoda tumačenja, poput autonomnog i evolutivnog tumačenja. Drugi pristup Suda je kada se izričito poziva na pravilo iz člana 31(3)(c) Bečke konvencije o ugovornom pravu, najčešće da bi rešio sukob koji postoji između obaveza tužene države na osnovu Konvencije i na osnovu nekog drugog međunarodnog izvora. Prilikom rešavanja sukoba između različitih normi, dakle prilikom rešavanja problema fragmentacije, Sud pokazuje spremnost da evropski sistem zaštite ljudskih prava bude usaglašen sa drugim međunarodnim normama. Sud u većini slučajeva polazi od člana 31(3)(c) Bečke konvencije o ugovornom pravu što svedoči o njegovoj odluci da obezbedi defragmentaciju kada god je to moguće. Čak i kada daje prednost Evropskoj konvenciji u odnosu na drugu međunarodnu obavezu, ili obrnuto, Sud takvu prednost izvodi pozivanjem na pravilo o sistemskom tumačenju. Bez obzira što se i ovde mogu uočiti nedoslednosti i neobična usaglašavanja različitih međunarodnih obaveza, činjenica je da Sud ovakvim pristupom predstavlja jedan

---

<sup>50</sup> Helsinski odbor, stav 156.

od faktora defragmentacije u međunarodnom pravu, možda i više nego neki drugi specijalizovani međunarodni sudovi.

## LITERATURA I IZVORI

- Bossuyt, Marc, “Judicial Activism in Strasbourg”, in: Karel Wellens (ed.), *International Law in Silver Perspective: Challenges Ahead*, Koninklijke Brill 2015.
- Brems, Eva. “Should Pluriform Human Rights Become One? Exploring the Benefits of Human Rights Integration”, *European Journal of Human Rights*, 4/2014, 447-470.
- Douglas, Zachary, “The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off the Rails”, 2 *Journal of International Dispute Settlement* 2/2011, 97-113.
- Etinski, Rodoljub, “Subsequent Practice in the Application of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as a Means of its Interpretation”, *Harmonisation of Serbian and Hungarian Law with the European Union Law*, vol. III (ed. Ranko Keca), Novi Sad 2015, 17-36.
- Etinski, Rodoljub, „Means of Interpretation of International Treaties and Determinants of Their Significance“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad*, 2017, vol. 51, br. 4, 1177-1206.
- Lock, Tobias, “The Court of Justice and European Court of Human Rights: A Special Relationship”, in: *European Court of Justice and International Courts* (Tobias Lock), Oxford 2015.
- McLachlan, Campbell “The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54. 2/2005, 279-320.
- Mowbray, Alastair, “The Creativity of the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review*, vol. 5, 1/2005, 57-79.
- Peters, Anne, “The refinement of international law: From fragmentation to regime interaction and politicization”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 15, no. 3 (2017), 671–704, 672.
- Rachovitsa, Adamantia, “Fragmentation of International Law Revisited: Insights, Good Practices, and Lessons to be Learned from the Case Law of the European Court of Human Rights”, *Leiden Journal of International Law*, t. 28, 2015, 863-885.
- Rachovitsa, Adamantia, “The Principle of Systemic Integration in Human Rights Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol 66, July 2017, 557–588.
- Staes, Dorothea, “The Use of Documents Other than the European Convention on Human Rights and Its Protocols in Cases Before the European Court of Human Rights: Reflections from and upon a Users’ Perspective”, *Human Rights & International Legal Discourse* 2/2014, 186-215.
- Tzevelekos, Vassilis, “The Use of Article 31(3)(c) of the VCLT in the Case-law of the ECtHR: an Effective Anti-Fragmentation Tool or a Selective Loophole for the Reinforcement of the Teleology of Human Rights? Between Evolution and Systemic Integration”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 31, 2010, 621-690.

- Viljanen, Jukka, "The Role of the ECtHR as a Developer of International Human Rights Law", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol* no. 62/63, 249-265.
- Villiger, Mark, *Commentary on the 1969 Treaty on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers: Leiden – Boston 2009.
- Đajić, Sanja, „Odnos Evropskog suda pravde i Evropskog suda za ljudska prava: slučaj Bosphorus“, u: *Vodič kroz Pravo Evropske unije* (ur. Blagoje Babić), Službeni glasnik – Institut za međunarodnu politiku i privrednu – Pravni fakultet u Beogradu, Beograd 2009, 645-652.
- Đajić, Sanja, „Fragmentacija međunarodnog prava i specijalni pravni režimi“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2016, 439-459.
- Etinski, Rodoljub; Đajić, Sanja; Tubić, Bojan; *Međunarodno javno pravo*, 7. izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, Novi Sad 2017.
- Krstić, Ivana; Marinković, Tanasije, *Evropsko pravo ljudskih prava*, Savet Evrope, Beograd 2016.
- Popović, Dragoljub, *Postanak evropskog prava ljudskih prava: Esej o sudskoj kreativnosti*, Službeni glasnik, Beograd 2013.

### *Izvori prava i presude*

The International Law Commission, "Conclusions of the work of the Study Group of the International Law Commission on the Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law", (A/61/10, para. 251), *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, vol. II, Part Two; Videti i komentar: *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law, Report of the Study Group of the International Law Commission Finalized by Martti Koskeniemi* A/CN.4/L.682 13 April 2006.

Bečka konvencija o ugovornom pravu (*Vienna Convention on the Law of Treaties*) od 23. maja 1969. 1155 UNTS 331, Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori, br. 30/1972.

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950. godine (sa Protokolima), Sl. list Srbije i Crne Gore – Međunarodni ugovori, br. 9/2003.

### *Evropski sud za ljudska prava*

*Al-Adsani v. United Kingdom*, predstavka br. 35763/97, presuda Velikog veća od 21. novembra 2001.

*Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland*, predstavka br. 5809/08, presuda Velikog veća od 21. juna 2016.

*Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, predstavka br. 45036/98, presuda Velikog veća od 30. juna 2005.

*Cudak v. Lithuania*, predstavka br. 15869/02, presuda Velikog veća od 23. marta 2010.

*Güzelyurtlu and Others v. Cyprus and Turkey* (App. No. 36925/07), Presuda Velikog veća od 29. januara 2019.

*Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, predstavka br. 18030/11, presuda Velikog veća od 8. novembra 2016.

*McElhinney v. Ireland*, predstavka br. 31253/96, presuda Velikog veća od 21. novembra 2001.

*Mihalache v. Romania*, predstavka br. 54012/10, presuda Velikog veća od 8. jula 2019

*Opuz v. Turkey*, predstavka br. 33401/02, presuda od 9. juna 2009.

*Radunović and Others v. Montenegro*, predstavke br. 45197/13 i dr., presuda od 25. oktobra 2016.

*Rantsev v. Cyprus and Russia*, predstavka br. 25965/04, presuda od 7. januara 2010.

*Sabeh El Leil v. France*, predstavka br. 34869/05, presuda Velikog veća od 29. juna 2011.

*Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, predstavke br. 27996/06 i 34836/06, presuda Velikog veća od 22. decembra 2009.

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

## **Mechanisms of Defragmentation of International Law: Systemic Interpretation, Evolutive Interpretation and Judicial Activism of the European Court of Human Rights**

**Abstract:** This article explores mechanisms for overcoming fragmentation of international law which were developed by the European Court of Human Rights, such as systemic integration, evolutive interpretation, a set of autonomous methods of interpretation, and other forms of judicial activism. The overview of case law demonstrates that the European Court of Human Rights habitually relies on systemic integration despite the fact that the Convention itself does not mandate the reliance on general international law. European Court of Human Rights relies on Article 31(3)c of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties for solving conflicts between external international sources and obligations stemming from the European Convention. In doing so the Court tends, at least in principle, to harmonize conflicting instruments in order to give effect to both. Even when the Court opts for one of the two instruments this is the result, at least in the Court's view, of the systemic integration, whether systemic approach stricto sensu or lato sensu. In addition to systemic integration the Court also engages evolutive interpretation or other so-called autonomous methods of interpretation. The cases under discussion deal with issues of state immunity and the right to access to court, as well as with the conflict between UN SC Resolutions and the right to access to court. All these cases demonstrate the relevance of the principle enshrined in Article 31(3)c of the Vienna Convention on the Law of Treaties. They equally testify that the process of fragmentation of international law is coupled with the analogous process of defragmentation, but also that the European Court of Human Rights, unlike many of its counterparts, is one of the factors of defragmentation of international law.

**Keywords:** European Court of Human Rights; fragmentation of international law; right to access to court; UN Security Council Resolutions; systemic integration; evolutive interpretation; judicial activism.

Datum prijema rada: 08.10.2019.



*Dr Tatjana D. Bugarski, redovni profesor  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
T.Bugarski@pf.uns.ac.rs*

*Dr Milana M. Pisarić, asistent sa doktoratom  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
M.Pisaric@pf.uns.ac.rs*

## NADLEŽNOST EVROPSKOG JAVNOG TUŽILAŠTVA<sup>1</sup>

**Sažetak:** Posle višegodišnjih pregovora između država članica i institucija Evropske Unije, oktobra 2017. usvojena je Uredba kojom se osniva Evropsko javno tužilaštvo. Predmet rada je prikaz i kritička analiza pojedinih rešenja iz Uredbe, koja se odnose na nadležnost i delokrug rada ovog nadnacionalnog organa, kako bi se sagledale mogućnosti za ostvarivanje njegovih zadataka u zaštiti finansijskih interesa Evropske unije.

**Ključne reči:** Evropska unija, finansijski interesi Evropske unije, Evropsko javno tužilaštvo.

### 1. UVOD

Sa Lisabonskim ugovorom (Ugovor o funkcionisanju EU, u daljem tekstu: UFEU<sup>2</sup>), stvoren je osnov za delovanje Komisije u pravcu ostvarivanja inicijative *ka stvaranju jedinstvenog evropskog krivičnopravnog područja radi zaštite fi-*

---

<sup>1</sup> Rad je nastao kao rezultat rada na Projektu „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“ u 2019., čiji nosilac je Pravni fakultet u Novom Sadu, Univerzitet u Novom Sadu.

<sup>2</sup> Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, OJ C 326, 26.10.2012, 47–390, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>.

*nansijskih interesa Unije.*<sup>3</sup> Na osnovu člana 86 UFEU Komisija je jula 2013. iznela *Predlog Uredbe o osnivanju Evropskog javnog tužilaštva,*<sup>4</sup> a nakon četiri godine pregovora i nekoliko izmena u početno predloženom tekstu, 12. oktobra 2017. usvojena je **Uredba o sprovođenju pojačane saradnje radi osnivanja Evropskog javnog tužilaštva** (u daljem tekstu: Uredba).<sup>5</sup>

## 2. STVARNA I MESNA NADLEŽNOST EVROPSKOG JAVNOG TUŽILAŠTVA

Pravilo dovoljne određenosti u okviru principa zakonitosti krivičnog prava podrazumeva da je **stvarna nadležnost** EJT-a trebalo da bude jasno i precizno određena u Uredbi, tako da su takstavino navedena krivična dela za koje bi EJT bilo nadležno.<sup>6</sup> Umesto toga, stvarna nadležnost je uređena na taj način što Uredba upućuje na **Direktivu o suzbijanju putem krivičnog prava prevara izvršenih protiv finansijskih interesa Unije** (u daljem tekstu: *PIF Direktiva*).<sup>7</sup> Smisao Direktive je zapravo da se harmonizuju nacionalni propisi u vezi sa krivičnim delima protiv finansijskih interesa EU,<sup>8</sup> kako bi se prevaziše postojeće zakonske razlike koje onemogućavaju delotvorno suzbijanje ovih krivičnih dela, i da bi se na taj način omogućio rad EJT-a.<sup>9</sup> Međutim, treba imati u vidu da će granice stvarne nadležnosti EJT-a biti u suštini određene nacionalnim pravom država članica, jer se one

<sup>3</sup> Više o osnivanju Evropskog javnog tužilaštva, vid. T. Bugarski, M. Pisarić, „Osnivanje i organizacija Evropskog javnog tužilaštva“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 1/2019, 17-35.

<sup>4</sup> European Commission, *Proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor*, Document COM (2013) 534 final of 17 July 2013, [http://ec.europa.eu/justice/newsroom/criminal/news/130717\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/newsroom/criminal/news/130717_en.htm).

<sup>5</sup> *Council Regulation (EU) 2017/1939 of 12 October 2017 implementing enhanced cooperation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office ('the EPPO')*, OJ L 283, 31.10.2017, 1-71, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017R1939&from=EN>.

<sup>6</sup> K. Lohse, „The European Public Prosecutor: Issues of Conferral, Subsidiarity and Proportionality“, in: L.H. Erkelens, A.W.H. Meij, M. Pawlik (eds), *The European Public Prosecutor Office: An Extended Arm or a Two-headed Dragon?*, Hague 2015, 174.

<sup>7</sup> PIF od fr. *PIF: Protection des intérêts Financiers*, što znači zaštita finansijskih interesa Unije.

<sup>8</sup> Ova Direktiva obavezuje države članice da sa njom usklade, kako odredbe posebnog dela krivičnog prava (obavezujući države na propisivanje određenih ponašanja kao krivičnih dela), tako i iz opšteg dela krivičnog prava (odnosi se na institute izvršilaštva, saučesništva, odgovornosti pravnih lica, sankcija, rokova zastarelosti).

<sup>9</sup> Pojedini autori su kritikovali predlog Direktive (u kakvom je tekstu Direktiva i usvojena) iz razloga što sadrži “pravila minimalističkog stepena koja će doprineti minimalnoj harmonizaciji, usled čega će krivično materijalno pravo država članica ostati i dalje fragmentisano, što će

Direktivom obavezuju da u svojim propisima krivičnog materijalnog prava predviđe određena ponašanja kao krivična dela, što nije dobro rešenje.<sup>10</sup>

Dakle, EJT je nadležno za krivična dela koja utiču na finansijske interese Unije koja su predviđena u Direktivi, a kako je ona sprovedena u nacionalnom pravu (član 22 stav 1 Uredbe). Osim toga, propisana je nadležnost EJT-a za svako drugo krivično delo koje je sa delima utvrđenim u Direktivi *neodvojivo povezano* (pod uslovima iz člana 25 stav 3). I ova odredba se može kritikovati, jer nije u dovoljnoj meri u skladu sa elementom predviđenosti u okviru principa zakonitosti krivičnog prava. Takođe, jasno je utvrđeno da EJT *nije nadležno* za krivična dela povezana za nacionalnim neposrednim porezima, uključujući dela koja su sa njima neodvojivo povezana (član 22 stav 4 Uredbe).

Zajednički zaštитini objekt za **krivična dela u pogledu kojih je predviđena nadležnost EJT-a** su *finansijski interesi Unije*, što su *prihodi, rashodi i imovina* koji su 1) obuhvaćeni budžetom Unije i budžetima institucija, organa, kancelerija i agencija Unije, kao i budžetima kojima oni upravljaju ili koje nadziru, ili su 2) putem navedenih budžeta stečeni ili se u te budžete moraju uplatiti (član 2 stav 1 tačka 3 Uredbe, član 2 Direktive). U drugoj glavi Direktive se od država članica zahteva da u svojim propisima kao krivično delo predvide *prevaru* koja štetno utiče na finansijske interese Unije (član 3<sup>11</sup>)

---

ugroziti delotvornost istraga i krivičnog gonjenja EJT“, J.A.E. Vervale, “The material scope of competence of the European Public Prosecutor’s Office”, ERA Forum 1/2014, 97.

<sup>10</sup> S obzirom na to da direktive ne mogu da nameću obaveze pojedincima (fizičkim i pravnim licima), neophodno je da se krivična dela predvide u propisima krivičnog materijalnog prava država članica, kojima se implementira Direktiva, a u skladu sa načelom zakonitosti (i to elementom predviđenosti). Kako je u pogledu direktiva državama ostavljena sloboda u izboru metoda i forme implementacije njenih odredaba ali ne i njihovog sadržaja, da bi se izbegle fragmentacije i razlike u odredbama krivičnih zakona država članica, bilo je neophodno da odredbe u Direktivi budu što preciznije i detaljnije definisane (A.Meij, „Some explorations into the EP-PO’s Administrative structure and Judicial Review“, in: L.H. Erkelens, A.W.H. Meij, M. Pawlik (eds), *The European Public Prosecutor Office: An Extended Arm or a Two-headed Dragon?*, Hague 2015, 109).

<sup>11</sup> Prevarom koja štetno utiče na finansijske interese Unije smatra se, u odnosu na:

A. **rashode koji nišu povezani s javnom nabavkom, svaka radnja ili propuštanje**, koji se odnose na:

- i. upotrebu ili prikazivanje lažnih, netačnih ili nepotpunih izjava ili dokumenata, što za posledicu ima prneveru ili nezakonito zadržavanje sredstava ili imovine iz budžeta Unije ili budžeta kojima upravlja Unija, ili kojima se upravlja u njeno ime;
- ii. nedavanje informacija, čime se krši određena obaveza, s istim posledicama; ili
- iii. korišćenje takvih sredstava ili imovine za potrebe različite od onih za koje su sredstva izvorno odobrena;

B. **rashode u vezi s javnom nabavkom**, barem kada su počinjeni radi sticanja nezakonite koristi za učinioца ili drugo lice pruzrokovanjem gubitka po finansijske interese Unije, svaka *radnja ili propuštanje*, koji se odnose na:

i druga krivična dela koja štetno utiču na finansijske interese Unije (član 4<sup>12</sup>).

Što se tiče **mesne nadležnosti**, utvrđeno je da je EJT-a nadležno ukoliko je krivično delo: (a) u celosti ili delimično izvršeno na teritoriji jedne ili više država

- i. upotrebu ili prikazivanje lažnih, netačnih ili nepotpunih izjava ili dokumenata, što za posledicu ima prneveru ili nezakonito zadržavanje sredstava ili imovine iz budžeta Unije ili budžeta kojima upravlja Unija, ili kojima se upravlja u njeno ime;
- ii. nedavanje informacija, čime se krši određena obaveza, s istim posledicama; ili
- iii. korišćenje takvih sredstava ili imovine za potrebe različite od onih za koje su sredstva izvorno odobrena, čime se nanosi šteta finansijskim interesima Unije;

V. **prihod različit od prihoda koji proizlazi iz vlastitih sredstava na osnovu PDV-a**, svaka radnja ili propuštanje, koji se odnose na:

- i. upotrebu ili prikazivanje lažnih, netačnih ili nepotpunih izjava ili dokumenata, što za posledicu ima nezakonito smanjenje sredstava iz budžeta Unije ili budžeta kojima upravlja Unija, ili kojima se upravlja u njeno ime;
  - ii. nedavanje informacija, čime se krši određena obaveza, s istim posledicama; ili
  - iii. zloupotrebu zakonito ostvarene koristi, s istim posledicama;
- G. **prihod koji proizlazi iz vlastitih sredstava na osnovu PDV-a**, svaka radnja ili propuštanje, koji su počinjeni u prekograničnim sistemima prevara, i koji se odnose na:
- i. upotrebu ili prikazivanje lažnih, netačnih ili nepotpunih izjava ili dokumenata u vezi s PDV-om, što za posledicu ima smanjenje sredstava iz budžeta Unije;
  - ii. nedavanje informacija u vezi s PDV-om, čime se krši određena obaveza, s istim posledicama; ili
  - iii. prikazivanje ispravnih izjava u vezi s PDV-om za potrebe prevarnog prikrivanja neplaćanja ili nezakonitog ostvarivanja prava na povrat PDV-a.

Pri tome, u odnosu na prihod koji proizlazi iz vlastitih sredstava na osnovu PDV-a, Direktiva se primenjuje samo u slučaju teških krivičnih dela protiv zajedničkog sistema PDV-, odnosno samo ako su radnje ili propuštanja povezane s državnim područjem dve ili više država članica Unije i ako je time prouzrokovana ukupna šteta od najmanje 10.000.000 evra (član 2 stav 2 Direktive).

<sup>12</sup> **Druga krivična dela** kojima se štetno utiče na finansijske ineterese Unije su:

- *pranje novca* (radnje iz Direktive 2015/849 koje obuhvataju imovinu stečenu krivičnim delima iz člana 3 te Direktive);
- *primanje mita* (postupanje javnog službenika koji neposredno ili preko posrednika traži ili prima bilo kakvu korist za sebe ili za treće lice, ili prihvata obećanje takve koristi, kako bi delovao ili se suzdržao od delovanja u skladu sa svojom dužnošću ili pri obavljanju svoje funkcije, na način koji šteti ili bi mogao da šteti finansijskim interesima Unije);
- *davanje mita* (postupanje lica koje obećava, nudi ili daje, neposredno ili preko posrednika, bilo kakvu korist javnom službeniku za njega ili za treće lice, kako bi delovao ili se suzdržao od delovanja u skladu sa svojom dužnošću ili pri obavljanju svoje funkcije, na način koji šteti ili bi mogao da šteti finansijskim interesima Unije); i
- *prenevera* (postupanje kojim javni službenik, kom je neposredno ili posredno povereno upravljanje sredstvima ili imovinom, obezbedi ili isplati sredstva, prisvoji imovinu ili se njome koristi suprotno svrsi za koju su namenjeni, na bilo koji način kojim se nanosi šteta finansijskim interesima Unije).

Pri tome, javni službenik je, kako službenik Unije, tako i nacionalni službenik (odnosno, javni službenik (i službeno lice) kako se tumači u nacionalnom pravu države članice ili treće države), kao i lice kome je poverena javna funkcija koja uključuje upravljanje finansijskim interesima Unije u državama članicama ili trećim državama (član 4 stav 4 Direktive).

članica; ili (b) izvršio državljanin države članice van njene teritorije, a takva krivična dela su u nadležnosti te države članice; ili (v) van teritorije iz tačke (a) izvršilo lice, na koga se u trenutku izvršenja primenjivao Pravilnik o osoblju ili Uslovi zaposlenja, a takva krivična dela su u nadležnosti neke države članice (član 23 Uredbe).

Što se tiče raspodele nadležnosti, tj. odnosa između EJT-a i nacionalnih organa krivičnog gonjenja, Uredbom je utvrđena **isključiva nadležnost EJT-a** za krivična dela u okvirima stvarne i mesne nadležnosti, tako što delegirani evropski javni tužilac u ime EJT-a u državi članici *pokreće i sprovodi istragu* (u skladu sa članom 26 Uredbe), odnosno *preuzima gonjenje* od nacionalnih organa gonjenja (u skladu sa članom 27 Uredbe). U tim slučajevima *nadležni organi država članica ne mogu da vrše ovlašćenja iz svoje nadležnosti* u pogledu istog kažnjivog postupanja (član 25 stav 1 Uredbe).

Međutim, **u dve situacije** EJT ne vrši ovlašćenja iz svoje nadležnosti, nego funkciju krivičnog gonjenja **vrše nacionalni nadležni organi**:

I. Ukoliko se radi o bagatelnim krivičnim delima, odnosno ako je krivičnim delima iz stvarne nadležnosti EJT-a prouzrokovana ili mogla da bude prouzrokovana šteta finansijskim interesima Unije u iznosu manjem od 10.000 evra, **EJT ustupa predmet** nadležnim nacionalnim organima (osim ukoliko predmet ima posledice na nivou EU, koje su takve prirode da je neophodno da EJT pokrene istragu, ili postoje razlozi za sumnju da su krivično delo izvršili službenici ili članovi institucija Unije, u kojim slučajevima EJT, i pored toga što se radi o iznosu štete manjem od predviđenog, može da vrši ovlašćenja iz nadležnosti) (član 25 stav 2 Uredbe);

II. **EJT se uzdržava od vršenja ovlašćenja iz nadležnosti** i nakon savetovanja s nacionalnim nadležnim organima, **predmet** im bez nepotrebnog odlaganja **upućuje**, ukoliko: (a) *najviša sankcija* predviđena nacionalnim pravom za krivično delo obuhvaćeno članom 22 stavom 1 je *jednaka* najvišoj sankciji za neodvojivo povezano krivično delo, kako je navedeno u članku 22 stav 3, ili *blža* od nje (osim ako se tim krivičnim delom doprinelo izvršenju krivičnog dela obuhvaćenom članom 22 stav 1), ili (b) postoji razlog za prepostavku da *šteta* koja je krivičnim delom iz člana 22 prouzrokovana ili bi mogla biti prouzrokvana finansijskim interesima Unije *nije veća* od štete koja je prouzrokovana ili bi mogla biti prouzrokovana nekom drugom oštećenom licu (član 25 stav 3 Uredbe). Međutim, u pogledu drugog osnova za isključenje nadležnosti, ako se pokaže da je „*u boljem položaju*“ za sprovođenje istrage ili krivičnog gonjenja, EJT može, uz saglasnost nadležnih nacionalnih organa, vršiti funkcije u predmetima koji bi inače bili isključeni iz njegove nadležnosti (član 25 stav 4 Uredbe).

Određene kritike se mogu uputiti kriterijumima za podelu nadležnosti koji su utvrđeni u Uredbi. Naime, iznos od 10.000 evra kao granica između bagatelnih krivičnih dela u nadležnosti nacionalnih državnih organa i „težih“ krivičnih dela

u nadležnosti EJT-a nije dovoljno određen kriterijum. Procenjivanje visine pričinjene štete u fazi istrage je teško, ako ne i nemoguće. Prema iskustvu *OLAF*-a, šteta se na početku istrage može proceniti samo do 40% iznosa, dok se pun iznos može odrediti tek nakon sprovedene istrage.<sup>13</sup> Osim toga, kriterijum koji se vezuje za visinu prouzrokovane štete nije odgovarajući u pogledu koruptivnih krivičnih dela, jer kod takvih krivičnih dela nije relevantan iznos pričinjene štete, nego činjenica da je neko lice zloupotrebilo službeni položaj.

Možda je bilo više opravdanja (naročito u smislu načela supsidijariteta) da je nadležnost između nacionalnih državnih organa i ovog nadnacionalnog organa podeljena tako da je istraga i krivično gonjenje, po pravilu, u nadležnosti državnih organa država članica, naročito u pogledu lakših krivičnih dela kod kojih nema izraženih elemenata prekograničnosti, a da EJT može preuzeti ove funkcije od njih u pojedinom slučaju, ceneći konkretne okolnosti i značaj predmeta. Pri tome su se obavezivanjem nadležnih nacionalnih organa da EJTu blagovremeno dostavljuju određene informacije, oni možda mogli u dovoljnoj meri motivisati da postupaju odgovornije u sprovodenju istrage i krivičnom gonjenju.<sup>14</sup> Ipak, takav sistem podeljene nadležnosti mogao je stvoriti više problema u odnosu na one zbog kojih je EJT i osnovano, odnosno ne doprineti neefikasnosti krivičnog postupka (npr. situacije da se istovremeno vodi istraga na nacionalnom i nadnacionalnom nivou) i pravnoj nesigurnosti (usled nejadnakog postupanja u sličnim predmetima u različitim državama), a nacionalni nadležni organi bi se dodatno opteretili birokratskim obavazama (izveštavanjem) prema EJT-u.

Evropsko javno tužilaštvo u okviru svoje stvarne i mesne nadležnosti 1) **pokreće i sprovodi istragu krivičnih dela kojima se ugrožavaju finansijski interesi Unije**, 2) **preduzima krivično gonjenje učinilaca krivičnih dela kojima se ugrožavaju finansijski interesi Unije**, i 3) **zastupa optužbu za krivična dela kojima se ugrožavaju finansijski interesi Unije u sudskom postupku pred nadležnim sudovima država članica, do pravnosnažnog okončanja krivičnog postupka** (član 4 Uredbe). U skladu sa načelom supsidijariteta istragu u državi članici vodi i optužbu pred nacionalnim sudom zastupa delegirani evropski tužilac, kao decentralizovani element u organizaciji EJT-a, ali po uputstvima i pod nadzorom stalnog veća, što predstavlja istinsko evropsko svojstvo EJT-a.

Uredbom je predviđeno da će nakon tri godine od stupanja na snagu Uredbe, Komsija na osnovu predloga glavnog Evropskog javnog tužioca utvrditi datum kada će EJT preuzeti ovlašćenja iz svoje nadležnosti (član 120 Uredbe).<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> G. Kessler, „The EPPO’s contribution to the protection of the EU financial interests“, in: C. Nowak, *The European Public Prosecutor’s Office and national authorities*, Milan 2016, 7.

<sup>14</sup> Lohse, *op.cit.*, 176.

<sup>15</sup> Da bi EJT mogao da vrši ovlašćenja iz svoje nadležnosti, u članu 24 Uredbe su izričito propisane obaveze određenih organa i institucija na nacionalnom i nadnacionalnom nivou. Tako su institucije, organi, kancelarije i agencije Unije, kao i državni organi država članica koji su

Uredbom su utvrđena **minimalna pravila** u pogledu istrage krivičnih dela iz nadležnosti EJT-a i krivičnog gonjenja učinilaca tih krivičnih dela, **dok su konkretna ovlašćenja** koja ima delegirani evropski tužilac u državi članici za pravo **propisana nacionalnim propisima** država članica, što je u skladu sa zahtevom poštovanja različitosti nacionalnih pravnih sistema iz člana 67 stav 1 UFEU. Iako se *očekuje* da će delovanje EJT *doprineti stvaranju jedinstvenog pravnog sistema*, koji će biti efikasniji i delotvorniji od postojećeg, fragmentisanog sistema (istraga i krivično gonjenje u isključivoj nadležnosti država članica, uz korišćenje mehanizama uzajamnog priznavanja odluka), pitanje je u kojoj meri se taj cilj može ostvariti propisivanjem ovlašćenja EJT-a kroz kombinaciju minimalnih pravila u Uredbi i odredaba nacionalnih propisa, na koje Uredba upućuje.

### 3. ISTRAGA

#### 3.1. Pokretanje istrage

Ukoliko u smislu primenjivog nacionalnog prava postoji potreban stepen sumnje da je izvršeno krivično delo iz nadležnosti EJT-a ili da je njegovo izvršenje u toku, **odluku o pokretanju istrage** donosi **delegirani evropski tužilac** (u daljem tekstu: DET), u skladu sa nacionalnim pravom. U slučaju „neaktivnosti“, odnosno ako DET ne pokrene istragu, stalno veće kom je predmet dodeljen, izdaje mu obavezujuće uputstvo da istragu pokrene.

*Mesto izvršenja krivičnog dela* je primarni kriterijum za određivanje **koji će DET biti nadležan** da pokrene i sprovodi istragu. Naime, propisano je da istragu,

---

nadležni u skladu s primenjivim nacionalnim pravom, dužni da bez nepotrebnog *odlaganja izveste EJT o svakom kažnjivom postupanju iz nadležnosti EJT-a*. Takođe, u slučaju da pravosudni organ ili organ krivičnog gonjenja u državi članici doneše odluku o pokretanju istrage povodom krivičnog dela iz nadležnosti EJT-a ili u bilo kom trenutku nakon pokretanja istrage proceni da se istraga odnosi na takvo krivično delo, taj organ je dužan da bez nepotrebnog odlaganja o tome obavesti EJT, da bi ovaj mogao da odluči da li će ostvariti svoje pravo na preuzimanje predmeta. Izveštaj sadrži opis činjenica, među ostalim procenu prouzrokovane štete ili štete koja bi mogla biti prouzrokovana, moguću pravnu kvalifikaciju, i sve druge dostupne informacije o potencijalnim oštećenim licima, osumnjičenima i drugim učesnicima u postupku (član 24 stav 4 Uredbe).

Ako EJT nakon provere odluči da pokrene istragu, o tome će bez nepotrebnog odlaganja obavestiti organ koji ga je izvestio o kažnjivom postupanju (član 26 stav 2 Uredbe). Sve informacije koje dostavljaju EJT se evidentiraju i proveravaju u skladu s poslovnikom o radu EJT, pa ukoliko EJT nakon provere odluči da ne postoje razlozi za pokretanje istrage niti za ostvarivanje prava na preuzimanje predmeta, obrazloženje odluke beleži se u sistemu vođenja predmeta.

S druge strane, ukoliko EJT sazna za izvršenje krivičnog dela, koje je izvan njegove nadležnosti, o tome će, bez nepotrebnog odlaganja, obavestiti nadležne nacionalne organe i proslediti im sve relevantne dokaze. Osim toga, EJT može, u specifičnim slučajevima, da zatraži dodatne relevantne informacije koje su dostupne institucijama, organima, kancelarijama i agencijama Unije i nadležnim organima država članica.

po pravilu, pokreće i sprovodi DET iz one države članice u kojoj se nalazi *središte kriminalne aktivnosti*. U slučaju da je izvršeno nekoliko povezanih krivičnih dela iz nadležnosti EJT na teritoriji više država članica, istragu pokreće DET iz one države članice u kojoj je *izvršena većina krivičnih dela*. Pravila za određivanje mesne nadležnosti DET-a, postavljena u Uredbi upotreboru termina „središte kriminalne aktivnosti“ i „u kojoj je izvršena većina krivičnih dela“, nisu u dovoljnoj meri određena (u smislu načela zakonitosti), što ne doprinosi pravnoj sigurnosti.

Osim ovog pravila, koje se ogleda u primeni mesta izvršenja krivičnog dela kao primarnog kriterijuma za određivanje DET-a koji će biti nadležan u konkretnom predmetu, predviđena je mogućnost **realokacije predmeta**, odnosno određivanja drugog DET-a kao mesno nadležnog.<sup>16</sup>

Izbor države članice u kojoj će se sprovoditi istraga je od *ključnog značaja* i za organ gonjenja i za odbranu, *iz dva razloga*: 1) u vršenju ovlašćenja iz nadležnosti EJT-a se rukovodi nacionalnim propisima, pa stranke u krivičnom postupku imaju prava i dužnosti u skladu sa domaćim pravom države članice; 2) učinioциma krivičnih dela iz nadležnosti EJT će se, po pravilu, suditi pred sudom države članice u kojoj je istraga sprovedena.

Dakle, odluku o pokretanju istrage krivičnih dela iz nadležnosti EJT-a po pravilu, donosi DET, u ime EJT-a. Osim toga, članom 27 Uredbom je predviđeno i pravo EJT na **preuzimanje predmeta od nadležnih organa država članica** (eng. *Right of evocation*).<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Naime, DET iz neke druge države članice (a ne iz države članice u kojoj je izvršeno krivično delo) može pokrenuti istragu ili dobiti uputstvo nadležnog stalnog veća da je pokrene, ukoliko je to *naročito opravданo*, uzimajući u obzir sledeće supsidiarne kriterijume, prema redosledu prvenstva: (a) mesto u kom okrivljeni ima uobičajeno boravište; (b) državljanstvo okrivljenog; (v) mesto na kom je nastala najveća finansijska šteta (član 26 stav 4 Uredbe). Ukoliko se radi o *predmetu za koji može biti nadležan DET iz nekoliko država članica*, do donošenja odluke o krivičnom gonjenju pred nacionalnim sudom (u skladu sa članom 36 Uredbe), stalno veće može, nakon savetovanja s evropskim tužiocima i/ili DET-om iz tih država članica, doneti odluku da: (a) pre-raspodeli predmet DET-u u nekoj drugoj državi članici; ili da (b) spoji ili razdvoji predmete, i da za svaki predmet izabere DET-a koji će ga voditi, ako su takve odluke u opštem interesu pravde i u skladu sa kriterijima za izbor DET-a koji vodi predmet (u skladu sa članom 26 stav 5 Uredbe).

<sup>17</sup> Naime, po prijemu informacije od nadležnih nacionalnih organa da su pokrenuli istragu za krivično delo iz nadležnosti EJT-a, EJT donosi odluku o tome da li će ostvariti svoje pravo na preuzimanje predmeta. Odluku donosi što je pre moguće, a najkasnije pet dana nakon prijema ovih informacija, po potrebi se prethodno savetujući s nadležnim organima dotične države članice, i o toj odluci obaveštava nacionalne nadležne organe. Do donošenja odluke, nacionalni organi su dužni da se suzdržavaju od donošenja odluka na osnovu nacionalnog prava čija bi posledica mogla da bude sprečavanje EJT-a u ostvarivanju prava na preuzimanje predmeta, ali su ovlašćeni da preuzimaju sve hitne mere koje su potrebne kako bi osiguralo delotvorno sprovođenje istrage i krivično gonjenje.

Pravo na preuzimanje predmeta u *ime EJT-a ostvaruje DET* iz države članice čiji su nadležni organi pokrenuli istragu u pogledu krivičnog dela iz nadležnosti EJT-a. Ukoliko DET doneše *odluku o preuzimanju predmeta*, nadležni organi država članica će mu dostaviti spise i neće spro-

U slučaju da se, po prijemu informacija od nadležnih organa, *EJT uzdrži od vršenja ovlašćenja iz nadležnosti* (odnosno, ne preuzme predmet), o tome bez nepotrebnog odlaganja obaveštava nadležne nacionalne organe, koji su dužni da EJT-u dostave informacije o svakoj novoj činjenici, koja bi EJT mogla da podstakne na ponovno razmatranje odluke o nevršenju ovlašćenja iz nadležnosti (što će biti moguće do trenutka okončanja istrage pred nacionalnim nadležnim organima, odnosno do podnošenja optužnog akta pred nacionalnim sudovima) (član 27 stav 7 Uredbe).

### **3.2. Sprovođenje istrage**

Istragu krivičnih dela iz nadležnosti EJT-a, *po pravilu*, a u skladu sa načelom subsidijariteta, **sprovodi** u državi članici DET u ime EJT-a, **po uputstvima nadležnog stalnog veća i pod nadzorom evropskog tužioca** iz te države članice (nadzornog evropskog tužioca, u daljem tekstu: NET). DET koji vodi predmet može, u skladu s nacionalnim pravom, *sâm da preduzima* istražne radnje ili da *izda uputstva nadležnim organima* u svojoj državi članici da ih preduzmu. Ti organi su, pored toga, ovlašćeni, u svakom trenutku tokom istrage koju sprovodi EJT, da preduzmu hitne mere u skladu s nacionalnim pravom koje su potrebne da bi istraga bila delotvorna, čak i ako ne postupaju izričito prema uputstvu DET-a koji vodi predmet (o čemu su dužni da ga bez odlaganja obaveste). Tokom sprovođenja istrage, DET putem sistema vođenja predmeta izveštava NET i stalno veće o svim važnim pitanjima u predmetu, u skladu s pravilima utvrđenima u poslovniku o radu EJT-a.

*Izuzetno od ovog pravila*, istragu u određenim slučajevima sprovodi *drugi DET ili NET*. Naime, ukoliko tokom sprovođenja istrage DET utvrdi da ne može da sprovodi istragu (npr. usled prevelikog obima posla) ili ukoliko DET ne sledi uputstva nadležnog stalnog veća ili NET-a, stalno veće može, na predlog NET-a, da odluči o **preraspodeli predmeta drugom DET-u u toj državi članici** (član stav 3 Uredbe). Osim toga, ako za to postoji odobrenje nadležnog stalnog veća, istragu može da sproveđe NET *sâm ili izdajući* uputstva nadležnim organima u

---

voditi dalje istražne radnje u pogledu tog krivičnog dela. Ukoliko, pak, DET razmatra mogućnost da *ne ostvari pravo na preuzimanje predmeta*, o tome obaveštava nadležno stalno veće posredstvom evropskog tužioca iz svoje države članice, s ciljem da se *stalnom veću* omogući da doneše odluku. Ako stalno veće smatra da je preuzimanje predmeta od nacionalnih državnih organa potrebno, o tome DET-u izdaje *obavezujuće uputstvo*. Međutim, u slučaju da se radi o krivičnim delima kojima je prouzrokovana ili bi mogla biti prouzrokovana šteta finansijskim interesima Unije u iznosu manjem od 100.000 evra, a Kolegijum smatra da, s obzirom na težinu krivičnog dela ili složenost postupka u pojedinačnom slučaju, nema potrebe za sprovođenjem istrage na nivou Unije, izдаće opšte smernice kojima se DET-u omogućava da nezavisno i bez nepotrebnog odlaganja odluči da neće preuzeti predmet (član 27 stav 8 Uredbe).

njegovoj državi članici, ukoliko je takva odluka neophodna u interesu delovnosti istrage, usled postojanja jednog ili više *kriterijuma*: (a) težine krivičnog dela, naročito s obzirom na njegove moguće posledice na nivou Unije; (b) kada se istraga odnosi na službenike Unije ili članove institucija Unije; (v) u slučaju da ne funkcioniše mehanizam preraspodele na drugog DET-a u državi članici (član 27 stav 4 Uredbe).

U toku sprovodenja istrage DET ima pravo da preduzme sve **istražne radnje** na osnovu nacionalnih propisa, i to u skladu sa načelom supsidijariteta, odnosno samo ukoliko postoje opravdani razlozi da se veruje da bi se određenom merom i radnjom mogli pribaviti za istragu korisne informacije ili za istragu korisni dokazi, i ukoliko manje intruzivna mera i radnja kojom bi se mogao ostvariti isti cilj nije dostupna (član 30 stav 5 Uredbe). Predviđeno da su države dužne da u svojim propisima obezbede da DET, makar u predmetima u kojima je za krivično delo, koje je predmet istrage, zaprećena kao najviša krivična sankcija kazna zatvora u trajanju od najmanje četiri godine, može da naloži ili da traži sprovođenje takstativno navedenih istražnih radnji.<sup>18</sup> Pored izričito propisanih ovlašćenja u odnosu na navedene mere, DET može da zatraži ili naloži preduzimanje *svih drugih radnji i mera* koje su u dатој državi članici na raspolaganju javnim tužiocima u sličnim predmetima.

---

<sup>18</sup> Radi se o sledećim istražnim radnjama:

- (a) pretresanje prostorija, zemljišta, prevoznih sredstava, privatnog stana, odeće i ostale lične imovine i računarskih sistema, i sprovodenje svih mera potrebnih kako bi se sačuvao integritet i izbegli gubitak ili kontaminacija predmeta koji mogu poslužiti kao dokaz;
  - (b) oduzimanje svih relevantnih predmeta ili dokumenata u izvornom ili u nekom drugom obliku;
  - (v) oduzimanje pohranjenih računarskih podataka, šifrovanih ili dešifrovanih, u izvornom ili u nekom drugom obliku, uključujući podatke o bankovnim računima i podatke o prometu (osim podataka koji su zadržani u skladu s nacionalnim pravom na osnovu člana 15 stav 1 Direktive 2002/58/EZ od 12.07.2002. o obradi ličnih podataka i zaštiti privatnosti u području elektronskih komunikacija);
  - (g) zamrzavanje sredstava ili imovinske koristi, odnosno imovine stecene krivičnim delom, ukoliko se očekuje da će sud pred kojim se vodi postupak doneti odluku o njihovom oduzimanju, i ukoliko postoji razlog da se veruje da će vlasnik, držalac ili upravitelj tih sredstava ili imovinske koristi pokušati da onemogući izvršavanje odluke, kojom se nalaže oduzimanje;
  - (d) presretanje dolazne i odlazne elektronske komunikacije okrivljenog preko bilo kog elektronskog komunikacijskog sredstva kojim se koristi;
  - (d) praćenje predmeta tehničkim sredstvima, između ostalog i kontrolisanu isporuku robe.
- Uredba propisuje i odredena ograničenja prilikom određivanja i sprovodenja radnji, i to: u odnosu na sve navedene radnje, primenjuju se uslovi iz nacionalnog propisa (naročito posebna ograničenja u odnosu na odredene kategorije lica koji imaju dužnost čuvanja tajne); u odnosu na radnje pod (v), (d) i (d), mogu se primenjivati dalji uslovi, uključujući ograničenja, predviđenim u primenjivom nacionalnom pravu; u odnosu na radnje pod (d) i (d) moguće je ograničiti njihovu primenu samo na o odredena, teška krivična dela (član 30 stav 2 i 3 Uredbe).

### 3.3. Prekogranične istrage

Ukoliko u predmetima sa elementima prekograničnosti postoji potreba da se određena istražna radnja preduzme u drugoj državi članici u odnosu na državu u kojoj DET sprovodi istragu, tada DET donosi odluku kojom **dodeljuje potrebnu istražnu radnju jednom ili više (pomoćnom) DET-u** iz tih drugih država članica, o čemu obaveštava NET (član 31 Uredbe).<sup>19</sup>

Dodeljenu istražnu radnju pomoćni DET sprovodi sam ili izdaje uputstvo nadležnom organu u svojoj državi. Ukoliko pomoćni DET smatra da je odluka o dodeli istražne radnje nepotpuna ili da sadrži očigledu, bitnu grešku, ili da se istražna radnja iz opravdanih i objektivnih razloga ne može preduzeti u roku određenom u odluci o dodeli, ili da bi se isti rezultati mogli postići drugom, manje intruzivnom radnjom, ili da se prema pravu njegove države članice dodeljena radnja ne može preduzeti ili da ne bi bila dostupna u sličnom domaćem predmetu, pomoćni DET će o tome obavestiti svog NET i posavetovaće se sa DET-om koji mu je dodelio istražnu radnju oko rešavanja spornog pitanja. Ukoliko se utvrdi da se dodeljena istražna radnja ne može preduzeti u domaćem sličnom slučaju, ali bi to moguće u slučajevima sa elementima prekograničnosti koji su obuhvaćeni pravnim instrumentima o uzajamnom priznavanju odluka ili o prekograničnoj saradnji, mogu se primeniti ti instrumenti, ako se tako dogovore dotični NET. Ako se, međutim, ne može postići dogovor u roku od sedam dana od dana obaveštenja, a potreba za preduzimanjem istražne radnje i dalje postoji, pitanje se upućuje na rešavanje nadležnom stalnom veću, koji će odlučiti da li će se preduzeti tražena, dodeljena istražna radnja ili će se zameniti drugom.

Dodeljene istražne radnje se preduzimaju u skladu pravom države članice pomoćnog DET-a, pri čemu se postupa u skladu sa zahtevima iz odluke o dodeli istražne radnje koju je doneo DET, osim ukoliko su oni u suprotnosti sa osnovnim pravnim načelima u državi pomoćnog DET-a (član 31 Uredbe).

---

<sup>19</sup> Ako je, prema pravu te druge države članice, za preduzimanje istražne radnje potrebno *odobrenje suda*, pomoćni DET (iz te države) dužan je da ga pribavi, u skladu s domaćim pravom, a u slučaju odbijanja suda da takvo odobrenje izda, DET koji sprovodi istragu povlači dodelu mere. Ukoliko, pak, sudska odobrenje nije potrebno u državi članici pomoćnog DET-a, ali je potrebno u državi u kojoj je DET koji vodi predmet, DET je dužan da pribavi takvo odobrenje i dostavi ga zajedno s odlukom o dodeli istražne radnje.

### 3.4. Raspodela ovlašćenja u istrazi

ISTRAGA	DET	Pomoćni DET	NET	Stalno veće
Pokretanje istrage	✓ (u skladu sa pri- menjivim nacio- nalnim pravom)  ako DET ne pokrene istragu			✓
<b>PRERASPODE- LA PREDMETA</b> DRUGOM DET U ISTOJ ILI DRU- GOJ DRŽAVI ČLANICI				✓ (nakon NET)
Preuzimanje predmeta	✓ ako DET ne preuzme preuzet			✓
Sprovodenje istrage	✓ (u skladu sa pri- menjivim nacio- nalnim pravom)		✓ (u izuzetnim okolnostima)	
<b>PREKOGRA- NIČNA ISTRA- GA</b>		✓ (u skladu sa primenjivim nacionalnim pravom)	✓ (u skladu sa primenjivim nacionalnim pravom i Uredbom)	✓ u slučaju da se spor ne može rešiti dogovorom
		u slučaju su- koba		

#### Raspodela ovlašćenja u istrazi

U skladu sa načelom subsidijariteta, *DET donosi odluku o sprovodenju istrage i sprovodi istragu* primenom odredaba domaćeg prava države članice, a „intervencije“ stalnog veća EJT-a su predviđene u „kriznim“ situacijama: a) stalno veće daje uputstvo DET-u ukoliko ne doneše odluku o otvaranju istrage ili preuzimanju predmeta; b) ukoliko DET ne postupa u skladu sa uputstvom stalnog veća, stalno veće može raspoređiti predmet drugom DET-u u toj ili drugoj državi članici; v) ako se ne može postići dogovor oko primene sporne dodeljene istražne radnje u prekograničnoj istrazi, stalno veće donosi odluku o tome.

S obzirom na to da DET donosi odluke primenom domaćeg prava država članica, postavlja se *pitanje* kako to i na osnovu čega stalno veće može da doneše drugačiju odluku, takođe, primenom domaćeg prava odnosne države, kojim su propisani osnovi, uslovi i postupak za donošenje odluke. S tim u vezi je *i pitanje* na koji način se može postići cilj postojanja EJT-a, a to je ujednačena i delotvorna istraga i krivično gonjenje učinilaca krivičnih dela protiv finansijskih interesa Unije, kada još uvek ne postoji jedinstveno pravno područje Unije, nego različiti pravni sistemi sa različitim odredbama krivičnog procesnog prava u državama članicama. Takav cilj bi se mogao postići samo u slučaju da je EU savezna država u kojoj postoji jedinstveno pravno područje u kom bi EJT bio jedinstveni tužilački organ koji bi mogao da izdaje obavezujuća uputstva javnim tužiocima u državama članicama (DET-ovima), bez potrebe da se angažuju instrumenti uzajamnog priznavanja odluka u krivičnim stvarima.

#### 4. KRIVIČNO GONJENJE

Nakon što istraga bude završena, donosi se odluka o daljem krivičnom gonjenju. Naime, kada DET koji vodi predmet oceni da je istraga završena, o tome podnosi NET-u *izveštaj*, koji sadrži sumarni prikaz predmeta i nacrt odluke kojom se predlaže: 1) dalje krivično gonjenje pred nacionalnim sudom, odnosno podizanje optužnog akta, ili 2) razmatranje mogućnosti upućivanja predmeta nacionalnim nadležnim organima, ili 3) odbacivanju predmeta, ili 4) sprovođenje uprošćenog postupka krivičnog gonjenja (član 35 Uredbe).

NET *izveštaj* prosleđuje nadležnom stalnom veću, po potrebi prilažeći i svoju procenu slučaja. *Stalno veće* može da *doneše odluku* kako je predložio DET, u kom slučaju DET nastavlja da postupa u skladu sa tim, ili da *odbije da doneše odluku* kako je predložio DET. Stalno veće, u suštini, nije vezano niti predlogom DET-a niti procenom NET-a, nego vrši sopstvenu procenu predmeta, kako bi dao dodatna uputstva DET-u ili doneo odluku o krivičnom gonjenju (član 35 stav 1 Uredbe). Ipak, predviđen je jedan izuzetak od ovog pravila, jer je propisano da u slučaju da DET podnese nacrt odluke kojim se predlaže podizanje optužnog akta, stalno veće ne može da doneše odluku da se predmet odbaci (član 36 stav 1 Uredbe).

##### **4.1. Podizanje i zastupanje optužnog akta pred nacionalnim sudom**

Kada DET predloži podizanje optužnog akta, stalno veće *u roku* od 21 dana od dostavljanja izveštaja NET-a *donosi odluku*. Izričito je predviđeno da će se, u slučaju da stalno veće ne doneše odluku u ovom roku, *smatrati da je predlog odluke* o podizanju optužnog akta *prihvaćen* („čutanje“ stalnog veća) (član 36 stav 2 Uredbe).

Ukoliko je u konkretnom predmetu moguća nadležnost više država članica (pozitivni sukob nadležnosti), optužni akt se, po pravilu, podiže pred sudom *države u kojoj je DET koji vodi predmet*, odnosno koji je sproveo istragu. Izuzetno, stalno veće može da odluči da se optužni akt podigne *pred sudom neke druge države članice* (koja „konkuriše na nadležnost“) i da, shodno tome, izda uputstvo za postupanje DET-u u drugoj državi, ukoliko bi to bilo opravdano postojanjem jednog od kriterijuma (prema redosledu prvenstva): a) mesta u kom okriviljeni ima uobičajeno boravište; b) državljanstva okriviljenog; v) mesta na kom je nastala glavna finansijska šteta (supsidijarni kriterijumi za određivanje mesne nadležnosti DET-a iz člana 26 stav 4 i 5 Uredbe). Osim toga, stalno veće može na predlog DET-a koji vodi predmet, a pre odlučivanja o podizanju optužnog akta, da doneše odluku *o spajanju više predmeta* kada su istrage sprovodili različiti DET protiv istog lica, radi vođenja jedinstvenog krivičnog postupka pred sudom jedne od država članica u kojima je istraga sprovedena (član 36 stav 3 i 4 Uredbe).

Mogućnost da stalno veće odredi da se optužba iznese pred sud u drugoj državi u odnosu na onu u kojoj je sprovedena istraga, odnosno *mogućnost izbora foruma* (eng. *choice of forum*), jedno je od najspornijih rešenja iz (predloga) Uredbe, naročito iz razloga što na nivou Unije ne postoje obavezujuća pravila za rešavanje sukoba nadležnosti, niti je predviđena sudska kontrola ovakve odluke stalnog veća na nivou EU.

Nakon što se odredi država članica pred čijim sudom će se podići optužni akt, primenom nacionalnog prava određuje se nadležni sud u toj državi članici, a dalja „sudbina“ optužnog akta u poptunosti je određena propisima o krivičnoj proceduri države članice u kojoj će se sudska krivični postupak voditi.

U zastupanju optužbe pred nacionalnim sudom, u skladu sa načelom subsidiariteta, DET postupa samostalno, u skladu sa ovlašćenjima i dužnostima predviđenim nacionalnim pravom. Ipak, u dve situacije je potrebno da DET prethodno dobije uputstvo od stalnog veća EJT-a. Naime, odluku da li će u predmetu iskoristiti pravo na žalbu, DET donosi po dobijanju uputstava od stalnog veća, kome je podneo izveštaj sa nacrtom odluke, osim ukoliko uputstva ne može da dobije u roku koji je predviđen za izjavljivanje žalbe (u kom slučaju je dužan da o tome izvesti stalno veće, koje mu može dati instrukciju da ostane pri izjavljenoj žalbi ili da od nje odustane). Isto važi i u situaciji kada DET tokom sudskega postupka i u skladu sa domaćim propisima zauzme stav koji bi doveo do odbacivanja predmeta (član 36 stav 7 Uredbe).

#### **4.2. Upućivanje predmeta i prenos postupka na nadležne organe država članica**

Upućivanje predmeta i prenos postupka na nadležne organe država članica uređeno je članom 34 Uredbe. Nadležno stalno veće će, do momenta podizanja

optužnog akta, doneti odluku da se *predmet uputi* nadležnim nacionalnim organima, bez nepotrebnog odlaganja:

1. ukoliko se tokom istrage utvrđi da se *ne radi o krivičnom delu iz nadležnosti EJT-a* (u smislu člana 22 i 23 Uredbe), ili
2. ukoliko se tokom istrage utvrđi da *nisu ispunjeni posebni uslovi za postupanje EJT-a*, odnosno radi se o situaciji u kojoj se EJT „suzdržava“ od vršenja ovlašćenja iz nadležnosti u pogledu krivičnih dela obuhvaćenih članom 22 (u smislu člana 25 stav 2 i 3 Uredbe<sup>20)</sup>), ili
3. ukoliko DET na osnovu člana 27 Uredbe *odluči da neće preuzeti predmet*, a po uputstvu kolegijuma koji, u pogledu krivičnih dela koja su prouzrokovana ili bi mogla da prouzrokuju štetu finansijskim interesima Unije u iznosu manjem od 100.000 evra, smatra da, s obzirom na težinu dela ili složenost postupka u konkretnom slučaju, *nema potrebe za sprovođenjem istrage ili krivičnog gonjenja na nivou EU* i da bi upućivanje predmeta nacionalnim organima bilo *u interesu delotvornosti* istrage ili krivičnog gonjenja (u smislu člana 27 stav 8 Uredbe); ili
4. ukoliko kolegijum izda takvo uputstvo a) u pogledu *krivičnih dela iz člana 3 stav 2 tačka (a) i (b) PIF Direktive*, ili b) u slučaju kada *šteta* koja je prouzrokovana ili bi mogla biti prouzrokovana finansijskim interesima Unije *nije veća od štete* koja je prouzrokovana ili bi mogla biti prouzrokovana drugom oštećenom licu; ili
5. ukoliko EJT, nakon konsultacija sa nacionalnim državnim organima, razmatra mogućnost da *odbaci predmet* u pogledu krivičnih dela koja se ne smatraju krivičnim delima kojima se šteti finansijskim interesima EU, ali su sa njima *neodvojivo povezana* (član 22 stav 3 Uredbe). U slučaju da nacionalni nadležni organ zahteva da mu se predmet uputi, stalno veće to čini bez odlaganja (član 34 stav 6 i član 39 stav 3 Uredbe).

Odluku o upućivanju predmeta nacionalnim nadležnim organima država članica u navedenim slučajevima, *stalno veće dostavlja glavnom evropskom tužiocu*, koji može u roku od 3 dana od prijema odluke da zatraži od stalnog veće da odluku preispita, ukoliko smatra da je to potrebno u interesu obezbeđenja koherentne politike upućivanja.

---

<sup>20</sup> EJT se suzdržava od vršenja ovlašćenja iz nadležnosti u pogledu krivičnih dela obuhvaćenih članom 22, ukoliko a) najviša sankcija predviđena nacionalnim pravom za krivično delo obuhvaćeno članom 22 stav 1 je jednaka najvišoj sankciji za neodvojivo povezano krivično delo, kako je navedeno u članu 22 stav 3 ili blaža od nje, osim ako se tim krivičnim delom doprinelo izvršenju krivičnog dela obuhvaćenog članom 22 stav 1; ili b) postoji razlog za pretpostavku da šteta koja je krivičnim delom iz člana 22 prouzrokovana ili bi mogla biti prouzrokovana finansijskim interesima Unije nije veća od štete koja je prouzrokovana ili bi mogla biti prouzrokovana drugom oštećenom licu.

Kada nadležni organ države članice *prihvati* upućeni predmet, EJT mu *pre-nosi spise* tog predmeta, suzdržava se od preduzimanja daljih radnji i predmet „zatvara“ (član 34 stav 6 Uredbe). Ukoliko, pak, nadležni organi država članica upućen predmet *ne prihvate* u roku od 30 dana od dana dostavljanja odluke, EJT „ostaje“ nadležan za vršenje krivičnog gonjenja (član 34 stav 5 Uredbe).

#### **4.3. Odbacivanje predmeta**

Na osnovu izveštaja DET koji vodi predmet, stalno veće donosi odluku da se predmet odbaci (član 39 Uredbe), kada dalje krivično gonjenje nije moguće u skladu sa primenjivim nacionalnim pravom države iz koje je DET koji vodi predmet, i to u slučaju: (a) *smrti* okriviljenog fizičkog lica ili *likvidacije* okriviljenog pravnog lica; (b) *neuračunljivosti* okriviljenog; (v) *amnestije* odobrene okriviljenom; (g) *imuniteta* dodeljenog okriviljenom, osim ako je imunitet ukinut (u smislu člana 29 Uredbe)<sup>21</sup>; (d) nastupanja *zastarelosti* krivičnog gonjenja;<sup>22</sup> (d) da je predmet protiv okriviljenog *konačno rešen* u vezi sa istim krivičnim delima; (e) nedostatka *dokaza*.

Dakle, razlozi za odbacivanje predmeta su okolnosti koje isključuju krivično gonjenje trajno (smrt fizičkog lica ili likvidacija pravnog lica, amnestija, zastarlost, *res judicata*) ili privremeno (neuračunljivost, imunitet ili nedostatak dokaza). Što se tiče okolnosti koje privremeno iskušuju krivično gonjenje, Uredba izričito uređuje rešavanje situacije kada te okolnosti prestanu samo u pogledu nepostojanja odgovarajućih dokaza. Naime, ukoliko je predmet odbačen usled nedostatka dokaza, Uredbom je izričito propisano da to *ne sprečava* stalno veće da doneše *odluku o ponovnom otvoranju istrage* ukoliko se pojave *nove činjenice* koje EJT-u

---

<sup>21</sup> U smislu člana 29 Uredbe, ukoliko se istraga EJT-a vodi protiv lica koje je zaštićeno povlašćicom ili imunitetom u skladu s nacionalnim pravom a takva povlastica ili takav imunitet predstavlja prepreku za sprvođenje istrage, glavni evropski tužilac može da podnese obrazložen pisani zahtev za njihovo ukipanje, u skladu s postupcima predviđenim nacionalnim pravom. Ukoliko se, pak, radi o licima koja su zaštićena povlašćicama ili imunitetima u skladu s pravom Unije, posebno Protokolom o povlašćicama i imunitetima Evropske unije, a takva povlastica ili takav imunitet predstavlja prepreku za sprovođenje istrage, glavni evropski tužilac može da podnese obrazložen pisani zahtev za njihovo ukipanje, u skladu s postupcima predviđenima pravom Unije. U slučaju da povlastica ili imunitet koji su smetnja za krivično gonjenje lica ne budu ukinuti, predmet će se odbaciti.

<sup>22</sup> U pogledu zastarelosti krivičnog gonjenja kao razloga za odbacivanje predmeta, problem može nastati usled činjenice da nacionalni propisi krivičnog materijalnog prava različito regulišu rokove zastarelosti krivičnog gonjenja. Primera radi, na ovaj problem se ukazuje u presudi Suda EU u Tariku predmetu (Case C-105/14 Taricco and others, 8 September 2015). Više o tome, vid. M. Caianiello, “Dum Romae (et Brucellae) Consultitur... Some Considerations on the Taricco Judgment and Its Consequences at National and European Level”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 1/2016, 1-17.

nisu bile poznate u trenutku donošenja odluke a koje su nakon donošenja te odluke postale poznate (član 39 stav 2 Uredbe).

#### **4.4. Uprošćeni postupak krivičnog gonjenja**

U skladu sa načelom legaliteta, istrage EJT-a bi trebalo, po pravilu, da dovedu do podizanja optužnog akta pred nadležnim nacionalnim sudovima u slučajevima u kojima ima dovoljno dokaza, a ne postoje okolnosti koje isključuju mogućnost daljeg krivičnog gonjenja. Međutim, Uredba predviđa izuzetak od načela legaliteta, propisivanjem svojevrsnog načela oportuniteta u članu 40 Uredbe (u okviru Odeljka 4 koji nosi naziv Pravila o alternativama krivičnom gonjenju).

Polazeći od toga da nacionalni pravni sistemi predviđaju razne vrste pojednostavljenih postupaka krivičnog gonjenja, koji mogu, ali ne moraju da uključuju sudski angažman, bilo je neophodno predvideti, ukoliko takve procedure postoje u državi članici, da DET ima ovlašćenja da ih primenjuje, pod uslovima predviđenim nacionalnim pravom a u situacijama predviđenim Uredbom, tj. kada iznos štete prouzrokovane krivičnim delom, nakon eventualnog povraćaja iznosa koji odgovara takvoj šteti, nije veliki. Uzimajući u obzir interes EJT-a u smislu koherentne i delotvorne politike krivičnog gonjenja, DET bi trebalo da od nadležnog stalnog veća traži odobrenje za primenu takvih postupaka, a ukoliko se pojednostavljena procedura uspešno primeni, predmet bi trebalo smatrati okončanim.<sup>23</sup>

Shodno tome, osim što nakon okončanja istrage, DET može u izveštaju stalnom veću da predloži donošenje odluke o podizanju optužnog akta ili odbacivanju predmeta iz razloga koji su taksativno navedeni u Uredbi, DET može, ukoliko je to u skladu sa primenjivim nacionalnim pravom, a po prethodnom savetovanju sa nacionalnim organima krivičnog gonjenja, da *predloži sprovođenje uprošćenog postupka krivičnog gonjenja*, čiji je cilj konačno rešavanje predmeta na osnovu dogovorenih uslova s okriviljenim. Ovakva mogućnost je predviđena: a) u pogledu *krivičnih dela iz člana 3 stav 2 tačka (a) i (b)* PIF Direktive, i b) u slučaju kada šteta koja je prouzrokovana ili bi mogla biti prouzrokovana finansijskim interesima Unije *nije veća od štete* koja je prouzrokovana ili bi mogla biti prouzrokovana drugom oštećenom licu.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> Tačka 82 Preamble Uredbe.

<sup>24</sup> Prilikom donošenja odluka o sprovodenju pojednostavljenog postupka krivičnog gonjenja, stalno veće uzima u obzir nekoliko kriterijuma: (a) težinu krivičnog dela, naročito s obzirom na iznos prouzrokovane štete; (b) spremnost okriviljenog da nadoknadi štetu prouzrokovanoj nezakonitim postupanjem; (v) usklađenost primene ovog postupka sa opštim ciljevima i osnovnim načelima po kojima postupa EJT. Ukoliko stalno veće prihvati takav predlog, DET koji vodi predmet primenjuje odredbe nacionalnog prava o pojednostavljenom postupku krivičnog gonjenja. Nakon što okriviljeni ispunili dogovorene uslove i postupak pojednostavljenog krivičnog gonjenja bude okončan, stalno veće daje uputstvo DET-u da deluje s ciljem konačnog zaključenja predmeta.

#### 4.5. Raspodela ovlašćenja u krivičnom gonjenju

KRIVIČNO GONJENJE	DET	NET	Stalno veće
<b>UPUĆIVANJE PREDMETA I PRENOS POSTUPKA</b>			✓
<b>ODLUKA DA SE PODIGNE OPTUŽNICA</b>	izveštaj	procena	✓
<b>IZBOR FORUMA</b>			✓ (u skladu sa kriterijumima iz Uredbe)
Odbacivanje predmeta	izveštaj	procena	✓ (u skladu sa nacionalnim pravom i osnovima iz Uredbe)
Pojednostavljeni postupka krivičnog gonjenja	izveštaj (u skladu sa nacionalnim pravom)	procena	✓ (u skladu sa osnovima iz Uredbe)

#### Raspodela ovlašćenja u krivičnom gonjenju

U pogledu odnosa između DET-a i stalnog veća, za razliku od *istrage* u kojoj DET donosi „ključne“ odluke primenom nacionalnog prava (a stalno veće nastupa u „kriznim“ situacijama), i *glavnog pretresa* u kom DET postupa potpuno samostalno, u skladu sa domaćim propisima o krivičnoj proceduri (uz navedene izuzetke, kada mu je za preduzimanje određenih procesnih radnji prethodno potrebno uputstvo stalnog veća), što je u skladu sa načelom subsidiariteta, procesni momenat *nakon okončanja istrage* može se označiti kao „istinski evropski“, u kom stalno veće EJT-a donosi „ključne“ odluke.

#### LITERATURA I IZVORI

- Caianiello M., “Dum Romae (et Brucsellae) Consulitur... Some Considerations on the Taricco Judgment and Its Consequences at National and European Level”, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 1/2016, 1-17; *Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union*, OJ C 326, 26.10.2012, 47–390, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>;
- Council Regulation (EU) 2017/1939 of 12 October 2017 implementing enhanced cooperation on the establishment of the European Public Prosecutor’s Office ('the EPPO')*, OJ L 283, 31.10.2017, 1–71, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017R1939&from=EN>;

- European Commission, *Proposal for a Council Regulation on the establishment of the European Public Prosecutor*, Document COM (2013) 534 final of 17 July 2013, [http://ec.europa.eu/justice/newsroom/criminal/news/130717\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/newsroom/criminal/news/130717_en.htm);
- Kessler G., „The EPPO’s contribution to the protection of the EU financial interests“, in: C. Nowak (ed.), *The European Public Prosecutor’s Office and national authorities*, Milan 2016, 1-11;
- Lohse K., „The European Public Prosecutor: Issues of Conferral, Subsidiarity and Proportionality“, in: L.H. Erkelens, A.W.H. Meij, M. Pawlik (eds), *The European Public Prosecutor Office: An Extended Arm or a Two-headed Dragon?*, Hague 2015, 166-182;
- Meij A., „Some explorations into the EPPO’s Administrative structure and Judicial Review“, in: L.H. Erkelens, A.W.H. Meij, M. Pawlik (eds), *The European Public Prosecutor Office: An Extended Arm or a Two-headed Dragon?*, Hague 2015, 101-118;
- Vervale J.A.E., “The material scope of competence of the European Public Prosecutor’s Office”, *ERA Forum* 1/2014, 85-99;
- Bugarski T., M. Pisarić, „Osnivanje i organizacija Evropskog javnog tužilaštva“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 1/2019, 17-35.

*Tatjana D. Bugarski, Ph.D., Full Professor  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
T.Bugarski@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*

## **Jurisdiction of the European Public Prosecutor's Office**

**Abstract:** *After many years of negotiations between the Member States and the institutions of the European Union, in October 2017, Regulation implementing enhanced cooperation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office was adopted. The subject of the paper is the presentation and critical analysis of certain solutions from the Regulation, which relate to the competence and scope of work of this supranational authority, in order to assess the possibilities for realizing its tasks in protecting the financial interests of the European Union.*

**Keywords:** *European Union, financial interests of the European Union, European Public Prosecutor's Office.*

Datum prijema rada: 20.02.2019.

*Dr Dragiša S. Drakić, redovni profesor  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
D.Drakic@pf.uns.ac.rs*

*Dr Ivan D. Milić, asistent sa doktoratom  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
I.Milic@pf.uns.ac.rs*

## O POJEDINIM MATERIJALNIM, PROCESNIM I IZVRŠNIM ASPEKTIMA USLOVNOG OTPUSTA\*

**Sažetak:** Ufokusu ovog rada su neke dileme u vezi sa uslovnim otpustom osuđenih lica. Reč je o spornim materijalnim, procesnim i izvršnim pitanjima uslovnog otpuštanja osuđenika koja postoje u našim aktuelnim propisima. Pažljivom analizom propisa u radu se ukazuju na određene nelogičnosti i kontradiktornosti u vezi sa uslovnim otpustom.

Predmet pažnje autora jeste uslovno otpuštanje osuđenih lica koja kaznu zatvora izdržavaju u kaznenom zavodu, ali i u prostorijama u kojima stanuju. Jedan deo rad posvećena je pojedinim pitanjima sudskog postupka u kojem se odlučuje o uslovnom otpustu. Određena pažnja posvećena je i samoj proceduru u kaznenom zavodu, kao i izvršenju uslovnog otpust.

U radu se između ostalog ukazuje i na to ko se ne može uslovno otpustiti iz kaznenog zavoda, kada osuđeni stiče pravo na podnošenje molbe, ko se poziva na ročište za uslovni otpust, da li se osuđeni može uslovno otpustiti kada izdrži tačno 2/3 izrečene kazne, kao i o modelima uslovnog otpusta.

**Ključne reči:** uslovni otpust, kućni zatvor, doživotni zatvor, izveštaj, ročište.

---

\* Rad je nastao kao rezultat rada na Projektu „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“, čiji nosilac je Pravni fakultet u Novom Sadu, Univerzitet u Novom Sadu. Rad je prezentovan na Međunarodnoj naučnoj konferenciji Pravna tradicija i novi pravni izazovi, održanoj 03. i 04.10.2019. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Novom Sadu.

## UVOD

Način da osuđeno lice „legalno“ napusti kazneni zavod pre izdržane kazne zatvora, ali uz mogućnost da se vrati na izdržavanje ostatka izrečene kazne, jeste putem dobijanja uslovnog otpusta.<sup>1</sup> Pravna priroda uslovnog otpusta je sporna. Norme o uslovnom otpustu nalaze kao u materijalnim, procesnim i izvršnim propisima. U našim aktuelnim propisima u kojima se sadržana odredbe o uslovnom otpustu nalaze se odredene nejasnoće, kao i kontradiktornosti.<sup>2</sup> Dva propisa isto pravno pitanje uređuju na različite načine. U našem krivičnom pravu možemo razlikovati tri režima povodom instituta uslovnog otpusta: a) Obavezni (mandatorni) uslovni otpust, b) Fakultativni (diskrecioni) uslovni otpust i v) zabrana uslovnog otpusta.<sup>3</sup> Smatra se da je obavezni uslovni otpust propisan u članu 46 stavu prvom stavu Krivičnog zakonika.<sup>4</sup> Fakultativni uslovni otpust, takođe, je

---

<sup>1</sup> Začetke ovog instituta nalazimo u praksi koja je u nekim državama uspostavljena još u vreme nastanka kazne zatvora kao krivične sankcije. Đorđe Ignjatović, Uslovni otpust – pravna i penološka analiza, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1/2016, 33.

<sup>2</sup> Prema podacima Uprave u 2012. godini uslovno je otpušteno 600 lica (8,14% od ukupno puštenih sa izvršenja kazne zatvora te godine), dok je 2013. godine uslovno otpušteno 1082 osuđenika (16,25% od ukupnog broja otpuštenih), 2014. godine 20,6% (1230 lica), a 2015. godine 1581 osuđenika što je 26,4 % od ukupnog broja otpuštenih sa izvršenja kazne zatvora. Izvor: Strategija za smanjenje preopterećenosti smeštajnih kapaciteta u zavodima za izvršenje krivičnih sankcija u Republici Srbiji do 2020. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 43/2017. U literaturi se smatra da uslovni otpust ima široku primenu. Sergej Aleksandrovič IOrkov, Nekotorye voprosy resocializacii uslovo-dosročno osvoboždennyih, *Sbornik materialov Vserossijskoy naučno-praktičeskoy konferencii*, Kirov, 2017, 89.

<sup>3</sup> Detaljno vid. Emir Ćorović, *Sistem krivičnih sankcija Republike Srbije*, Novi Pazar, 2015, 102. O uslovnom otpustu vid. Zoran Stojanović, *Krivično pravo – Opšti deo*, Beograd, 2009, 258-260; Zoran Stojanović, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2009, 189-191; Ljubiša Lazarević, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2006, 169-171.

<sup>4</sup> Krivični zakonik, *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016. (u daljem tekstu i: KZ). Osuđenog koji je izdržao dve trećine kazne zatvora sud će uslovno otpustiti sa izdržavanja kazne, ako se u toku izdržavanja kazne tako popravio da se može sa osnovom očekivati da će se na slobodi dobro vladati, a naročito da do isteka vremena za koje je izrečena kazna ne učini novo krivično delo. Pri oceni da li će se osuđeni uslovno otpustiti uzeće se u obzir njegovo vladanje za vreme izdržavanja kazne, izvršavanje radnih obaveza, s obzirom na njegovu radnu sposobnost, kao i druge okolnosti koje ukazuju da osuđeni dok traje uslovni otpust neće izvršiti novo krivično delo. Ne može se uslovno otpustiti osuđeni koji je tokom izdržavanja kazne dva puta kažnjavan za teže disciplinske prestupe i kome su oduzete dodeljene pogodnosti čl. 46 st. KZ. Smatra se da je ovde reč o obaveznom uslovnom otpustu jer se propisano da „sud će uslovno otpustiti“. Mada, sudu se i u ovom slučaju daje mogućnost da proceni buduće ponasanje osuđenika, te se navodi i šta se uzima u obzir. U nekim državama nije nužno da svaki osuđenik provede dve trećine kazne u kaznenom zavodu, već to vreme zavisi od vrste učinjenog krivičnog dela. Vid. Statya 79. Ugolovnyj kodeks Rossijskoj Federacii, ot 13.06.1996 N 63-FZ (red. ot 23.04.2019).

propisan drugim stavom člana 46 Krivičnog zakonika.<sup>5</sup> Zabrana uslovnog otpuštanja propisana je Zakonom o posebnim merama za sprečavanje vršenja krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima.<sup>6</sup>

Postupak za uslovno otpuštanje uređuje se Zakonom o krivičnom postupku.<sup>7</sup> Reč je o postupku koji nikako nije obavezan, već fakultativan. Da li će postupak biti pokrenut ili ne zavisi od volje osuđenog lica. Iako bi po logici stvari ZKP trebao da uređuje samo postupak „proceduru“ u kojoj se odlučuje o uslovnom otpustu, u njemu se propisuju i posebne okolnosti od kojih treba da zavisi da li će se osuđeni uslovno otpustiti ili neće.<sup>8</sup> Nepotrebno je i neopravdano da i ZKP propisuje koje okolnosti sud treba da naročito uzme u obzir prilikom odlučivanja o molbi osuđenika, jer KZ propisuju uslove.

Nemerljiv značaj prilikom donošenje odluke o uslovnom otpustu ima izveštaj o vladanju osuđenika. Izveštaj o vladanju osuđenika sačinjava se u kaznenom zavodu od strane zatvorskih vlasti. Zakon o izvršenju krivičnih sankcija<sup>9</sup> sadrži odredbe o izveštaju o ponašanju osuđenika za vreme izdržavanja kazne zatvora.<sup>10</sup> Još jedan zakon sadrži odredbe o uslovnom otpustu. Radi se o Zakonu o izvršenju vanzavodskih sankcija i mera,<sup>11</sup> u kojem se nalaze odredbe o izvršenju uslovnog otpusta.

## 1. KO SE NE MOŽE USLOVNO OTPUSTITI IZ KAZNENOG ZAVODA PO REŠENJU KRIVIČNOG ZAKONIKA?

Osuđeno lice za vreme izdržavanja kazne zatvora u kaznom zavodu ima određena prava i obaveze. Ukoliko osuđeni prekrši *zatvorska pravila*, čini disciplinski prestup. Protiv takvog osuđenika biće sproveden disciplinski postupak i uko-

---

<sup>5</sup> Zakonodavac je izdvojio određena krivična dela, te je propisao da „sud može uslovno otpustiti“ ukoliko su ispunjeni uslovi.

<sup>6</sup> Zakon o posebnim merama za sprečavanje vršenja krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima, *Službeni glasnik RS*, br. 32/2013. (u daljem tekstu i ZPM). Uslovni otpust predstavlja meru kojom se vrši individualizacija kazne i ostvaruje resocijalizacija osuđenog uz njegovo lično i aktivno učešće. Borislav Petrović, Amila Ferhatović, *Zbornik radova srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu – 2011*, 298.

<sup>7</sup> Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014. (u daljem tekstu i: ZKP).

<sup>8</sup> Veće će odmah po okončanju ročišta doneti rešenje kojim odbija ili usvaja molbu za puštanje na uslovni otpust, *pri čemu će posebno imati u vidu procenu rizika osuđenog, uspešnost u izvršavanju programa postupanja, raniju osuđivanost, životne okolnosti i očekivano delovanje uslovnog otpusta na osuđenog*. Čl. 567 st. 1 ZKP.

<sup>9</sup> Zakon o izvršenju krivičnih sankcija, *Službeni glasnik RS*, br. 55/2014. (u daljem tekstu i: ZIKS).

<sup>10</sup> Tako i u drugim državama. Vid. Статья 78. Уголовно-исполнительный кодекс Российской Федерации, от 08.01.1997 N 1-FZ (ред. от 27.12.2018) (с изм. и доп., вступ. в силу с 08.01.2019).

<sup>11</sup> Zakonom o izvršenju vanzavodskih sankcija i mera, *Službeni glasnik RS*, br. 55/2014, i 87/2018.

liko se utvrdi postojanje disciplinskog prestupa i odgovornosti osuđenog, istom će se izreći disciplinska mera. Disciplinski prestupi su propisani Zakonom o izvršenju krivičnih sankcija, i dele se na teže i lakše. Činjenje disciplinskog prestupa ukazuje na to da se osuđeni ne vlada po zatvorskim propisima, što na određeni način<sup>12</sup> može da dovede do zaključka da se osuđeni nije resocijalizovao tj. da nije postignuta svrha kažnjavanja.<sup>13</sup> Prema rešenju Krivičnog zakonika, ne može se uslovno otpustiti osuđeni koji je tokom izdržavanja kazne dva puta kažnjavan za teže *disciplinske prestupe* i kome su oduzete dodeljene pogodnosti. Ovakvo rešenje je propisano Zakonom o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz 2016. godine,<sup>14</sup> jer po ranijem rešenju KZ, u pogledu uslovnog otpuštanja, nije se pravila razlika između težih i lakših disciplinskih prestupa.

Sve do 2016. godine KZ je zabranjivao otpuštanje osuđenog koji je tokom izdržavanja kazne dva puta kažnjavan za *disciplinske prestupe (bilo lakše ili teže)* i kome su oduzete dodeljene pogodnosti. Smatramo da je aktuelno rešenje prihvatljivo, jer ono pravi distinkciju između težih i lakših disciplinskih prestupa, te zabranjuje uslovno otpuštanje samo u slučaju težih.<sup>15</sup>

Svako osuđeno lice koje je disciplinski kažnjeno upisuje se *evidenciju disciplinskih mera*. Evidencija se vodi u samom kaznenom zavodu u kojem osuđenik izdržava kazna, i sadrži: ime i prezime osuđenog lica, podatke o izvršenom disciplinskom prestupu, podatke o izrečenoj disciplinskoj meri i napomenu.<sup>16</sup> Iz ove evidencije osuđeno lice se briše nakon proteka određenog vremenskog perioda. Ukoliko je osuđeni kažnen zbog težeg *disciplinskog prestupa*, briše se iz evidencije ako mu ne bude izrečena nova disciplinska mera u roku od tri godine od dana izrečene disciplinske mere.<sup>17</sup> Samo ako je osuđeni upisan<sup>18</sup> u evidenciju zbog dva učinjena disciplinska prestupa ne može se uslovno otpustiti.

---

<sup>12</sup> Namerno kažemo na određen način, jer imamo u vidu činjenice šta sve predstavlja disciplinski prestup i kako se istina utvrđuje u disciplinskom postupku. O tome vid. Dragiša Drakić, Ivan Milić, Utvrđivanje istine u disciplinskom postupku koji se vodi protiv osuđenog za vreme izdržavanja kazne zatvora, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2/2016, 475-491; Ivan Milić, Darko Dimovski, Kažnjavanje osuđenih lica – disciplinske mere, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1/2016, 219-231.

<sup>13</sup> Samo ako je postignuta svrha kažnjavanja treba dati uslovni otpust. Иља Владимираш Нумов, Елена Аркадьевна Кусакина, Подготовка осужденных к ресоциализации и применение воспитательного воздействия при организации осужденных к освобождению, *Sbornik materialov Vserossijskoj naučno-praktičeskoj konferencii*, Киров, 2017, 116.

<sup>14</sup> Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, *Sl. glasnik RS*, br. 94/2016.

<sup>15</sup> Uslovni otpust je krivičnopravna mera koja je isključivo specijalno-preventivnog karaktera (...). Zoran Stojanović, Dragana Kolarić, Nova rešenja u Krivičnom zakoniku Republike Srbije, *Bezbednost*, 3/2012, 12.

<sup>16</sup> Čl. 176 ZIKS.

<sup>17</sup> Čl. 175 ZIKS.

<sup>18</sup> Moguća je i situacija da postoje uslovi za brisanje iz evidencije, ali da do brisanja nije došlo iz različitih razloga.

## 2. SUPLETORNI ZATVOR I USLOVNO OTPUŠTANJE OSUĐENIKA?

U kaznenim zavodima u Republici nalazi se i određen broj osuđenih lica na izdržavanje tzv., supletornog zatvor. Reč je o osuđenim licima kojima je u krivičnom postupku izrečena novčana kazna, a koju iz različitih razloga nisu platila, te im je zamenjena za kaznu zatvora. Prema KZ novčana kazna se zamenuju za kaznu zatvora, tako što će za svakih započetih hiljadu dinara novčane kazne odrediti jedan dan kazne zatvora. Supletorni zatvor može da traje šest meseci, a izuzetno i jednu godinu.<sup>19</sup> U vezi sa supletornim zatvorom, postavlja se pitanje da li i ova osuđena lica imaju pravo na uslovni otpust? Čini se opravdanim, prema važećem KZ, da uslovno može da se otpusti samo lice koje je *osuđeno* na kaznu zatvora, ali ne i osuđeni koje se nalaz na izdržavanju supletornog zatvora. Supletorni zatvor predstavlja zamenu za neplaćenu novčanu kaznu koja je izrečena u krivičnom postupku. Osuđeno lice je imalo mogućnost da plati izrečenu novčanu kazne, te da na taj način *izbegne* supletorni zatvor. Supletorni zatvor se ne *izriče*, već predstavlja *zamenu za izrečenu novčanu kaznu*.<sup>20</sup>

Prema Zakonu o izvršenju krivičnih sankcija, svrha izvršenja *kazne zatvora* je da osuđeni tokom izvršenja kazne, primenom odgovarajućih programa postupanja, usvoji društveno prihvatljive vrednosti u cilju lakšeg uključivanja u uslove života posle izvršenja kazne kako ubuduće ne bi činio krivična dela. Sa druge strane, svrha izvršenja supletornog zatvora, čini se, da se ne može poistovetiti sa svrhom izvršenja kazne zatvora. Naime, *svrha kažnjanja učinjoca krivičnog dela* je ostvarena prilikom izricanja *novčane kazne*, dok je njena zamena za kaznu zatvora samo *posledica* njenog neplaćanja.

Osim toga, osuđenom licu može i da se *obustavi* izvršenje supletornog zatvora, pod uslovima koji se propisuju Krivičnim zakonikom. Ako osuđeni plati samo deo novčane kazne, sud će ostatak kazne srazmerno zameniti kaznom zatvora, a ako osuđeni isplati ostatak novčane kazne, izvršenje kazne zatvora će *obustaviti*.

---

<sup>19</sup> Ako je izrečena novčana kazna u iznosu većem od sedamsto hiljada dinara, kazna zatvora ne može biti duža od jedne godine. Vid. čl. 51 KZ.

<sup>20</sup> *Iz sudske prakse:* Nije dozvoljen uslovni otpust sa izdržavanja kazne zatvora koja se izdržava po rešenju kojim je neplaćena novčana kazna zamenjena kaznom zatvora. (*Rešenje Opštinskog suda u Aleksincu Kuo. 36/08 i Rešenje Okružnog suda u Nišu Kž. br. 1110/08*) – *Bilten Okružnog suda u Nišu br. 28/2008, Intermex, Beograd, autor sentence: predsednik Okružnog suda u Nišu Dr Danilo Nikolić*. Izvor: elektronska baza podataka, *Propisi online*, 2. mart 2019.

### 3. USLOVNO OTPUŠTANJE OSUĐENIH KOJI KAZNU ZATVORA IZDRŽAVAJU U PROSTORIJAMA U KOJIMA STANUJU

Sve do 2009. godine kazna zatvora koja je izrečena osuđenom morala je da se izvršava u kaznenom zavodu. Izmenama i dopunama Krivičnog zakonika od 2009. godine uvodi se mogućnost da se kazna zatvora koja je izrečena u *krivičnom postupku*<sup>21</sup> izvršava u prostorijama u kojima osuđeni stanuje. U vezi sa predmetom našeg interesovanja, postavlja se pitanje da li i osuđeno lice koje kaznu zatvora izdržava na ovakav način ima pravo na uslovni otpust? Možda se čini da bi uslovno otpuštanje osuđenog koji kaznu zatvora izdržava na način da ne napušta prostorije u kojima stanuje bilo suvišno, jer je osuđenom na takav način sasvim dovoljno kazna individualizovana. Međutim, osuđeno lice koje kaznu izdržava na ovakav način ima određena prava ali i obaveze, koje se razlikuju pre svega od činjenice da li se kazna zatvora izvršava uz primenu elektronskog nadzorom ili ne. Osuđenom licu mogu da se dodele određena prava za vreme izdržavanja kazne zatvora, koja se pre svega ogledaju u mogućnosti izlaska iz stana i mimo dva časa dnevno.<sup>22</sup> Za vreme izdržavanja kazne zatvora osuđeni može da se dobro vlada, te da je zaista potrebno da se uslovno otpusti.<sup>23</sup>

<sup>21</sup> Interesantno je napomenuti da kazna zatvora koja je izrečena u *prekršajnom postupku* ne može da se izvršava u prostorijama u kojima prekršajno kažnjeno lice stanju. U poređenju sa kaznom zatvora koja je propisana Krivičnim zakonom, kazna zatvora za prekršaj je kratka. Branislav Ristivojević, Ivan Milić, *Osnovi prekršajnog prava*, Novi Sad, 2018, 63. Tako da je u pojedinim slučajevima odgovornost za prekršaj stroža od krivične odgovornosti. O tome vid. Ivan Milić, Da li je krivično delo uvek najteže kazneno delo? (I deo), *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3/2016, 937-955; Ivan Milić, Da li je krivično delo uvek najteže kazneno delo? (II deo), *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3/2017, 405-415.

<sup>22</sup> Osuđeni kome je *određen kućni zatvor* ne sme napuštati prostorije u kojima stanuje, osim u slučajevima predviđenim Zakonom o izvršenju vanzavodskih sankcija i mera. Osuđeni ima pravo na boravak van prostorija u kojima stanuje u trajanju od najviše dva časa dnevno u periodu od 7 do 17 časova. Direktor Uprave, na obrazloženi predlog Poverenika, doneće odluku o oduzimanju ovog ako se utvrdi da je došlo do zloupotrebe tog prava.

<sup>23</sup> Međutim, ukoliko se osuđeno lice ne vlada *dobro*, ukoliko prekrši pravila koja za njega važe za vreme trajanja kazne, izmeniče se i sam na čin izvršenja kazne zatvora – osuđeni će se uputiti da ostatak kazne zatvora izdrži u kazneni zavod.

*Iz sudske prakse:* Osuđenog koji izdržava kaznu zatvora u prostorijama u kojima stanuje uz primenu mera elektronskog nadzora, sud može uslovno otpustiti ako je izdržao dve trećine izrečene kazne i ako se iz izveštaja Uprave za izvršenje krivičnih sankcija, Odjeljenje za tretman i alternativne sankcije nesumnjivo utvrđuje da je postignuta svrha kažnjavanja. Rešenje Osnovnog suda u Kraljevu Kuo. 21/11 od 20.05.2011. i rešenje Apelacionog suda u Kragujevcu Kž.2-632/11 od 01.06.2011.) – Bilten Višeg suda u Kraljevu, broj 3/2011, Intermex, Beograd, Autor sentence: Dragan Jovanović, sudijski pomoćnik Osnovnog suda u Kraljevu. Izvor: elektronska baza podataka, *Propisi online*, 2. mart 2019. Takode i osuđeni koje se nalazi na izdržavanju kazne zatvora kada je presuda doneta po osnovu sporazuma o priznanju krivičnog dela može da

#### 4. USLOVNO (NE)OTPUŠTANJE OSUĐENIH ZBOG KRIVIČNOG DELA PROTIV POLNE SLOBODE PREMA MALOLETNIM LICIMA?

Godine 2013. donet je Zakon o posebnim merama za sprečavanje vršenja krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima. Ovim Zakonom uvode se određena odstupanja u odnosu na Krivični zakonik, koja se na primer odnose na zabranu ublažavanje kazne, vođenje posebne evidencije, pravne posledice osude i dr. U vezi sa našim predmetom interesovanja, uslovnim otpustom, ovaj Zakon sadrži i pravila o uslovnom otpustu. Lice osuđeno na kaznu zatvora za krivično delo na koje se primenjuje ovaj Zakon<sup>24</sup> *ne može* se uslovno otpustiti. Zakonsko rešenje je eksplisitno, ni pod kojim uslovima se osuđeno lice ne može uslovno otpustiti. U vezi sa ovakvim zakonskim rešenjem postavlja se pitanje svrhe izvršenje kazne zatvora i ponašanja osuđenog lica za vreme izdržavanja kazne zatvora. Uslovni otpust o kojem *mašta* svaki osuđenik, ova kategorija osuđenika nikada ne može dobiti.

#### 5. PODNOŠENJE MOLBE ZA USLOVNI OTPUST

Uslovni otpust je *pravo* osuđenika, ali ne i njegova *obaveza*. Postupak za puštanje na uslovi otpust može da pokrene samo osuđeni ili njegov branilac<sup>25</sup>. Ne

---

se uslovno otpusti. *Iz sudske prakse*: Molba za puštanje na uslovni otpust može se podneti i u slučaju kada je presuda doneta na osnovu sporazuma o priznanju krivičnog dela. (*Rešenje Apelacionog suda u Beogradu Kž2 Po1 br. 212/12 od 22. maja 2012. i rešenje Višeg suda u Beogradu – Posebnog odjeljenja SPK Po1 br. 12/12 – Kuo Po1 27/12 od 10. maja 2012. godine*) – Bilten Višeg suda u Beogradu, broj 84, Intermex, Beograd, Priredili: Mr Aleksandar Trešnjev, sudija i Bojana Stanković, viši sudske saradnik. Izvor: elektronska baza podataka, *Propisi online*, 2. mart 2019.

<sup>24</sup> Ovaj Zakon se primenjuje na učinioce koji su prema maloletnim licima izvršili tačno određena krivična dela. Vid. čl. 3 Zakona.

<sup>25</sup> *Iz sudske prakse*: Postupak za puštanje osuđenog na uslovni otpust sa izdržavanja kazne zatvora, može se pokrenuti ne samo podnošenjem molbe osuđenog, kako je to predviđeno odredbama iz člana 522. stav 1. ZKP, već i podnošenjem molbe branionca osuđenog, s obzirom da je odredbama iz člana 76. ZKP, branilac ovlašćen da u korist okrivljenog preduzima sve radnje koje može preduzeti okrivljeni. (*Rešenje Apelacionog suda u Beogradu Kž2 1198/11 od 13. aprila 2011. i rešenje Prvog osnovnog suda u Beogradu K. 1059/11* – Bilten Apelacionog suda u Beogradu, broj 3/2011, Intermex, Beograd, Autor sentence: Nebojša Pavlović, viši sudske saradnik Apelacionog suda u Beogradu. Izvor: elektronska baza podataka, *Propisi online*, 2. mart 2019).

*Iz sudske prakse*: Branioncu koji je vršio funkciju odbrane kao izabranom branioncu do pravносnažnog okončanja krivičnog postupka nije potrebno posebno punomoćiće da u istom predmetu pokrene postupak za uslovni otpust. (...). (*Rešenje Osnovnog suda u Jagodini Kuo-7/18 od 28.03.2018. godine i rešenje Apelacionog suda u Kragujevcu KŽuo-75/18 od 17.04.2018. godine*) – Bilten Apelacionog suda u Kragujevcu, broj 1/2018, Intermex, Beograd, Sentencu priredila:

postoji mogućnost da se postupak pokrene po *službenoj dužnosti*. Postupak se pokreće podnošenjem *molbe* za uslovni otpust. Kao što je rečeno, prema KZ osuđeni ima pravo na uslovni otpust kada izdrži dve trećine izrečene kazne. S druge strane, prema ZKP osuđeni ima pravo da podnese molbu za uslovni otpust *tek* kada izdrži dve trećine kazne zatvora. Ovakvo rešenje vodi ka zaključku da osuđeni nikada ne može da se uslovno otpusti onog dana kada je izdržao *tačno* dve trećine kazne zatvora (kako propisuje KZ), već će to uvek biti duži vremenski period. Koliko će biti to biti duži period zavisi od toga koliko bude trajao *postupak* za uslovno otpuštanje, kao i sama procedura u kaznenom zavodu.

## 6. IZVEŠTAJ O VLADANJU OSUĐENIKA

Ponašanje osuđenih lica za vreme izdržavanje kazne zatvora ima nemerljiv značaj prilikom odlučivanja o molbi za uslovni otpust. Preciznije, osuđeni se može se uslovno otpustiti samo ako se u toku izdržavanja kazne zatvora popravio.<sup>26</sup> Imajući u vidu činjenicu da *sud* odlučuje o uslovnom otpustu, i to na ročištu na kojem osuđeni *po pravilu* nije prisutan, logično pitanje koje se postavlja jeste na osnovu kojih *dokaza* sud može da utvrdi da li je opravdano ili nije opravdano da dozvoli uslovno otpuštanje osuđenika. Život u zatvoru uređen je strogim pravilima, i to kako zakonima tako i podzakonskim aktima, ali i odlukama zatvorskih vlasti. Zatvorske vlasti stalno nadziru i kontrolišu osuđenika za vreme dok se nalazi u kaznenom zavodu. Ponašanje osuđenika u kaznenom zavodu se stalno vrednuje i ono utiče na individualizaciju kazne u toku izvršenja. Osuđenik se konstantno „ocenjuje“, a sve to utiče na njegovo napredovanje ili nazadovanje.

S obzirom na to, da osuđenik izdržava kaznu zatvora u kaznenom zavodu (izuzetno i u prostorijama u kojima stanuje) zatvorske vlasti u kaznenom zavodu u kojem osuđeni izdržava kaznu zatvora su jedini merodavni da „svedoče“<sup>27</sup> o ponašanju osuđenog lica. To se čini putem izveštaja,<sup>28</sup> izuzetno i putem predstav-

Nevena Marković, *sudijski pomoćnik Apelacionog suda u Kragujevcu*. Izvor: elektronska baza podataka, *Propisi online*, 2. mart 2019.

<sup>26</sup> Vid. čl. 46 KZ.

<sup>27</sup> O problemima ocenjivanja osuđenih lica u kontekstu dobijanja uslovnog otpusta vid. Aleksandr Nikolaevič Balamut, Актуальные вопросы системы оценивания степени готовности осужденных с пожизненными сроками отбывания наказания к условно-досрочному освобождению, Сборник материалов Всероссийской научно-практической конференции, Kirov, 2017, 138-139.

<sup>28</sup> Procenu karakteristika osuđenih i rizika recidivizma vrše stručnjaci zaposleni u zatvorima, na osnovu molbe za dodelu uslovnog otpusta. Goran Jovanić, Vera Petrović, Uslovno otpuštanje u praksi okružnog zatvora i nadležnih sudova, Specijalna edukacija i rehabilitacija (Beograd), br. 1/2017, 69. Kako precizira ZIKS (čl. 47 st. 2): zavod je dužan da sudu u svom izveštaju da i mišljenje

nika zavoda. Sudsko veće sudi osuđenom licu (odlučuju o uslovnom otpustu)<sup>29</sup>, koji nije prisutan u sudnici (na ročištu). Svakako je moguće da pojedini član sudskog veća ima od ranije saznanja o osuđenom licu, jer je možda reč o povratniku, ali to ne sme da bude kriterijum za donošenje odluke od uslovnom otpustu. Svakako ako je član sudskog veća već postupao po predmetu on mora biti izuzet iz predmeta.<sup>30</sup> Izveštaj iz kaznenog zavoda treba da bude sačinjen objektivno, da zaista prikaže pravu sliku o osuđeniku. Imajući u vidu značaj izveštaja pred sudom, kao i sve druge pojedinosti u vezi sa postupkom za uslovni otpust čini se da zatvorske vlasti, iako formalno ne odlučuju o uslovnom otpustu, imaju možda i *presudan* uticaj na donošenje odluku o uslovnom otpustu. Zato se može zaključiti da je nadležnost za uslovno otpuštanje osuđenika podeljena između suda i za-

---

o stepenu ispunjenosti programa postupanja i opravdanosti uslovnog otpusta. U vezi sa sadržajem izveštaja iz kaznenog zavoda i ZKP propisuje šta on mora da sadrži: (...) veće će zatražiti izveštaj od zavoda u kojem osuđeni izdržava kaznu zatvora o njegovom vladanju i drugim okolnostima koje pokazuju da li je postignuta svrha kažnjavanja, kao i izveštaj poverenika iz organa uprave nadležnog za izvršenje krivičnih sankcija (čl. 564 st. 2). Nije teško doći do zaključka da ZIKS i ZKP jednu pravo pitanje (sadržaj izveštaja) uređuju na različite načine. Iako to nije slučaj sa svim zemljama u kojima je krivičnopravni ekspanzionizam došao do izražaja, u Srbiji se primećuje i izrazito nemaran odnos i prema „zanatskom“ delu posla, tj. prema pisanoj norme i poštovanju pravila legislativne tehnike, što stvara i suštinske probleme. Zoran Stojanović, Krivično pravo u doba krize, *Branič*, br. 1-2. 2011, 40.

Vid. Krivično odelenje – pitanja i odgovori – Krivični zakonik – Uslovni otpust (član 46. KZ).  
71. Šta mora da sadrži izveštaj KPZ u postupku po molbi za uslovni otpust? Da li je potrebno da se KPZ decidirano izjasni da li je ostvarena svrha kažnjava (član 46. KZ)? Odgovor: Zavod za izvršenje kazne zatvora se u izveštaju o vladanju i ponašanju osudenog za vreme izdržavanja kazne, ne mora decidno izjašnjavati o tome da li je u odnosu na to lice postignuta svrha kažnjavanja s obzirom da je to predmet ocene suda koji odlučuje o uslovnom otpustu ali je neophodno da sadrži podatke o njegovom vladanju, radnom angažovanju i drugim okolnostima na osnovu kojih podataka sud može oceniti da li su ostvareni uslovi iz člana 46. stav 1. KZ. (*Tekst odgovora utvrđen je na sednici Krivičnog odelenja Vrhovnog kasacionog suda 15.4.2014. godine*) – *Bilten Vrhovnog kasacionog suda, broj 1/2015, Intermex, Beograd*. Izvor: elektronska baza podataka, *Propisi online*, 2. mart 2019.

<sup>29</sup> Najdiskutabilnije pitanje vezano za uslovni otpust jeste pitanje organa koji odlučuje o uslovnom otpustu. Darko Radulović, *Kratkotrajna kazna lišenja slobode i njene alternative*, Podgorica, 2008, 172. (doktorska disertacija).

<sup>30</sup> Vid. Krivično odelenje – pitanja i odgovori – Izuzeće – Uslovni otpust – odlučivanje o puštanju i izuzeće ranije postupajućeg sudsije u predmetu. 6.4. Član 563. ZKP-uslovni otpust, kod primene ovog člana sporno je da li može biti predsednik ili član veća sudija koji je postupao po predmetu ili je vodio istragu? Odgovor: Ranije postupanje sudije u predmetu predstavlja razlog za njegovo obavezno izuzeće prilikom odlučivanja o puštanju na uslovni otpust a na osnovu odredbe člana 37. stav 1. tačka 4) ZKP. (U ovom smislu i odluka Vrhovnog kasacionog suda Kzz 203/10 od 26.01.2011. godine.) (*Tekst odgovora utvrđen je na sednici Krivičnog odelenja Vrhovnog kasacionog suda 4.4.2014. godine*) – *Bilten Vrhovnog kasacionog suda, broj 1/2015, Intermex, Beograd*. Izvor: elektronska baza podataka, *Propisi online*, 2. mart 2019.

tvorski vlasti.<sup>31</sup> Retko kada će se desiti da je izveštaj o osuđeniku pozitivan<sup>32</sup>, a da sud ne usvoji molbu za uslovni otpust, kao i da je izveštaj negativan a da sud usvoji molbu osuđenika. Osim toga, predstavnik zavoda, ukoliko je prisutan na ročište za uslovni otpust je „glavni svedok“ ponašanja osuđenika u kaznenom zavodu.

U vezi sa *vremenom* koje protekne od dana podnošenja molbe za uslovni otpust do dana otpuštanja osuđenika iz kaznenog zavoda, značajan je i izveštaj o ponašanju osuđenika. Reč je o tome da osuđeni podnosi molbu kada je izdržao dve trećine izrečene kazne zatvora, koju podnosi preko zavoda.<sup>33</sup> Da bi molba osuđenika bila dostavljena sudu, opet, je potrebno određeno vreme. Po prijemu molbe sud će ispitati da li su ispunjeni uslovi za njeno podnošenje, te ukoliko je su zatražiće izveštaj iz kaznenog zavoda. Dakle, sada sud traži od zavoda izveštaj o vladanju osuđenika, i tek kada zahtev stigne u kazni zavod zatvorske vlasti sačinjavaju izveštaj. Nakon što se izveštaj sačini, on se takođe preko zavoda dostavlja sudu, koji nakon dostavljanja zakazuje ročište. Nije teško zaključiti da je za sve ove radnje potrebno određeno vreme. Međutim, ni tu se ne završava problem sa vremenom. Moguće je da izveštaj iz kaznenog zavoda sadrži određenje manjkavosti, ili da ne sadrži one podatke koji su neophodni da bi sud stekao pravu „sliku“ o vladanju osuđenika, što utiče na to da sud ne može da doneše odluku o uslovnom otpustu. U tom slučaju sud će zatražiti *dopunski izveštaj*.<sup>34</sup> Jasno je da je i za dobijanje dopunskog izveštaja potrebno određeno vreme.<sup>35</sup>

<sup>31</sup> Kada je reč o osuđenom koji izdržava kaznu zatvora u prostorijama u kojima stanuje izveštaj o vladanju osuđenika podnosi onaj organ koji je nadležan za izvršenje kazne. Poslove izvršenja sprovodi organizaciona jedinica nadležna za alternativne sankcije, u okviru Uprave za izvršenje krivičnih sankcija. U okviru Povereničke službe obrazuju se povereničke kancelarije za područje teritorijalne nadležnosti jednog ili više viših sudova. Čl. 3 Zakona o izvršenju vanzavodskih sankcija i mera.

<sup>32</sup> O tome šta mora da sadrži izveštaj vid. Nela Krstić, Bratislav Janković, Miljan Krstić, *O uslovnom otpustu iz ugla službenika tretmana, Krivične i prekršajne sankcije i mere: izricanje, izvršenje i uslovni otpust*, Tematski zbornik radova međunarodnog značaja, Palić, 2016, 469-472.

<sup>33</sup> Osuđeni koji izdržava kaznu u kaznenom zavodu nema mogućnost da pošalje bilo koje pismeno sudu, porodicu ili drugom organu osim preko zavoda. Međutim, moguće je da osuđeni pošalje molbu za uslovni otpust u izuzetnim slučajevima i neposredno sudu ili preko pošte, i to prilikom korišćena proširenih prava i pogodnosti van zavoda. U slučaju da branilac osuđenog podnosi molbu, podnošenje se ne obavlja preko zavoda.

<sup>34</sup> O ovom problemu više vid. Darko Dimovski, Iva Popović, *Uslovni otpust – normativni i praktični aspekt*, *NBP – Žurnal za kriminalistiku i pravo*, br. 2/2017, 56.

<sup>35</sup> *Iz sudske prakse:* Prilikom odlučivanja o osnovanosti molbe za puštanje na uslovni otpust eksplisitno se ne uzima u obzir okolnost u pogledu dužine trajanja neizdržanog dela kazne zatvora, a kao što je to prвostepeni sud učinio, sve imajući u vidu da je u konkretnom slučaju već zadovoljen formalni uslov u pogledu dela izdržane kazne zatvora, već je potrebno izvrsiti detaljniju ocenu vladanja i ponašanja osuđenog u penalnim uslovima, njegov stav prema izvršenom

## 7. KO PRISUSTVUJE ROČIŠTU ZA USLOVNI OTPUST?

Predsednik veća *naredbom* određuje dan, čas i mesto održavanja ročišta za odlučivanje o molbi za puštanje na uslovni otpust.<sup>36</sup> Kako bi se *ročište* održalo potrebno je i da mu odredena lica prisustvuju.<sup>37</sup> ZKP pravi razliku u pogledu nekoliko stvari. Prvo, sudiji se daje diskreciono ovlašćenje u pogledu toga da li će *osuđenog* pozvati da prisustvuje ročištu. Na ročište predsednik veća poziva osuđenog ako *oceni* da je njegovo prisustvo potrebno. U tom slučaju osuđeni koji izdržava kaznu u kaznenom zavodu mora da se *sproveđe* do suda. Imajući u vidi pravila o izvršenju kazne zatvora, tačnije pravila o tome u kojem kaznenom zavodu osuđeni izdržava kaznu zatvora,<sup>38</sup> osuđeni *ne mora* da izdržava kaznu zatvora na teritoriji onog suda koji mu je sudio u prvom stepenu, tj. na teritoriji onog suda koji odlučuje o uslovnom otpustu. To znači da je za sprovođenje osuđenika do suda koji odlučuje o uslovnom otpustu potrebo vreme, ali i određena *materijalna* sredstva.<sup>39</sup>

U pogledu ostalih lica ZKP propisuje ko se poziva na ročište, ali i ko se poziva pod određenim uslovom. Ako osuđenim ima branioca i on će se pozvati. *Javni tužilac* koji postupa pred sudom koji odlučuje o molbi se uvek poziva.

---

krivičnom delu, a koje sve okolnosti se utvrđuju na osnovu izveštaja ustanove u kojoj osuđeni izdržava kaznu i koji izveštaj mora biti kompletan, a ukoliko isti izveštaj ne sadrži dovoljno podataka o navedenim okolnostima, prvostepeni sud je dužan da zatraži dopunski izveštaj KPZ-a. (...). (*Rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu posl. br. Kž. 2 1862/13 od 19.06.2013. godine, kojim je ukinuto rešenje Višeg suda u Novom Sadu posl. br. Kuo. 157/13 od 22.05.2013. godine*) – *Bilten Višeg suda u Novom Sadu, broj 4/2013, Intermex, Beograd, Autor sentence: sudija Svetlana Tomić – Jokić, Viši sud u Novom Sadu*. Izvor: elektronska baza podataka, *Propisi online*, 2. mart 2019.

<sup>36</sup> Čl. 565 st. 1 ZKP. O postupku za uslovni otpust vid. Milan Škulić, Tatjana Bugarski, *Krivično procesno pravo*, Novi Sad, 2015, 591-592; Momčilo Grubač, *Krivično procesno pravo*, Beograd, 2008, 536; Ranko Sokolović, *Zakonik o krivičnom postupku: praktična primena*, Beograd, 2007, 1368-1370.

<sup>37</sup> Ročište za odlučivanje o molbi za puštanje na uslovni otpust, koje se u određenoj meri zasniva na načelu raspravnosti, počinje iznošenjem razloga za uslovni otpust od strane branioca, a u slučaju da je branilac odsutan, ili ako osuđeni nema branioca, predsednik veća ukratko izlaže razloge za podnošenje molbe. Milan Škulić, *Uslovni otpust sa stanovišta krivičnog materijalnog i krivičnog procesnog prava, Krivične i prekršajne sankcije i mere: izričanje, izvršenje i uslovni otpust*, Tematski zbornik radova međunarodnog značaja, Palić, 2016, 379.

<sup>38</sup> Propis koji uređuju u kojem kaznenom zavodu osuđeni izdržavaju kaznu za je Pravilnik o upućivanju osuđenih, prekršajno kažnjjenih i pritvorenih lica u zavode za izvršenje krivičnih sankcija, *Sl. glasnik RS, br. 31/2015*.

<sup>39</sup> Iako je potrebno vreme i novčana sredstva, smatramo da je prisustvo osuđenog lica važno za donošenje odluke o uslovnom otpustu.

Takođe, ako je izveštaj o vladanju osuđenika pozitivan,<sup>40</sup> poziva se i *predstavnik* zavoda u kojem osuđeni izdržava kaznu zatvora.<sup>41</sup>

## 8. KADA SE OSUĐENI OTPUŠTA IZ KAZNENOG ZAVODA NAKON ŠTO JE SUD USVOJIO NJEGOVU MOLBU?

Veće koje odlučuje o molbi za uslovni otpust odmah po okončanju ročišta donosi *rešenje* kojim odbija ili usvaja molbu za puštanje na uslovni otpust. Ukoliko je sud doneo rešenje kojim usvaja molbu osuđenog, postavlja se pitanje kada će osuđeni biti uslovno otpušten – kada će *napustiti* kazneni zavod. Da bi se osuđeni, čija je molba za uslovni otpust usvojena, otpustio iz kaznenog zavoda potrebno je da sudska odluka o uslovnom otpustu bude dostavljana kaznenom zavodu u kojem osuđeni izdržava kaznu zatvora. ZKP propisuje da se rešenje o usvajanju ili odbijanju uslovnog otpusta dostavlja i *zavodu* u kojem osuđeni izdržava kaznu, što je sasvim logično. Svakako da je potrebno da prođe određeno vreme kako bi rešenje suda bilo dostavljeno kaznenom zavodu.

Nadalje, i kada rešenje suda (kojim se usvaja molba za uslovno otpuštanje) bude dostavljena u kazneni zavod, opet, je potrebno da prođe određeno vreme kako bi osuđenik bio otpušten iz zavoda.

Kao što postoji određena procedura prilikom dolaska osuđenika na izdržavanje kazne zatvora, tako postoji i procedura prilikom otpuštanja (izlaska) iz kaznenog zavoda. Drugim rečima, potrebno je da protekne određeno vreme kako bi se sprovela zatvorska procedura. Koliko vremena može najduže da protekne od kada sud dostaže odluku zavodu dok osuđeni „*napusti*“ kazneni zavod uređu-

---

<sup>40</sup> Postavlja se pitanje zašto se predstavnik zavoda ne poziva iako je izveštaj negativan? Da li to onda znači, da, ukoliko je izveštaj negativan, tada se predstavnik zavoda ne poziva iz razloga što će sud po automatizmu odbiti molbu osuđenog? Potrebno je prisustvo predstavnika zavoda bilo da je izveštaj pozitivan ili negativan, iz razloga što upravo on treba da se usmeno izjasni o izveštaju, tj. da još jednom pred sudom da obrazloženje zašto je izveštaj pozitivan ili negativan. Vid. Ivan Milić, *Individualizacija kazne zatvora – kriminološki, krivičnopravni i penološki aspekti*, Novi Sad, 2017, 439. (doktorska disertacija).

<sup>41</sup> Vid. Krivično odelenje – pitanja i odgovori – Postupci za ostvarivanje prava osuđenog – Postupak za puštanje na uslovni otpust – Odlučivanje o uslovnom otpustu – Prisustvo predstavnika zavoda (u kome osuđeni izdržava kaznu zatvora) – obaveza ili mogućnost. 67.3. Da li je obavezno prisustvo predstavnika zavoda kod odlučivanja o uslovnom otpustu u smislu člana 565. stav 2. ZKP? ODGOVOR: Odredbom člana 565. stav 2. ZKP propisano je da se na ročište za odlučivanje o molbi za uslovni otpust poziva predstavnik zavoda u kome osuđeni izdržava kaznu zatvora, ako je izveštaj pozitivan i predstavnik zavoda ne mora biti prisutan ukoliko je uredno obavešten a predlog je potpuno i jasno obrazložen. U suprotnom, predstavnik zavoda mora biti prisutan. (*Tekst odgovora utvrđen je na sednici Krivičnog odjeljenja Vrhovnog kasacionog suda 4.4.2014. godine*) – Bilten Vrhovnog kasacionog suda, broj 1/2015, Intermex, Beograd. Izvor: elektronska baza podataka, *Propisi online*, 2. mart 2019.

je Zakon o izvršenju krivičnih sankcija. Zavod je dužan da u ovom slučaju osuđenika otpusti istog dana po prijemu odluke, a najkasnije u roku od 24 časa.<sup>42</sup>

## 9. MODELI USLOVNOG OTPUSTA

Ukoliko sud utvrdi da uslovno otpusti osuđeno lice, to još uvek ne znači da je sud doneo konačnu odluku o uslovnom otpustu. Nakon što je sud doneo odluku da suđenog uslovno iz kaznenog zavoda potrebno je da odluči i po kojem „modelu“<sup>43</sup> će uslovno otpustiti osuđenika. Na osnovu naših propisa razlikuju se tri modela uslovnog otpuštanja osuđenog iz kaznenog zavoda: 1. Uslovni otpust bez ikakvih obaveza za osuđenog. U ovom slučaju osuđeni nema nikakve obaveze za vreme uslovnog otpusta; 2. Uslovni otpust uz krivičnopravne obaveze. Zakonom o izvršenju vanzavodske sankcije i mera se propisuju koje su to krivičnopravne obaveze;<sup>44</sup> 3. uslovni otpust uz elektronski nadzor. ZKP propisuje da se osuđeno

<sup>42</sup> Čl. 183 Zakona o izvršenju krivičnih sankcija. Više o otpuštanju osuđenih lica iz kaznenog zavoda vid. Ivan Milić, Darko Dimovski, Otpuštanje osuđenog lica iz kaznenog zavoda, *Bezbjednost, Policija, Građani*, br. 2/2018, 75-86.

<sup>43</sup> Mi u ovom radu pod modelom uslovnog otpusta mislimo na individualizaciju uslovnog otpusta, o tome u čemu se sastoji uslovni otpust, na prava i obaveze osuđenika za vreme trajanja uslovnog otpusta. U naučnoj literaturi se pod modelima uslovnog otpusta smatra i sam način dobijanja uslovnog otpusta, tako se razlikuju: modeli ranijeg otpuštanja, modeli uslovnog otpuštanja, kao i mešoviti modeli. Detaljno vid. Snežana Soković, Uslovni otpust – sporna pitanja i savremena normativna rešenja, *Crimen*, br. 1/2014, 39-41.

<sup>44</sup> Zakonom o izvršenju vanzavodske sankcije i mera propisuje se (čl. 44 st. 1): nadzor nad uslovno otpuštenim licem obavlja Poverenička služba ako je u odluci o uslovnom otpustu sud odredio da je osuđeni dužan da ispunji jednu od sledećih obaveza: 1) javljanje organu nadležnom za izvršenje zaštitnog nadzora; 2) ospozobljavanje učinjocu za određeno zanimanje; 3) Prihvatanje zaposlenja koje odgovara sposobnostima učinjocu; 4) uzdržavanje od posećivanja određenih mesta, lokala ili priredbi, ako to može biti prilika ili podsticaj za ponovno vršenje krivičnih dela; 5) blagovremeno obaveštavanje o promeni mesta boravka, adrese ili radnog mesta; 6) uzdržavanje od upotrebe droga ili alkoholnih pića; 7) posećivanje određenih profesionalnih i drugih savetovališta ili ustanova, i postupanje po njihovim uputstvima; 8) ispunjenje drugih obaveza koje su predviđene krivičnopravnim odredbama. Prema aktuelnim zakonskim rešenjima dolazi se do zaključka da krivičnopravne obaveze traju sve vreme koliko traje i uslovni otpust. Smatramo da bi bilo opravданo da se predviđi mogućnost da se obaveze mogu nakon proteka određenog vremena ukinuti ili zameniti za drugu obavezu, ukoliko za to postoje razlozi. O položaju osuđenika na uslovnom otpustu vid. Aleksandr Aleksandrovič Goršenin, Pravovoe položenie uslovno-dosročno osvoboždenniyh, *Gramota, Al'manah sovremennoj nauki i obrazovaniya*, 4/2010, 12-17; Aleksandr Aleksandrovič Rýbakov, *Kontrol' za licami, uslovno-dosročno osvoboždennymi ot otbyvaniya nakanii*, Vladimir, 2015, 95-113. (Dissertacija na soiskanie učenoj stepeni kandidata ioridičeskih nauk), na pravah rukopisi; Snežana Soković, Uslovni otpust – sporna pitanja i savremena normativna rešenja, *Zbornik radova srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu* – 2013, 375.

*Iz sudske prakse:* Krivično-procesno pravo – Trajanje nadzora i obaveza određenih uz uslovni otpust (čl. 55. Zakona o izvršenju vanzavodske sankcije i mera). Obaveze koje su odredene uz uslovni otpust i nadzor nad izvršenjem istih traju do isteka uslovnog otpusta, tako da osuđeni

lice može uslovno otpustiti uz elektronski nadzor.<sup>45</sup> Dakle, sud je u obavezi i da individualizuje uslovni otpust. Imajući u vidu činjenicu da osuđeni za vreme uslovnog otpusta može da bude pod elektronskim nadzorom, javljaju se dva značajna pitanja koja su propisana Krivičnim zakonikom.

Prvo, prema KZ ako se uslovni otpust opozove vreme provedena na uslovnom otpustu *ne uračunava* se u trajanje kazne. Ovakvo rešenje je sasvim logično, dok nije postojao uslovni otpust pod elektronskim nadzorom. Ukoliko je osuđeni uslovno otpušten uz elektronski nadzor, nije opravdano da se vreme koje je osuđeni proveo na uslovnom otpustu, u slučaju njegovog opoziva, ne uračunava u trajanje kazne. Iako je ovaj zaključak u suprotnosti sa članom 47 KZ, osuđeni koji je uslovno otpušten na ovakav način (uz elektronski nadzor), na neki način nalazi se nalazi u „kućnom zatvoru“, te je sasvim neopravdano da se to vreme ne uračunava u trajanje kazne. ovakav način izvršenja uslovnog otpusta dovodi i do zaključka da se uslovni otpust izvršava.

Dруго, prema KZ uslovni otpust može da se opozove najkasnije u roku od dve godine od dana kad je uslovni otpust istekao. Ovakvo rešenje bilo je sasvim opravdano, sve dok nije uveden model uslovnog otpusta – *elektronski nadzor osuđenika*. Ako se vreme koje je osuđeni proveo na uslovnom otpustu pod elektronskim nadzorom, kao što smo rekli, uračunava u vreme trajanja kazne, onda je i rok za opozivanje uslovne osude, dve godine od dana kada je uslovni otpust istekao, *sporan*. Ukoliko je osuđeni sve vreme dok se nalazio na uslovnom otpustu

---

nije ovlašćen da traži njihovo ukidanje. Iz obrazloženja: Branilac osuđenog je tražio da sud ukine osuđenom obavezu javljanja na svakih 10 dana povereniku, koja je istom određena rešenjem o uslovnom otpustu, zbog dobrog vladanja na slobodi. Sud je zahtev branioca odbio kao neosnovan nalazeći da obaveze odredene uz uslovni otpust i nadzor nad izvršenjem istih od strane poverenika traju do isteka kazne sa čijeg je izdržavanja osuđeni uslovno otpušten. To proizilazi iz člana 55. Zakona o izvršenju vanzavodskih sankcija i mera kojim je propisano da je poverenik dužan da nakon isteka uslovnog otpusta obavesti sud o ispunjenosti obaveza. U slučaju ako osuđeni ne ispunjava određene obaveze ili ih samo delimično ispunjava, poverenik je dužan da o tome obavesti sud koji će u roku od 8 dana doneti odluku o opozivanju uslovnog otpusta. Obaveze koje sud, shodno čl. 46 st. 3 KZ u vezi čl. 73 KZ, određuje osuđenom u odluci o uslovnom otpustu imaju karakter zaštitnog nadzora, u slučaju kada se s obzirom na ličnost osuđenog, njegov raniji život i okolnosti izvršenja krivičnog dela, može očekivati da će se nadzorom potpunije ostvariti svrha uslovnog otpuštanja. Odredivanjem obaveze prihvatanja odgovarajućeg zaposlenja osuđeni se podstiče na saradnju sa poverenikom i Nacionalnom službom za zapošljavanje da aktivno učestvuje u pronalaženju odgovarajućeg zaposlenja prema ponudama poslova na tržištu rada i time mu se pruža moralna potpora da istraje u savladavanju teškoća i dobrom vladanju na slobodi. Obaveza javljanja povereničkoj kancelariji na svakih 10 dana ima za cilj da osuđenog pripremi da bude društveno odgovoran i da se prilagodi da živi u društvenoj zajednici u skladu sa vrednostima koje u njoj važe, kako bi se ostvarila potpuna socijalna adaptacija na uslove života na slobodi. (*Rešenje Višeg suda u Nišu Kv br. 25/17 od 27.01.2017. godine*) – *Bilten Višeg suda u Nišu, broj 34/2017, Intermex, Beograd*. Izvor: elektronska baza podataka, *Propisi online*, 2. mart 2019.

<sup>45</sup> Logično je da se ovaj model odnosi samo kada je reč o osuđeniku koji kaznu zatvora izdržava u kaznenom zavodu.

bio pod elektronskim nadzorom, onda je sasvim neopravdano da uslovni otpust može da se opozove i nakon što je on istekao. U ovom slučaju uslovni otpust je *izvršen* i osuđeni je kaznu zatvora *izdržao*. Opozivanje uslovnog otpusta u ovoj slučaju ne bi imao svrhu, jer osuđeni ne bi mogao da se uputi na izdržavanje ostatka izrečene kazne zatvora u kazneni zavod, jer je kaznu *izdržao*.

## 10. USLOVNI OTPUST PREMA ZAKONU O IZMENAMA I DOPUNAMA KRIVIČNOG ZAKONIKA IZ 2019. GODINE

Kako se u nauci navodi: Poslednjih godina srpsko krivično pravo i pravo krivičnog postupka prolazi kroz veoma dinamičan period razvoja. Nacrti, predlozi izmena, dopuna ili promena, ili potpuno novi zakonski tekstovi su česti i teško je odupreti se utisku da smenjuju jedni druge velikom brzinom.<sup>46</sup> S tim u vezi, nedavno je donet Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika,<sup>47</sup> koji sadrži i određene novine u pogledu uslovnog otpusta. Novine se ogledaju u pogledu vremena izdržane kazne doživotnog zatvora, zabrane uslovnog otpuštanja i trajanja uslovnog otpusta.

### **10.1. Koliko je vremena potrebno da osuđeni izdrži kaznu prema Zakonu o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz 2019. godine**

Jedna od novina u ovom Zakona je uvodenje kazne *doživotnog zatvora*, koja nije predmet ovog rada. Međutim, predmet rad jeste uslovno otpuštanje osuđenih lica koji će biti osuđeni na kaznu doživotnog zatvora. Prema Zakona osuđeni koji izdržava kaznu *doživotnog zatvora* može se uslovno otpustiti ako je izdržao *dvadeset sedam* godina. Dakle, više ne važi opšte pravilo, da je potrebno da se izdrži dve trećine kazne.

### **10.2. Ko ne može da se uslovno otpusti prema Zakonu o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz 2019. godine – kazna doživotnog zatvora bez mogućnosti uslovnog otpuštanja?**

Ovim Zakonom, čini se po ugledu na ZPM, uvodi se zabrana uslovnog otpuštanja za pojedine učinioce krivičnih dela. Sud ne može uslovno otpustiti osu-

<sup>46</sup> Branislav Ristivojević, Istina kao glavna žrtva angloamerikanizacije domaćeg krivičnog prava: Darvinov rasad u srpskoj šumi, zbornik radova – *LV Redovno godišnje savetovanje udruženja – Suđenje u razumnom roku i drugi krivičnopravni instrumenti adekvatnosti državne reakcije na kriminalitet – Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksi – Zlatibor, septembar 2015.* 3.

<sup>47</sup> Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, *Sl. glasnik RS*, br. 35/2019., stupa na snagu 1. decembra 2019. godine.

đenog za krivična dela: teško ubistvo (član 114. stav 1. tačka 9), silovanje (član 178. stav 4), obljava nad nemoćnim licem (179. stav 3), obljava sa detetom (član 180. stav 3) i obljava zloupotrebom položaja (član 181. stav 5).<sup>48</sup> Ovakvo rešenje će u određenoj mjeri uticati na sudsku individualizaciju kazne zatvora u postupku njenog izvršenja. U vezi sa nabrojanim krivičnim delima, prvo što se može zaključiti jeste da se zabranjuje uslovno otpuštanje za pojedina krivična dela<sup>49</sup> za koja od 2013. godine već postoji zabrana uslovnog otpuštanja. Reč je o tome da je ZPM zabranio uslovno otpuštanje za pojedine učinioce krivičnih dela, a da se sada samo *ponavlja* (ne sve) ono što je 2013. godine propisano.

Međutim, uvođenjem zabrane uslovnog otpuštanja javlja se i novi problem. Uvođenje zabrane uslovnog otpuštanja, zabrana dobija novu dimenziju u odnosu zabranu koja je uvedena ZPM 2013. godine.<sup>50</sup> Reč je o tome da se sada zabranjuje davanje uslovnog otpusta za ona krivična dela za koja je propisana najmanja kazna zatvora od deset godina ili kazna doživotnog zatvora. Ako bi sud izrekao kaznu doživotnog zatvora, to bi značilo da to osuđeno lice *nema pravo* na uslovni otpust. Ovakvo rešenje zakonodavca dovodi da rešenja da se za pojedina krivična dela može izreći *kazna doživotnog zatvora bez mogućnosti uslovnog otpusta*.

### **10.3. Koliko traje uslovni otpust prema Zakonu o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz 2019. godine**

Opšte je pravilo da vreme trajanje uslovnog otpusta zavisi od toga koliko je vremena osuđeni proveo na izdržavanja kazne. Što je veće vreme provedeno na izdržavanju kazne, to znači da će osuđeni biti kraće na uslovnom otpustu. Pravilo je da vreme provedeno na izdržavanju kazne zatvora i vreme trajanja uslovnog otpusta mora da bude jednako vremenu izrečene kazne zatvora. Imajući u vidu činjenicu da se na zna koliko će *vremenski* kazna doživotnog zatvora da traje, jer se ne zna koliko će osuđeni da živi, sada se predviđa i koliko će da traje uslovni otpust. Osuđenom na kaznu doživotnog zatvora uslovni otpust traje *deset godina* od dana kada je uslovno otpušten.

---

<sup>48</sup> O značaju uslovnog otpusta za osuđenika, sam kazneni zavod i zajednicu vid. Dijana Šimpraga, Ljiljana Vukota, Probni projekt uvjetni otpusti zatvorenika, *Hrvatski ljetopis za kazne no pravo i praksu* (Zagreb), broj 2/2010, 814. Uslovni otpust ima više pozitivnih strana i može da predstavlja značajan podstrek osuđenim licima da se dobro vladaju za vreme izdržavanja kazne, kao i da (bar izvesno vreme) ne vrše krivična dela. Zoran Stojanović, Da li je Srbiji potrebna reforma krivičnog zakonodavstva?, Crimen, 2/2013, 122. Uslovni otpust je najvažnija i najstimulativnija mera koja pozitivno utiče na osudene u prihvatanju predviđenog programa penalnog tretmana. Milan Cvetanović, Uslovni otpust i praksa u Kazneno popravnom domu u Sremskoj Mitrovici, *Drugo savetovanje Udruženja za penologiju SAP Vojvodine*, Subotica, 1979, 7.

<sup>49</sup> Ne za sva dela.

<sup>50</sup> Jer nije postojala kazna doživotnog zatvora.

## ZAKLJUČAK

Logično je da se odredbe o uslovnom otpustu nalaze u zakonima/zakonika koji uređuju materijalno, procesno i izvršno pravo, s obzirom na ta da svaki propis treba da uređuju pojedina pitanja uslovnog otpuštanja. Tako Krivični zakonik treba da uređuju uslove za uslovni otpust, Zakonik o krivičnom postupku mora da uredi postupak u kojem se odlučuje u o uslovnom otpustu, dok Zakon o izvršenju krivičnih sankcija treba da uredi *zatvorsku proceduru* koja se odnosi na uslovni otpust i njegovo izvršenje. Međutim, u našim propisima ima kontradiktornosti. Osim toga, i u drugim propisima se nalaze odredbe o uslovnom otpustu. Na osnovu svega navedenog u radu može se doći do nekoliko najvažnijih zaključaka:

1. u više propisa se nalaze kontradiktorne odredbe o uslovnom otpustu;
2. osuđeno lice koje kaznu zatvora izdržava u prostorijama u kojima stanuje može da se uslovno otpusti;
3. osuđeno lice nikada ne može da napusti kazneni zavod kada izdrži tačno 2/3 izrečene kazne zatvora, kako je to propisano Krivičnim zakonom;
4. u pojedinim slučajevim moguće je da postupak za uslovni otpust traje dugo, te da će za vreme tog postupka osuđeno lice izdrži kaznu u celini;
5. postoje tri modela uslovnog otpuštanja iz kaznenog zatvora – uslovni otpust se individualizuje;
6. uslovni otpust se izvršava ako je određen elektronski nadzor ili određena krivičnopravna obaveza;
7. u slučaju kada se je uz uslovni otpust određen elektronski nadzor vreme provedeno na uslovom otpustu se uračunava u kaznu zatvora (ako se uslovni otpust opozove);
8. najznačajnije dokazno sredstvo o vladanju osuđenika predstavlja izveštaj o njegovom vladanju;
9. postoje određena kategorija osuđenika koje je zabranjeno uslovno otpustiti;
10. Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz 2019. godine proširuje krug osuđenih lica koja se ne mogu uslovno otpustiti;
11. prema odredbama Zakona o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika iz 2019. godine uvodi se kazna doživotnog zatvora bez mogućnosti uslovnog otpusta.

Imajući u vidu da je uslovni otpust za osuđeno lice najznačajnije pravo/pogodnost/privilegija, potrebno je da se preciznije uredi kako uslovi za njegovo dobijanje, tako i sam postupak u kojem se o njemu odlučuje.

## LITERATURA I IZVORI

- Баламут Александр Николаевич, Актуальные вопросы системы оценивания степени готовности осужденных с пожизненными сроками отбывания наказания к условно-досрочному освобождению, *Сборник материалов Всероссийской научно-практической конференции*, Киров, 2017.
- Горшенин Александр Александрович, Правовое положение условно-досрочно освобожденных, *Грамота, Альманах современной науки и образования*, 4/2010.
- Grubač Momčilo, *Krivično procesno pravo*, Beograd, 2008.
- Dimovski Darko, Popović Iva, Uslovni otpust – normativni i praktični aspekt, *NBP – Žurnal za kriminalistiku i pravo*, br. 2/2017.
- Drakić Dragiša, Milić Ivan, Utvrđivanje istine u disciplinskom postupku koji se vodi protiv osuđenog za vreme izdržavanja kazne zatvora, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 2/2016.
- Ignjatović Đorđe, Uslovni otpust – правна и пеналска анализа, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1/2016.
- Jovanić Goran, Petrović Vera, Uslovno otpuštanje u praksi okružnog zatvora i nadležnih sudova, *Specijalna edukacija i rehabilitacija* (Beograd), br. 1/2017.
- Юрков Сергей Александрович, Некоторые вопросы ресоциализации условно-досрочно освобожденных, *Сборник материалов Всероссийской научно-практической конференции*, Киров, 2017.
- Krstić Nela, Janković Bratislav, Krstić Miljan, O uslovnom otpustu iz ugla službenika tretmana, *Krivične i prekršajne sankcije i mere: izricanje, izvršenje i uslovni otpust*, Tematski zbornik radova međunarodnog značaja, Palić.
- Lazarević Ljubiša, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2006.
- Milić Ivan, *Individualizacija kazne zatvora – kriminološki, krivičnopravni i penaloški aspekt*, Novi Sad, 2017. (doktorska disertacija).
- Milić Ivan, Da li je krivično delo uvek najteže kazneno delo? (I deo), *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3/2016.
- Milić Ivan, Da li je krivično delo uvek najteže kazneno delo? (II deo), *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 3/2017.
- Milić Ivan, Dimovski Darko, Kažnjavanje osuđenih lica – disciplinske mere, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, br. 1/2016.
- Milić Ivan, Dimovski Darko, Otpuštanje osuđenog lica iz kaznenog zavoda, *Bezbjednost, Policija, Građani*, br. 2/2018.
- Наумов Илья Владимирович, Кусакина Елена Аркадьевна, Подготовка осужденных к ресоциализации и применение воспитательного воздействия при организации осужденных к освобождению, *Сборник материалов Всероссийской научно-практической конференции*, Киров, 2017.
- Petrović Borislav, Ferhatović Amila, *Zbornik radova srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu – 2011*.
- Radulović Darko, *Kratkotrajna kazna lišenja slobode i njene alternative*, Podgorica, 2008. (doktorska disertacija).
- Ristivojević Branislav, Istina kao glavna žrtva angloamerikanizacije domaćeg krivičnog prava: Darvinov rasad u srpskoj šumi, *zbornik radova – LV Redovno*

*godišnje savetovanje udruženja – Suđenje u razumnom roku i drugi krivično-pravni instrumenti adekvatnosti državne reakcije na kriminalitet – Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu – Zlatibor, septembar 2015.*

Ristivojević Branislav, Milić Ivan, *Osnovi prekršajnog prava*, Novi Sad, 2018.

Рыбаков Александр Александрович, *Контроль за лицами, условно-досрочно освобожденными от отбывания наказания*, Владимир, 2015. (Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук).

Soković Snežana, Uslovni otpust – sporna pitanja i savremena normativna rešenja, *Crimen*, br. 1/2014.

Soković Snežana, Uslovni otpust – sporna pitanja i savremena normativna rešenja, *Zbornik radova srpskog udruženja za krivičnopravnu teoriju i praksu – 2013*.

Sokolović Ranko, *Zakonik o krivičnom postupku: praktična primena*, Beograd, 2007.

Stojanović Zoran, Da li je Srbiji potrebna reforma krivičnog zakonodavstva?, *Crimen*, 2/2013.

Stojanović Zoran, *Krivično pravo – Opšti deo*, Beograd, 2009.

Stojanović Zoran, *Komentar Krivičnog zakonika*, Beograd, 2009.

Stojanović Zoran, Kolarić Dragana, Nova rešenja u Krivičnom zakoniku Republike Srbije, *Bezbednost*, 3/2012.

Stojanović Zoran, Krivično pravo u doba krize, *Branič*, br. 1-2. 2011.

Ćorović Emir, *Sistem krivičnih sankcija Republike Srbije*, Novi Pazar, 2015.

Šimpraga Dijana, Vukota Ljiljana, Probni projekt uvjetni otpusti zatvorenika, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* (Zagreb), broj 2/2010.

Cvetanović Milan, Uslovni otpust i praksa u Kazneno popravnom domu u Sremskoj Mitrovici, *Drugo savetovanje Udruženja za penologiju SAP Vojvodine*, Subotica, 1979.

Škulić Milan, Uslovni otpust sa stanovišta krivičnog materijalnog i krivičnog procesnog prava, *Krivične i prekršajne sankcije i mere: izricanje, izvršenje i uslovni otpust*, Tematski zbornik radova međunarodnog značaja, Palić, 2016.

Škulić Milan, Bugarski Tatjana, *Krivično procesno pravo*, Novi Sad, 2015.

\* \* \*

Zakon o izvršenju vanzavodskih sankcija i mera, *Službeni glasnik RS*, br. 55/2014, i 87/2018.

Zakon o izvršenju krivičnih sankcija, *Službeni glasnik RS*, br. 55/2014.

Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, *Sl. glasnik RS*, br. 35/2019.

Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, *Sl. glasnik RS*, br. 94/2016.

Zakon o posebnim merama za sprečavanje vršenja krivičnih dela protiv polne slobode prema maloletnim licima, *Službeni glasnik RS*, br. 32/2013.

Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014.

Krivični zakonik, *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016.

Pravilnik o upućivanju osuđenih, prekršajno kažnjenih i pritvorenih lica u zavode za izvršenje krivičnih sankcija, *Sl. glasnik RS*, br. 31/2015.

Уголовно-исполнительный кодекс Российской Федерации, от 08.01.1997 N 1-ФЗ (ред. от 27.12.2018) (с изм. и доп., вступ. в силу с 08.01.2019).

Уголовный кодекс Российской Федерации, от 13.06.1996 N 63-ФЗ (ред. от 23.04.2019).

\* \* \*

Strategija za smanjenje preopterećenosti smeštajnih kapaciteta u zavodima za izvršenje krivičnih sankcija u Republici Srbiji do 2020. godine, *Službeni glasnik RS*, br. 43/2017.

\* \* \*

Tekst odgovora utvrđen je na sednici Krivičnog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda 15.4.2014. godine – Bilten Vrhovnog kasacionog suda, broj 1/2015, Intermex, Beograd. Izvor: elektronska baza podataka, *Propisi online*, 2. mart 2019.

Tekst odgovora utvrđen je na sednici Krivičnog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda 4.4.2014. godine – Bilten Vrhovnog kasacionog suda, broj 1/2015, Intermex, Beograd. Izvor: elektronska baza podataka, *Propisi online*, 2. mart 2019.

Rešenje Apelacionog suda u Beogradu Kž2 Po1 br. 212/12 od 22. maja 2012. i rešenje Višeg suda u Beogradu – Posebnog odeljenja SPK Po1 br. 12/12 – Kuo Po1 27/12 od 10. maja 2012. godine – Bilten Višeg suda u Beogradu, broj 84, Intermex, Beograd, Priredili: Mr Aleksandar Trešnjev, sudija i Bojana Stanković, viši sudijski saradnik. Izvor: elektronska baza podataka, *Propisi online*, 2. mart 2019.

Rešenje Apelacionog suda u Beogradu Kž2 1198/11 od 13. aprila 2011. i rešenje Prvog osnovnog suda u Beogradu K. 1059/11 – Bilten Apelacionog suda u Beogradu, broj 3/2011, Intermex, Beograd, Autor sentence: Nebojša Pavlović, viši sudijski saradnik Apelacionog suda u Beogradu. Izvor: elektronska baza podataka, *Propisi online*, 2. mart 2019.

Rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu posl. br. Kž. 2 1862/13 od 19.06.2013. godine, kojim je ukinuto rešenje Višeg suda u Novom Sadu posl. br. Kuo. 157/13 od 22.05.2013. godine – Bilten Višeg suda u Novom Sadu, broj 4/2013, Intermex, Beograd, Autor sentence: sudija Svetlana Tomić – Jokić, Viši sud u Novom Sadu. Izvor: elektronska baza podataka, *Propisi online*, 2. mart 2019.

Rešenje Opštinskog suda u Aleksincu Kuo. 36/08 i Rešenje Okružnog suda u Nišu Kž. br. 1110/08 – Bilten Okružnog suda u Nišu br. 28/2008, Intermex, Beograd, autor sentence: predsednik Okružnog suda u Nišu Dr Danilo Nikolić. Izvor: elektronska baza podataka, *Propisi online*, 2. mart 2019.

Rešenje Višeg suda u Nišu Kv br. 25/17 od 27.01.2017. godine – Bilten Višeg suda u Nišu, broj 34/2017, Intermex, Beograd. Izvor: elektronska baza podataka, *Propisi online*, 2. mart 2019.

Rešenje Osnovnog suda u Kraljevu Kuo. 21/11 od 20.05.2011. i rešenje Apelacionog suda u Kragujevcu Kž.2-632/11 od 01.06.2011. – Bilten Višeg suda u Kraljevu, broj 3/2011, Intermex, Beograd, Autor sentence: Dragan Jovanović, sudijski pomoćnik Osnovnog suda u Kraljevu. Izvor: elektronska baza podataka, *Propisi online*, 2. mart 2019.

*Dragiša S. Drakić, Ph.D., Full Professor  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
D.Drakic@pf.uns.ac.rs*

*Ivan D. Milić, Assistant with Ph.D.  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
I.Milic@pf.uns.ac.rs*

## **On certain Material, Procedural and Executive Aspects of Conditional Release<sup>51</sup>**

**Abstract:** *The focus of this work are some of the dilemmas in connection with the conditional release of convicts. The authors address controversial material and procedural issues, as well as questions of execution of the conditional release of convicts, which exist in our current regulations. By carefully analyzing the relevant regulations the work indicates certain errors in logic and contradictions in connection with conditional release.*

*The subject of the authors attention is the conditional release of convicts serving their sentence in a penitentiary, but also in the premises in which the convict resides. A part of the work is dedicated to questions of the court procedure in which petitions for conditional release are decided on. Attention was also given to the procedure in the penitentiary and the execution of the conditional release.*

*The work, among other things, also highlights who is not eligible for release from penitentiary on parole, when a prisoner gains the right to request parole, who is to be invited to the parole hearing, whether or not a convict can be released on parole when he has served exactly 2/3 of his sentence, as well as parole models.*

**Keywords:** *conditional release, house arrest, life sentence, report, hearing.*

Datum prijema rada: 04.10.2019.

---

<sup>51</sup> This paper has been presented at the International Scientific Conference *Legal Tradition and New Legal Challenges*, held on October 3<sup>rd</sup> and 4<sup>th</sup>, 2019, at the University of Novi Sad Faculty of Law.



*Dr Bojan L. Pajtić, redovni profesor  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
B.Pajtic@pf.uns.ac.rs*

## PRAVNA ZAŠTITA OD ŠTETE NASTALE ZAGAĐIVANJEM ŽIVOTNE SREDINE\*

**Sažetak:** Intenzivan industrijski i tehnološki razvoj predstavlja povećanu opasnost za životnu sredinu. Često su posledice zagađivanja životne sredine neotklonjive, a preveniranje štete je, po pravilu, jeftinije nego saniranje štete koja je već nastupila. Upravo zbog toga, u uporednom, ali i domaćem zakonodavstvu, primena preventivnih mera ima prioritet u odnosu na mere represivnog karaktera. Ukoliko, pak, preventivne mere zakažu, a šteta nastupi, građanima stoji na raspolaganju čitav niz restitutivnih mera. U radu je izvršena analiza međunarodnih deklaracija, direktiva, konvencija i drugih pravnih propisa kojim se štite države i građani od štete u oblasti ekologije. Iz ovakvih međunarodnih dokumenata proizlazi i čitav niz obaveza koje Republika Srbija, kao članica Ujedinjenih nacija i država kandidat za članstvo u Evropskoj uniji, mora ispuniti, odnosno, čitav niz odredaba iz navedenih međunarodnih pravnih propisa koje mora implementirati u svoje zakone i podzakonske akte. Poseban odeljak u ovom tekstu posvećen je našem pozitivnom zakonodavstvu u oblasti pravne zaštite od štete nastale zagađivanjem životne sredine. Analiza trenutnog stanja u oblasti ekološke pravne regulative i prakse, dovela je do konkretnih zaključaka i predloga autora, u pravcu poboljšanja nezavidnog položaja prava zaštite životne sredine, sa posebnim osvrtom na mehanizme pravne zaštite od štete nastale zagađivanjem životne sredine.

**Ključne reči:** ekološka šteta, ekološka tužba, životna sredina, zagađivač.

---

\* Rad je nastao kao rezultat istraživanja na projektu „Pravna tradicija i novi pravni izazovi“ Pravnog fakulteta u Novom Sadu u toku 2018-te godine.

## UVOD

Štetne posledice zagađivanja životne sredine su, najčešće, veoma teško nadoknadive, a često i fatalne za čitava područja naše planete. Konsekvene neodgovornog odnosa prema planeti na kojoj živimo će osetiti generacije koje dolaze posle nas, mnogo više i teže nego njihovi roditelji. Često su posledice zagađivanja životne sredine neotklonjive, a preveniranje štete je, po pravilu, jeftinije nego saniranje štete koja je već nastupila. Upravo zbog toga, u uporednom, ali i domaćem zakonodavstvu, primena preventivnih mera ima prioritet u odnosu na mere represivnog karaktera.<sup>1</sup> Ovakav pristup je dominantan još od Stokholmske deklaracije iz 1972. godine,<sup>2</sup> koja predstavlja prvi međunarodni dokument koji govori o pravu na zdravu životnu sredinu. U njoj se, kao osnovni ciljevi ekološkog razvoja, navode smanjenje rizika u pogledu uslova života i poboljšanje kvaliteta života. I teoretičari nepodeljeno stoje na stanovištu da se “najbolja politika životne sredine sastoji u sprečavanju stvaranja zagađenja i neugodnosti na njihovom izvoru, pre nego na naknadnom suzbijanju njegovih posledica”<sup>3</sup>.

## NORMATIVNI OKVIR I PRAKSA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Prilikom realizacije pomenutih ciljeva insistira se i na višem stepenu pažnje onih subjekata, čija delatnost u uslovima intenzivnog industrijskog i tehnološkog razvoja predstavlja povećanu opasnost za životnu sredinu. Proces izrade i usvajanja Stokholmske deklaracije pratilo je donošenje Odluke o osnivanju centralnog organa Ujedinjenih nacija čiji je osnovni zadatak bio da se bavi pitanjima zaštite životne sredine i koordinacijom aktivnosti na realizaciji Programa Ujedinjenih nacija za životnu sredinu – UNEP<sup>4</sup> koja je započeta 1973. godine. Domaći Ustavi koji su donošeni nakon Stokholmske deklaracije, nezavisno od toga da li su bili donošeni na nivou nekadašnje jugoslovenske državne zajednice, ili na nivou Republike Srbije, sledili su opredeljenja Stokholmske deklaracije i drugih ratifikovanih međunarodnih pravnih propisa. Danas važeći Ustav Srbije u članu 74. jasno naglašava da „svako ima pravo na zdravu životnu sredinu i na blagovremeno i

---

<sup>1</sup> O prevenciji u oblasti zaštite životne sredine u Evropskoj uniji videti više kod: Bojan Tubić, Pravna načela u oblasti zaštite životne sredine u Evropskoj uniji, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1/2012, str. 501 i 502.

<sup>2</sup> Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment,

<http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?documentid=97&articleid=1503>

<sup>3</sup> Nicolas de Sadeleer, Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules, Oxford University Press 2005, str. 68.

<sup>4</sup> United Nations Environment Programme, <http://www.unep.org/>

potpuno obaveštavanje o njenom stanju. Svako, a posebno Republika Srbija i autonoma pokrajina, odgovoran je za zaštitu životne sredine. Svako je dužan da čuva i poboljšava životnu sredinu.<sup>5</sup>

Pravo na zdravu životnu sredinu nije našlo svoje mesto u Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima<sup>6</sup> iz 1950. godine. Međutim, Evropski sud za ljudska prava, koji se u slučajevima ekoloških tužbi dugo proglašavao nenađežnim, pronašao je modalitete koji su mu omogućili da u svoju nadležnost preuzme i slučajeve koji se odnose na ugrožavanje životne sredine.<sup>7</sup> Najčešće je, u tu svrhu, korišćen član 8. Konvencije, koji se odnosi na pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života. Prema ovom članu, „svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske.“ Tako je, primera radi, postupljeno u presudi od 21. februara, u slučaju „Powell and Rayner v. the United Kingdom“, kada se sud pozvao na pomenuti član Konvencije, naglašavajući da je buka, koju su proizvodili avioni koji su poletali i sletali sa aerodroma Hitrou, ugrozila porodični život tužilaca koji su živeli u neposrednoj blizini aerodroma.<sup>8</sup>

## ZAŠTITA OD ŠTETE NASTALE ZAGAĐIVANJEM ŽIVOTNE SREDINE U SRPSKOM PRAVU

U našem pravnom sistemu je Zakon o obligacionim odnosima,<sup>9</sup> u odredbama koje se odnose na objektivnu odgovornost za naknadu štete, primenio rešenje kojim je postrožena odgovornost za štetu nastalu u vezi sa opasnom stvari, odnosno, opasnom delatnošću. Tako se, za štetu od stvari ili delatnosti, od kojih potiče povećana opasnost štete za okolinu, odgovara bez obzira na krivicu.<sup>10</sup> Dakle, govoreci u kontekstu zaštite životne sredine, za zasnivanje odgovornosti nije pravno relevantno da li je postojala krivica zagađivača, odnosno, da li je odgovorno lice postupalo na protivpravan način. Istim zakonom uspostavljena je i takozvana „ekološka tužba“ (termin koji se najčešće koristi, iako nije potpuno nesporan u

---

<sup>5</sup> Ustav Republike Srbije, Službeni glasnik RS, br. 98/2006.

<sup>6</sup> European convention on human rights, [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf)

<sup>7</sup> Opširnije o ovome kod: Daniel García San José, Environmental protection and the European Convention on Human Rights, Council of Europe Publishing, F-67075 Strasbourg Cedex, 2005, str. 5-16.

<sup>8</sup> Primer preuzet od: Daniel García San José, Environmental protection and the European Convention on Human Rights, Council of Europe Publishing, F-67075 Strasbourg Cedex, 2005, str. 11 i 12.

<sup>9</sup> Zakon o obligacionim odnosima, Sl. List SFRJ“, br. 29/78, 39/85, 57/89 i „Sl. List SRJ“ 31/93.

<sup>10</sup> Zakon o obligacionim odnosima, član 154, stav 1, tačka 2.

teoriji), koja ima karakter „popularne tužbe“ (*actio popularis*).<sup>11</sup> Ovu tužbu nazivamo popularnom tužbom zato što svako može zahtevati od drugoga da ukloni izvor opasnosti od koga preti znatnija šteta njemu ili neodređenom broju lica, kao i da se uzdrži od delatnosti od koje proizilazi uznemiravanje ili opasnost štete, ako se nastanak uznemiravanja ili štete ne može sprečiti odgovarajućim merama.<sup>12</sup> Na zahtev zainteresovanog lica sud će narediti da se preduzmu odgovarajuće mere za sprečavanje nastanka štete ili uznemiravanja, ili će naložiti otklanjanje izvora opasnosti, na trošak držaoca izvora opasnosti, ako ovaj sam to ne učini.<sup>13</sup> Dakle, Zakonom o obligacionim odnosima je, u cilju zaštite životne sredine, omogućeno da svako lice pokrene parnični postupak čak i ako šteta nije nastupila, već je njeno nastupanje moguće. Ovim rešenjem zakona, napušten je zastareli koncept odgovornosti za imisije, koji je podrazumevao da aktivnu legitimaciju za tužbu za naknadu štete u parničnom postupku imaju samo vlasnici nepokretnosti koji su štetu i neposredno pretrpeli, nezavisno od toga da li je šteta prouzrokovana deponovanjem štetnih materija ili odlivanjem otpadnih voda na tuđem zemljištu, odnosno proizvodnjom buke visokog intenziteta ili zagađivanjem vazduha dimom. Naš zakonodavac je, predviđanjem mogućnosti pokretanja popularne tužbe, praktično, omogućio zaštitu javnog interesa korišćenjem instituta privatnog prava. Odredbe Zakona o obligacionim odnosima omogućile su napuštanje antropocentričnog koncepta u slučajevima nanošenja štete životnoj sredini, čija se suština ogledala u tome da je samo oštećeni bio ovlašćen da odlučuje o tome da li će zatražiti pravnu zaštitu ukoliko do ovakve štete dođe. Moderno „pravo životne sredine je zasnovano na ekoncentričnom pristupu. Zabranjeni su postupci kojima se nanosi šteta samom okruženju ugrožavanjem ili povređivanjem zaštićenih dobara.“<sup>14</sup> U skladu sa navedenim konceptom, teorija je uspostavila kategoriju ekološke štete, pod čime se podrazumeva „tretiranje životne sredine kao neposrednog zaštitnog objekta i postojanje odgovornosti i u odsustvu povrede nečijeg subjektivnog prava ili privatnog zahteva za naknadu štete.“<sup>15</sup> Zakonodavac je obavezao odgovorno lice da, ukoliko šteta nastupi, uspostavi stanje koje je bilo pre nego što je šteta nastala, a ukoliko uspostavljanje ranijeg stanja ne uklanja štetu potpuno, odgovorno lice dužno je za ostatak štete da da naknadu u novcu.<sup>16</sup> Ovakvo rešenje

---

<sup>11</sup> *Actio popularis* ili „popularna“, odnosno, „narodna“ tužba prvobitno je prepoznata u rimskom pravu kao procesno sredstvo za kojim je mogao da posegne bilo koji građanin, osporavajući pravni odnos u kome nema svojstvo strane, ali samo ukoliko je to bilo u opštem, odnosno, javnom interesu.

<sup>12</sup> ZOO, član 156, stav 1, tačka 1.

<sup>13</sup> ZOO, član 156, stav 1, tačka 2.

<sup>14</sup> Dušan Nikolić, *Osnove prava životne sredine*, Univerzitet u Novom Sadu – Pravni fakultet, Centar za izdavačku delatnost, Novi Sad, 2009, str. 51.

<sup>15</sup> Radenka Cvetić, *Održivi razvoj i ekološka šteta*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, Broj 68, Godina LIII, 2014, str. 291.

<sup>16</sup> ZOO, član 185, stavovi 1 i 2.

je kompatibilno sa opredeljenjem Direktive Evropske unije o odgovornosti za ekološku štetu iz 2004, u kojoj je napravljena i jasna distinkcija između primarne, komplementarne i kompezatorne naknade.<sup>17</sup>

Drugi novum ZOO u ovoj oblasti, koga sam ovlaš pomenuo, odnosi se na činjenicu da je odredbom zakona, praktično, omogućeno da sud u parničnom postupku zabrani delatnost (naloži zagađivaču uklanjanje izvora opasnosti),<sup>18</sup> što je mogućnost koja je karakteristična za upravno pravo, odnosno, upravni postupak, ali ne i za obligaciono pravo. Ovakvo rešenje posledica je funkcionalne povezanosti građanskog i javnog prava, odnosno, izraženog javnog interesa u oblasti zaštite životne sredine, s obzirom da se konsekvene ekološke štete često protežu na neograničen krug subjekata.

Zakonom o zaštiti životne sredine<sup>19</sup> uspostavljeno je načelo „zagađivač plaća“, kojim se ustanovljava princip da zagađivač plaća naknadu za zagađivanje životne sredine kada svojim aktivnostima prouzrokuje ili može prouzrokovati opterećenje životne sredine, odnosno ako proizvodi, koristi ili stavlja u promet sirovinu, poluproizvod ili proizvod koji sadrži štetne materije po životnu sredinu. Uz to, zagađivač, u skladu sa propisima, snosi ukupne troškove mera za sprečavanje i smanjivanje zagađivanja koji uključuju troškove rizika po životnu sredinu i troškove uklanjanja štete nanete životnoj sredini. Odredbama ovog zakona uspostavljena je i supsidijarna odgovornost državnih organa, da, u okviru svojih finansijskih mogućnosti, otklone posledice zagađivanja životne sredine i smanje štetu koja je zbog zagađenja nastala.<sup>20</sup> Odgovornost države nastupa u slučajevima kada se šteta ne može pripisati neposrednom zagađivaču, bilo zato što je on nepoznat, bilo zbog toga što šteta potiče od zagađivanja životne sredine iz izvora van teritorije Republike Srbije. Načelo „zagađivač plaća“ je jedan od prvih autohtonih principa prava životne sredine. Zagađivač ima obavezu da uračuna troškove prevencije zagađivanja u svoje troškove produkcije dobara, ili da plati za štetu nastalu zagađenjem, odnosno koju sam stvara. Preciznije, obavezom zagađivača smatra se snošenje troškova kontrolnih mera zagadenja (formiranja i rada instalacija koje sprečavaju širenje zagađenja), kao i investiranje u opremu i procese koji sprečavaju zagađenje.<sup>21</sup> Dakle, u cenu proizvoda se uračunava i takozvani „ekološki trošak“. Pravni princip „zagađivač plaća“ polazi od načela pravičnosti, odnosno osnovane pretpostavke da lice koje je prouzrokovalo rizike po životnu

---

<sup>17</sup> Više o ovome videti kod: Marija Karanikić Mirić, Odgovornost za zagađivanje životne sredine, Pravni život, 9/2007, str. 467–468.

<sup>18</sup> ZOO, član 156, stav 2.

<sup>19</sup> Zakon o zaštiti životne sredine, Sl. glasnik RS, br. 135/2004, 36/2009, 36/2009 – dr. zakon, 72/2009 – dr. zakon, 43/2011 – odluka US, 14/2016, 76/2018, 95/2018 – dr. zakon i i 95/2018 – dr. zakon, član 9, stav 1, tačka 6.

<sup>20</sup> Zakon o zaštiti životne sredine, član 9, stav 1, tačka 8.

<sup>21</sup> Sire o ovome: Alexandre – Charles Kiss, Dinah Shelton, International Environmental Law, New York, 2004, str. 215.

sredinu treba da snosi kako troškove mera predostrožnosti, tako i izdatke koji su proizašli iz prevencije, a ima obavezu i da otkloni štetne posledice svoje delatnosti. Objektivna odgovornost operatera za štetu na određenim delovima životne sredine (kao nešto složeniji institut od objektivne odgovornosti koja je ustanovljena Zakonom o obligacionim odnosima) je institut koje je u naše pravo prenet iz Konvencije o građanskoj odgovornosti za štetu Saveta Evrope iz 1993. Posebnu pažnju su autori te, takozvane Lugano konvencije, posvetili propisivanju režima objektivne odgovornosti operatera za štetu prouzrokovanoj opasnim aktivnostima ili opasnim materijama. Konvencija je svojom regulativom konsekventno sledila princip „zagadivač plaća“, ukazujući na mogućnost da se neograničena odgovornost operatera obezbedi obaveznim osiguranjem ili drugim finansijskim pokrićem, pri čemu je bitno napomenuti da mnoge vrste ekološke štete ne mogu da se osiguraju ili mogu samo do određenog nivoa.<sup>22</sup> Može se opravdano postaviti pitanje pravne prirode odgovornosti za ekološku štetu. Navedene odredbe Konvencije ukazuju da teško možemo govoriti da načelo „zagadivač plaća“ obezbeđuje naknadu štete u gradanskopravnom smislu te reči. Iako često nema klasičnog privatnopravnog interesa, koriste se pravila građanskog prava u realizovanju jedne, pre svega, preventivne mere, što se može pravdati izrazitim javnim interesom u oblasti zaštite životne sredine.<sup>23</sup>

Još jedan međunarodni dokument čiji značaj je bio neprocenjiv za operacionalizaciju načela „zagadivač plaća“ je evropska Direktiva o odgovornosti za remedijaciju štete na životnoj sredini<sup>24</sup>. Ova Direktiva definiše i dimenzionira neophodne aktivnosti na upravljanju, kontroli i finansiranju remedijacije oštećenih prirodnih resursa i njihovih funkcija. Pod remedijacijom podrazumevamo širok dijapazon procedura i mera kojima se zemljište sanira, odnosno, koje dove do poboljšavanja kvaliteta ugroženog zemljišta do nivoa bezbednog za korišćenje, odnosno obradivanje. Zakonom o zaštiti životne sredine uspostavljeno je još jedno načelo kojim se obezbeđuje pravna zaštita i naknada štete nastale zagađenjem životne sredine. Princip „korisnik plaća“ odnosi se, pre svega, na lica koja (najčešće kao koncesionari) koriste neko javno dobro. Svako ko koristi prirodne vrednosti dužan je da plati realnu cenu za njihovo korišćenje i rekultivaciju prostora.<sup>25</sup> Ukoliko je neko, po pravilu, pravno lice, gazdovalo,

---

<sup>22</sup> Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment, Council of Europe, 1993. <https://rm.coe.int/168007c079>

<sup>23</sup> Opširnije o dilemi o pravnoj prirodi odgovornosti za ekološku štetu videti kod: Barbara Pozzo, „Towards Civil Liability for Environmental Damage in Europe“, Global Jurist Topics, De Gruyter, 2/2001, str. 5.

<sup>24</sup> 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, [http://europa.eu/legislation\\_summaries/enterprise/interaction\\_with\\_other\\_policies/l28120\\_en.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/enterprise/interaction_with_other_policies/l28120_en.htm)

<sup>25</sup> Zakon o zaštiti životne sredine, Sl. glasnik RS, br. 135/2004, 36/2009, 36/2009 – dr. zakon, 72/2009 – dr. zakon, 43/2011 – odluka US, 14/2016, 76/2018, 95/2018 – dr. zakon i i 95/2018 – dr.

primera radi, kamenolomom, rudnikom ili deponijom, dužno je da izvrši rekultivaciju zemljišta nakon prestanka korišćenja ovih lokacija. Rekultivaciju zemljišta, u smislu Zakona o zaštiti zemljišta, predstavlja skup mera i aktivnosti za ponovno formiranje zemljišnog sloja i uspostavljanje biljnih zajednica na zagađenim i degradiranim površinama.<sup>26</sup> Realna cena korišćenja, koja se pominje u Zakonu o zaštiti životne sredine, usmerava se ka namenskim fondovima države, čija je funkcija, pre svega, finansiranje preventivnih i restitutivnih mera u oblasti ekologije.

Zakon o zaštiti potrošača predstavlja još jedan domaći pravni propis koji svojim odredbama operacionalizuje Ustavom garantovano pravo na zdravu životnu sredinu i na blagovremeno i potpuno obaveštavanje o njenom stanju. Ovaj pravni akt insistira na pravu potrošača na zdravu i održivu životnu sredinu (život i rad u sredini koja nije štetna za zdravlje i dobrobit sadašnje i budućih generacija), kao i na pravovremeno i potpuno informisanje o stanju životne sredine,<sup>27</sup> svrstavajući ih u korpus osnovnih prava potrošača.

## PROBLEMI IMPLEMENTACIJE EVROPSKIH EKOLOŠKIH STANDARDA U SRPSKO PRAVO

Kada je u pitanju širenje normativnog okvira kojim će Srbija morati da obuhvati sve veći broj problema ekološke prirode i sve teže posledice zagadivanja životne sredine, kao i pravnu zaštitu od štete koja zbog tog zagađenja nastane, našeg zakonodavca obavezuje proces prisajedinjenja naše zemlje Evropskoj uniji. Srpski parlament ima obavezu da u pravni sistem implementira evropske standarde, odnosno, pravna rešenja iz odgovarajućih deklaracija, direktiva, konvencija i drugih pravnih propisa kojim se štite evropske države i građani od štete u oblasti ekologije. Poglavlje 27 (životna sredina i klimatske promene) koje je Srbija otvorila u procesu pregovaranja o članstvu u EU, podrazumeva kako donošenje konkretnih zakonskih i podzakonskih akata, tako i preduzimanje konkretnih mera koje su, često, veoma skupe.

U prethodnih godinu dana, Narodna Skupština Republike Srbije izglasala je nekoliko zakona koji se, u potpunosti ili delimično, odnose na rešavanje izazova iz oblasti zaštite životne sredine. Posebna pažnja posvećena je onim pravnim propisima koji probleme ekološke prirode sagledavaju iz ugla poljoprivrede, jedne od najznačajnijih privrednih grana, a svakako grane koja je uzajamno zavisna od zdrave životne sredine. Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o zaštiti životne sredine, obavezani su korisnici koji ostvaruju pravo na IPARD podsticaje iz

---

zakon, član 9, stav 1, tačka 7.

<sup>26</sup> Zakon o zaštiti zemljišta, Sl. glasnik RS, br. 112/2015, član 4, stav 3, tačka 23.

<sup>27</sup> Zakon o zaštiti potrošača, „Sl. glasnik RS“ br. 62/2014, 6/2016, član 2, stav 1, tačka 8.

oblasti poljoprivrede i ruralnog razvoja da ispune odgovarajuće uslove zaštite životne sredine.<sup>28</sup> Pored toga, usvajanjem Zakona o potvrđivanju Konvencije koja se odnosi na bezbednost i zdravlje u poljoprivredi, Narodna Skupština Republike Srbije je, u februaru mesecu ove godine, napravila još jedan korak napred u regulisanju ove važne oblasti. Navedenom Konvencijom uspostavljena je obaveza nadležnih organa da predvide korektivne mere i odgovarajuće kazne u skladu sa nacionalnim zakonima i propisima, uključujući, prema potrebi, obustavu ili ograničenje onih poljoprivrednih delatnosti koje predstavljaju neposredan rizik po bezbednost i zdravlje radnika, dok se ne isprave uslovi koji su bili povod za obustavu ili zabranu delatnosti.<sup>29</sup> Za oblast zaštite životne sredine naročito su važni odeljeni koji se odnose na upravljanje hemikalijama i zaštitu od bioloških rizika. Konvencija daje uputstvo državama potpisnicama da radnici u poljoprivredi moraju biti osigurani u nekom sistemu osiguranja ili socijalne zaštite za slučaj smrtnih i drugih povreda na radu i profesionalnih bolesti, čime se uspostavlja još jedan modalitet saniranja štete koja može nastati zagađivanjem životne sredine.

Zakon o smanjenju rizika od katastrofa i upravljanju vanrednim situacijama je još jedan od zakona koji su, u oblasti zaštite životne sredine, doneti u prethodnim mesecima. Ovim pravnim propisom uređuje se, između ostalog, smanjenje rizika od katastrofa, prevencija i jačanje otpornosti i spremnosti pojedinaca i zajednice za reagovanje na posledice zagađenja tehničko – tehnoloških nesreća koje dovode do zagađenja životne sredine.<sup>30</sup> Tehničko-tehnološka nesreća, u smislu ovog zakona, je „iznenadni i nekontrolisani događaj ili niz događaja koji je izmakao kontroli prilikom upravljanja određenim sredstvima za rad i prilikom postupanja sa opasnim materijama u proizvodnji, upotrebi, transportu, prometu, preradi, skladištenju i odlaganju, kao što su požar, eksplozija, havarija, udes u rudnicima i tunelima, rušenje brana, havarija na elektroenergetskim, naftnim i gasnim postrojenjima, akcidenti pri rukovanju radioaktivnim i nuklearnim materijama, teško zagađenje zemljišta, vode i vazduha, posledice ratnog razaranja i terorizma, a čije posledice mogu da ugroze bezbednost, život i zdravlje većeg broja ljudi, materijalna i kulturna dobra ili životnu sredinu u većem obimu.“<sup>31</sup>

Uprkos određenim pomacima učinjenim u prethodnom periodu, proces dostizanja evropskih standarda, nažalost, ne napreduje brzinom koja bi bila ekvivalentna evropskim ambicijama na kojima, načelno, insistiraju predstavnici zakonodavne

---

<sup>28</sup> Zakon o izmenama i dopunama Zakona o zaštiti životne sredine, „Sl. glasnik RS“, br. 76/2018, član 3.

<sup>29</sup> Zakon o potvrđivanju Konvencije koja se odnosi na bezbednost i zdravlje u poljoprivredi, „Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori“, broj 2 od 18. februara 2019. član 4, tačka 3.

<sup>30</sup> Zakon o smanjenju rizika od katastrofa i upravljanju vanrednim situacijama, „Sl. glasnik RS“, br. 87/2018 član 1, stav 1.

<sup>31</sup> Zakon o smanjenju rizika od katastrofa i upravljanju vanrednim situacijama, član 2, stav 1, tačka 3.

i izvršne vlasti u našoj zemlji. Značajnu prepreku napretku u ovoj oblasti predstavlja i veoma nisko dimenzioniranje budžeta u oblasti zaštite životne sredine. Sve do druge polovine 2018. godine Direktiva Evropskog Parlamenta o proceni uticaja na životnu sredinu iz 2011. nije bila u potpunosti inkorporisana u domaće pravne propise. Srpski zakonodavac godinama nije preduzimao korake u pravcu potvrđivanja Multilateralnog sporazuma zemalja jugoistočne Evrope o sprovodenju Konvencije o proceni uticaja na životnu sredinu u prekograničnom kontekstu. Tek 25. septembra 2018. biva donet odgovarajući zakon, koji omogućava državi Srbiji zaokruživanje zaštite od zagađivanja životne sredine i u regionalnim okvirima.<sup>32</sup>

Finansiranje zaštite životne sredine radi ostvarivanja ciljeva zaštite vrši se preko budžeta Republike Srbije, odnosno autonomne pokrajine, kao i jedinica lokalne samouprave, u okviru njihovih ovlašćenja definisanih Zakonom o zaštiti životne sredine. Sredstva za zaštitu životne sredine mogu se obezbeđivati i putem donacija, kredita, sredstava međunarodne pomoći, sredstava stranih ulaganja namenjenih za zaštitu životne sredine, sredstava iz instrumenata, programa i fondova EU, UN i međunarodnih organizacija.<sup>33</sup> Međutim, predviđeni pravni okvir i na osnovu njega uspostavljeni mehanizmi nisu dovoljni da bi bili zadovoljeni minimalni standardi koje u procesu pridruživanja država kandidat mora da dostigne. Realizacija uslova iz Poglavlja 27, koje se odnosi na oblast zaštite životne sredine, iziskuje zamašnija sredstva nego bilo koje drugo poglavje u pregovorima sa EU. Nacionalnom Strategijom aproksimacije u oblasti zaštite životne sredine, iz 2010. godine,<sup>34</sup> procenjeno je da će troškovi za usklađivanje u ovoj oblasti iznositi 10,6 milijardi evra. Već leti-mični pogled na zakonsku i podzakonsku regulativu, kao i na budžetske aproprijacije (na nivou Republike), jasno ukazuju na to Republika Srbija nije napravila značajan pomak u ovoj oblasti. Činjenica da je u republičkom budžetu za 2019. godinu predviđeno povećanje iznosa sredstava za oblast ekologije od 16% u odnosu na prošlu godinu mogla bi, na prvi pogled, delovati ohrabrujuće. Međutim, ukoliko se uzme u obzir da to povećanje u apsolutnom iznosu predstavlja manje od deset miliona evra, jasno je da ne može biti govora napretku u oblasti ekologije, niti o relevantnoj zaštiti od šteta nastalih zagađivanjem životne sredine na nacionalnom nivou.

Dugo nije bila realizovana ni preporuka iz godišnjeg izveštaja Evropske Komisije od 2016 godine,<sup>35</sup> koja se odnosila na obezbeđenje finansijskih sredstava za delovanje Zelenog fonda, kao novog instrumenta u oblasti ekologije. Iako je

---

<sup>32</sup> Zakon o potvrđivanju multilateralnog sporazuma zemalja jugoistočne Evrope o sprovodenju Konvencije o proceni uticaja na životnu sredinu u prekograničnom kontekstu „Sl. glasnik – Međunarodni ugovor“ br. 12/2018

<sup>33</sup> Zakon o zaštiti životne sredine, član 83.

<sup>34</sup> Nacionalna strategija za aproksimaciju u oblasti životne sredine, <http://www.misp-serbia.rs/wp-content/uploads/2010/05/EAS-Strategija-SRP-FINAL.pdf>

<sup>35</sup> Izveštaj Evropske komisije o napretku Srbije, [http://eukonvent.org/wp-content/uploads/2016/11/godisnji\\_izvestaj\\_16\\_srp.pdf](http://eukonvent.org/wp-content/uploads/2016/11/godisnji_izvestaj_16_srp.pdf)

ovaj fond osnovan 2016. godine, nisu, do marta 2018. godine, usvojeni potrebni podzakonski akti koji bi regulisali rad ove institucije. Bez podzakonske regulative nije bilo moguće ni raspisivanje javnih konkursa, jer nisu bili precizirani uslovi koje potencijalni korisnici javnih sredstava moraju ispuniti. Nije postojao definisan način raspodele sredstava, kriterijumi za ocenjivanje zahteva, niti mehanizmi za praćenje korišćenja sredstava. Zbog ovih okolnosti, funkcija Zelenog fonda Srbije svela se na dodelu sredstava reciklažnoj industriji, jer je samo u toj oblasti postojala adekvatna regulativa. Tek donošenjem Uredbe o bližim uslovima koje moraju da ispunjavaju korisnici sredstava, uslovima i načinu raspodele sredstava, kriterijumima i merilima za ocenjivanje zahteva za raspodelu sredstava, načinu praćenja korišćenja sredstava i ugovorenih prava i obaveza, kao i drugim pitanjima od značaja za dodeljivanje i korišćenje sredstava Zelenog fonda Republike Srbije<sup>36</sup> – situacija se popravlja. Doduše, više u odnosu na krug korisnika koji mogu aplicirati za sredstva u ovom fondu, odnosno, oblasti koje se na ovakav način finansiraju, nego u odnosu na obim sredstava koja su nedostatna, kada se uzme u obzir obim problema u oblasti ekologije. U svakom slučaju, pozitivna novina je to, da Uredba omogućava realizaciju širokog dijapazona projekata u oblasti zaštite životne sredine. Tu spadaju infrastrukturni, razvojno istraživački projekti, projekti zaštite, očuvanja i poboljšanja kvaliteta životne sredine i upravljanja zaštitom životne sredine, projekti sanacije i remedijacije, nabavke opreme, uvođenja čistije proizvodnje i tehnologija i proizvoda, podsticaja u oblasti životne sredine i održivog razvoja, kao i investicione, operativne i druge mere i aktivnosti.<sup>37</sup> Međutim, izgubljeno vreme se, nažalost, ne može vratiti, a ne može se čak ni predvideti koliki bi, po obimu i značaju, bili pozitivni efekti rada Zelenog fonda, da je preporuka Evropske Komisije bila realizovana u razumnom roku od najviše tri meseca.

## ZAKLJUČAK

Zakašnjenja u realizaciji preporuka iz izveštaja Evropske Komisije i Direktive Evropskog Parlamenta, mali iznosi sredstava koji se u budžetu izdvajaju za oblast ekologije, kao i još uvek nezaokružen pravni okvir u ovoj oblasti, svakako ne vode ka dostizanju visokih standarda zaštite od štete nastale zagađivanjem životne sredine. Organi naše zakonodavne i izvršne vlasti, uz pomoć stručne jav-

---

<sup>36</sup> Uredba o bližim uslovima koje moraju da ispunjavaju korisnici sredstava, uslovima i načinu raspodele sredstava, kriterijumima i merilima za ocenjivanje zahteva za raspodelu sredstava, načinu praćenja korišćenja sredstava i ugovorenih prava i obaveza, kao i drugim pitanjima od značaja za dodeljivanje i korišćenje sredstava Zelenog fonda Republike Srbije, „Službeni glasnik RS“, broj 25 od 30. marta 2018.

<sup>37</sup> Ibidem, član 5.

nosti i nevladinog sektora moraju postići veću efikasnost u definisanju odgovarajućeg normativnog okvira kojim se proces evropskih integracija Srbije čini izvesnjim, izdvojiti mnogo više sredstava da bi taj okvir bio ispunjen odgovarajućim sadržajem, ali i delovati edukativno i informativno u podizanju nivoa ekološke svesti među najširim slojevima stanovništva.<sup>38</sup> Uostalom, višestruki su benefiti uređenog sistema kojim se zagadivanje životne sredine predupređuje, a ako je do zagađenja ipak došlo, kojim se obezbeđuje adekvatna pravna zaštita od nastale štete. Uspešna zaštita životne sredine sa sobom donosi bolje zdravlje stanovništva, uspešniju ekonomiju i održivi razvoj jedne zajednice, pri čemu, održivi razvoj, određen socijalnim, ekonomskim i ekološkim ciljevima, podrazumeva uspostavljanje ravnoteže između društvenog, industrijskog i tehničko-tehnološkog razvoja sa jedne strane, i očuvanja i unapređenja životne sredine sa druge strane.<sup>39</sup>

## LITERATURA I IZVORI

- Bojan Tubić, Pravna načela u oblasti zaštite životne sredine u Evropskoj uniji, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1/2012.
- Nicolas de Sadeleer, Environmental Principles: From Political Slogans to Legal Rules, Oxford University Press 2005.
- Daniel García San José, Environmental protection and the European Convention on Human Rights, Council of Europe Publishing, F-67075 Strasbourg Cedex, 2005.
- Dušan Nikolić, Osnove prava životne sredine, Univerzitet u Novom Sadu – Pravni fakultet, Centar za izdavačku delatnost, Novi Sad, 2009.
- Radenka Cvetić, Održivi razvoj i ekološka šteta, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, Broj 68, Godina LIII, 2014.
- Marija Karanikić Mirić, Odgovornost za zagadivanje životne sredine, Pravni život, 9/2007.
- Alexandre – Charles Kiss, Dinah Shelton, International Environmental Law, New York, 2004.
- Barbara Pozzo, „Towards Civil Liability for Environmental Damage in Europe”, Global Jurist Topics, De Gruyter, 2/2001.

---

<sup>38</sup> Zakon o zaštiti životne sredine u članu 6. ovo nameće i kao obavezu državnim organima. Tako u ovom članu nailazimo na sledeće norme: Državni organi, naučne ustanove, ustanove u oblasti obrazovanja, zdravstva, informisanja, kulture i druge ustanove, kao i drugi oblici udruživanja, u okviru svojih delatnosti, podstiču, usmeravaju i obezbeđuju jačanje svesti o značaju zaštite životne sredine.

Jačanje svesti o značaju zaštite životne sredine obezbeđuje se kroz sistem obrazovanja i vaspitanja, naučno-istraživačkog i tehnološkog razvoja, usavršavanja u procesu rada, javnog informisanja i popularizacije zaštite životne sredine.

<sup>39</sup> O značaju održivog razvoja i uzajamnoj povezanosti sa zaštitom životne sredine videti više kod: Bojan Tubić, Načelo održivog razvoja u međunarodnim pravnim aktima i praksi Međunarodnog suda, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 3/2013, str. 391 – 411, kao i kod: Bojan Pajtić, Održivi razvoj i procena uticaja na životnu sredinu, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1/2012, str. 409.

- Bojan Tubić, Načelo održivog razvoja u međunarodnim pravnim aktima i praksi Međunarodnog suda, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 3/2013.
- Bojan Pajtić, Održivi razvoj i procena uticaja na životnu sredinu, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 1/2012.
- Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?documentid=97&articleid=1503>
- United Nations Environment Programme, <http://www.unep.org/>
- Ustav Republike Srbije, Službeni glasnik RS, br. 98/2006.
- European convention on human rights, [https://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf)
- Zakon o obligacionim odnosima, Sl. List SFRJ”, br. 29/78, 39/85, 57/89 i “Sl. List SRJ” 31/93.
- Zakon o zaštiti životne sredine, Sl. glasnik RS, br. 135/2004, 36/2009, 36/2009 – dr. zakon, 72/2009 – dr zakon, 43/2011 – odluka US, 14/2016, 76/2018, 95/2018 – dr. zakon i 95/2018 – dr. zakon
- Convention on Civil Liability for Damage Resulting from Activities Dangerous to the Environment, Council of Europe, 1993. <https://rm.coe.int/168007c079>
- 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, [http://europa.eu/legislation\\_summaries/enterprise/interaction\\_with\\_other\\_policies/l28120\\_en.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/enterprise/interaction_with_other_policies/l28120_en.htm)
- Zakon o zaštiti zemljišta, Sl. glasnik RS, br. 112/2015
- Zakon o zaštiti potrošača, „Sl. glasnik RS“ br. 62/2014, 6/2016
- Zakon o izmenama i dopunama Zakona o zaštiti životne sredine, „Sl. glasnik RS“, br. 76/2018
- Zakon o potvrđivanju Konvencije koja se odnosi na bezbednost i zdravlje u poljoprivredi, „Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori“, broj 2 od 18. februara 2019.
- Zakon o smanjenju rizika od katastrofa i upravljanju vanrednim situacijama, „Sl. glasnik RS“, br. 87/2018
- Zakon o potvrđivanju multilateralnog sporazuma zemalja jugoistočne Evrope o sprovođenju Konvencije o proceni uticaja na životnu sredinu u prekograničnom kontekstu „Sl. glasnik – Međunarodni ugovori“ br. 12/2018
- Nacionalna strategija za aproksimaciju u oblasti životne sredine, <http://www.misp-serbia.rs/wp-content/uploads/2010/05/EAS-Strategija-SRP-FINAL.pdf>
- Izveštaj Evropske komisije o napretku Srbije, [http://eukonvent.org/wp-content/uploads/2016/11/godisnji\\_izvestaj\\_16\\_srp.pdf](http://eukonvent.org/wp-content/uploads/2016/11/godisnji_izvestaj_16_srp.pdf)
- Uredba o bližim uslovima koje moraju da ispunjavaju korisnici sredstava, uslovima i načinu raspodele sredstava, kriterijumima i merilima za ocenjivanje zahteva za raspodelu sredstava, načinu praćenja korišćenja sredstava i ugovorenih prava i obaveza, kao i drugim pitanjima od značaja za dodeljivanje i korišćenje sredstava Zelenog fonda Republike Srbije, „Službeni glasnik RS“, broj 25 od 30. marta 2018.

*Bojan L. Pajtić, Ph.D., Full Professor  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
B.Pajtic@pf.uns.ac.rs*

## **Legal Protection against Damage to Environmental Pollution**

**Abstract:** Intensive industrial and technological development poses an increased risk to the environment. Often, the consequences of environmental pollution are inviolable, and the prevention of damage is, as a rule, cheaper than remedying the damage that has already occurred. For this reason, in both comparative and domestic legislation, the application of preventive measures has priority in relation to measures of repressive character. If, however, preventive measures are committed, and the damage occurs, citizens have a range of restitutive measures at their disposal. The paper analyzes international declarations, directives, conventions and other legal regulations protecting states and citizens from damage in the field of ecology. From these international documents, a whole series of obligations arises that the Republic of Serbia, as a member of the United Nations and candidate country for membership in the European Union, has to fulfill, or a whole series of provisions from the aforementioned international legal regulations that must be implemented in its laws and by-laws. A special section in this text is dedicated to our positive legislation in the field of legal protection against environmental damage. Analysis of the current state of affairs in the field of environmental legislation and practice led to concrete conclusions and suggestions of the author in the direction of improving the unsatisfying position of environmental protection rights, with particular reference to the mechanisms of legal protection against damage caused by environmental pollution.

**Keywords:** ecological damage, environmental complaint, environment, pollutant.

Datum prijema rada: 01.04.2019.



*Dr Nataša D. Stojanović, redovni profesor  
Univerzitet u Nišu  
Pravni fakultet u Nišu  
natasra@prafak.ni.ac.rs*

## DESET GODINA ZAKONA O DOBROBITI ŽIVOTINJA REPUBLIKE SRBIJE\*

**Sažetak:** Predmet pažnje autora jeste Zakon o dobrobiti životinja u Republici Srbiji i efekti njegove desetogodišnje primene. Autor u radu postavlja sebi cilj da analizom i kritičkim sagledavanjem pojedinih rešenja, sadržanih u ovom zakonskom tekstu, ispita njihov kvalitet sa aspekta zaštite samih životinja i u odnosu na odgovarajuća rešenja u zakonima o zaštiti životinja Nemačke, Švajcarske, Austrije i Hrvatske. Cilj autora je, takođe, da ispita delotvornost i praktičnu primenljivost odgovarajućih odredaba ovog zakonskog teksta i na osnovu istražene prakse Prekršajnog suda u Novom Sadu, Prekršajnog suda u Kragujevcu i Prekršajnog suda u Nišu, za poslednjih pet godina njegove primene. Autor se u radu zalaže za izmene i dopune pojedinih rešenja, sadržanih u srpskom Zakonu o dobrobiti životinja, koje je praksa prepoznala kao nedovoljno primenljiva, za brišanje rešenja koja se direktno konfrontiraju zaštiti dobrobiti životinja i za osnaživanje nadzorno-pravnog mehanizma, kako bi se pospešila primena ovog zakonskog teksta. Po shvatanju autora, poboljšanju primene domaćeg Zakona o dobrobiti životinja, ali i pratećih podzakonskih akata, doprinelo bi formiranje Komisije za zaštitu dobrobiti životinja, kao i uvođenje, na nivou svakog okruga na teritoriji Republike Srbije, poverenika za životinje.

**Ključne reči:** Zakon o dobrobiti životinja. – Izmene i dopune Zakona. – Komisija za zaštitu dobrobiti životinja. – Poverenik za životinje. – Kaznena politika.

---

\* Ovim putem izražavam najdublju zahvalnost Suzani Rajović, predsednici Prekršajnog suda u Kragujevcu, mr Kamenku Kozarskom, predsedniku Prekršajnog suda u Novom Sadu i Mišelu Markoviću, predsedniku Prekršajnog suda u Nišu, što su mi omogućili da sprovedem istraživanje prakse u sudovima u kojima rukovode i to u predmetima koji se odnose na primenu Zakona o dobrobiti životinja Republike Srbije.

Rad je rezultat istraživanja na projektu „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“ (br. 179046), koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

## 1. UVODNE NAPOMENE

Narodna skupština Republike Srbije je Zakon o dobrobiti životinja donela 29. maja 2009. godine,<sup>1</sup> koji je stupio na pravnu snagu i, načelno, počeo da se primenjuje od 10. juna 2009. godine.<sup>2</sup>

Ovim zakonodavnim potezom naša država se svrstala u red evropskih država koje posebnim zakonom štite životinje i njihovu dobrobit. Inače, na evropskom pravnom prostoru, prema dostupnim podacima, malo je država koje nemaju zakon kojim se obezbeđuje integralna zaštita životinja, poput Francuske i Ruske Federacije.<sup>3</sup> To, međutim, nikako ne znači da te države drugim pravilima, u prvom redu, građanskopravnim i krivičnopravnim propisima, u određenoj meri ne štite životinje.<sup>4</sup>

Na teritoriji Republike Srbije, osim ZDŽ, i drugi zakonski tekstovi imaju kao osnovni predmet zaštitu životinjskog sveta. Tu spadaju Zakon o divljači i lovstvu,<sup>5</sup> Zakon o zaštiti i održivom korišćenju ribljeg fonda<sup>6</sup> i Zakon o veterinarstvu.<sup>7</sup> U odnosu na pobrojane zakonske tekstove, ZDŽ je, prema tematici koju obrađuje i broju životinja čiju dobrobit štiti, najsveobuhvatniji zakonski tekst.

Budući da se ove godine navršava deset godina od početka primene ZDŽ, to je prilika da se ispita kvalitet određenih njegovih rešenja sa aspekta zaštite životinja, da se ona uporede sa odgovorajućim pravilima koja važe u pojedinim državama evropskog pravnog prostora i da se sagleda stepen njihove primenljivosti i delotvornosti u praksi.

---

<sup>1</sup> Zakon o dobrobiti životinja Republike Srbije – ZDŽ, *Službeni glasnik RS*, br. 41/2009.

<sup>2</sup> Izuzetak predstavlja odredba Zakona koja se tiče zabrane držanja, reprodukcije, uvoza, izvoza i usmrćivanja životinja, zbog proizvodnje krzna i kože, čije je stapanje na pravnu snagu i primena odloženo do 1. januara 2019. godine. Vid. ZDŽ, čl. 7, st. 1, tač. 37, u vezi sa čl. 89.

<sup>3</sup> Za potrebe ovog rada korišćena je baza podataka <https://www.globalanimallaw.org/database/national/index.html>, 4. jun 2019. godine.

<sup>4</sup> U tom pravcu, vid. Krivični zakonik Republike Francuske – KZF, čl. 521-1 i 521-2 (Code pénale od 22. jula 1992. godine, prečišćen tekst na dan 1. juna 2019. godine, na internet stranici <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719>, 14. jun 2019. godine) i Krivični zakonik Ruske Federacije, čl. 245 (Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996. godine, N 63-FZ, sa poslednjim izmenama i dopunama od 29. jula 2017. godine, na internet stranici <http://www.interlaw.ru/law/docs/10008000>, 14. jun 2019. godine), kao i Građanski zakonik Republike Francuske, čl. 515-14 (Code civil od 21. marta 1804. godine, prečišćen tekst na dan 12. jula 2019. godine, na internet stranici <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>, 18. jun 2019. godine) i Građanski zakonik Ruske Federacije, čl. 137 (Гражданский кодекс Российской Федерации, первый раздел от 30. ноября 1994. година, N 51-FZ, второй раздел от 26. января 1996. godine, N 14-FZ, третий раздел от 26. ноября 2001. godine, N 146-FZ и четвертый раздел от 18. декабря 2006. godine, N. 230-FZ, sa poslednjim izmenama i dopunama od 29. jula 2017. godine, na internet stranici <http://www.interlaw.ru/law/docs/10064072>, 18. jun 2019. godine).

<sup>5</sup> Zakon o divljači i lovstvu Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2010 i 95/2018 – dr. zakon.

<sup>6</sup> Zakon o zaštiti i održivom korišćenju ribljeg fonda Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 128/2014 i 95/2018 – dr. zakon.

<sup>7</sup> Zakon o veterinarstvu Republike Srbije – ZV, *Službeni glasnik RS*, br. 91/2005, 30/2010, 93/2012 i 17/2019 – dr. zakon.

## 2. OSNOVNA OBELEŽJA ZAKONA O DOBROBITI ŽIVOTINJA

Budući da je ZDŽ donet znatno kasnije u odnosu na zakone o zaštiti životinja velikog broja evropskih država, on je za uzor imao rešenja sadržana u ovim zakonskim tekstovima, posebno u zakonima o zaštiti životinja Nemačke<sup>8</sup> i Švajcarske<sup>9</sup> i Austrije.<sup>10</sup>

U odnosu na pravo Nemačke, Švajcarske i Austrije gde su zakoni o zaštiti životinja svoje utemeljenje našli u odredbama ustava kojima se neposredno promoviše zaštita životinja,<sup>11</sup> <sup>12</sup> <sup>13</sup> ZDŽ nema za osnov odredbu Ustava<sup>14</sup> kojom se direktno štiti dobrobit životinja, već se taj osnov nalazi u čl. 97, st. 1, tač. 9 koji, u sklopu nadležnosti Republike Srbije, propisuje da ona uređuje i obezbeđuje, pored ostalog, zaštitu i unapređenje biljnog i životinjskog sveta.<sup>15</sup> <sup>16</sup>

Sa ukupno 89 članova, materija, koju obuhvata ZDŽ, podeljena je u nekoliko celina: I Osnovne odredbe; II Opšta zaštita dobrobiti životinja; III Posebna zašti-

---

<sup>8</sup> Zakon o zaštiti životinja Republike Nemačke – ZZŽN (Tierschutzgesetz od 24. jula 1972. godine, u verziji objavljenoj 2006. godine, *BGBI. I S.* 1206, 1313, zaključno sa izmenama i dopunama od 17. decembra 2018. godine, *BGBI. Ip.* 2586, na internet stranici <http://www.gesetze-im-internet.de/tierschg/BJNR012770972.html>, 22. jun 2019. godine).

<sup>9</sup> Zakon o zaštiti životinja Švajcarske Konfederacije – ZZŽŠ (SR 455 Tierschutzgesetz od 16. decembra 2005. godine, *AS 2008 2965, BBI 2006 327*, zaključno sa izmenama i dopunama od 20. juna 2014. godine, *AS 2017 249, BBI 2011 5571*, na internet stranici <https://www.admin.ch/opc/de/classified=compilation/20022103/index.html>, 22. jun 2019. godine).

<sup>10</sup> Zakon o zaštiti životinja Republike Austrije – ZZŽA (Tierschutzgesetz od 28. septembra 2004. godine, *BGBI. I.* Nr. 118/2004, zaključno sa izmenama i dopunama od 21. decembra 2018. godine, *BGBI. I* Nr. 86/2018, na internet stranici <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassungunden-snormer&Gesetzesummer=20003541>, 22. jun 2019. godine).

<sup>11</sup> Vid. Ustav Republike Nemačke, par. 20a (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* od 23. maja 1949. godine, *BGBI. S.* 1, zaključno sa izmenama i dopunama od 28. marta 2019. godine, *BGBI. I S.* 404, na internet stranici <https://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtgrundlagen/grundgesetz/>, 4. mart 2019. godine).

<sup>12</sup> Vid. Ustav Švajcarske Konfederacije, čl. 120, st. 2 (*RS 101 Constitution fédérale de la Confédération suisse*, od 18. aprila 1999. godine, *RO 1999 2556, FF 1999 5306*, zaključno sa izmenama i dopunama od 16. juna 2017. godine, *RO 2019 769, FF 2016 6003*, na internet stranici <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19995395/index.html>, 4. mart 2019. godine).

<sup>13</sup> Vid. Ustav Republike Austrije, par. 2 (*Bundes-verfassungsgesetz der Republik Österreich* od 1. januara 1930. godine, *BGBI. Nr.1/1930*, zaključno sa izmenama i dopunama od 8. jula 2019. godine, *BGBI. I* Nr. 57/2019, na internet stranici <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe-?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10000138>, 8. jun 2019. godine).

<sup>14</sup> Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.

<sup>15</sup> Pojedini autori smatraju da je taj ustavni osnov „klimav“. Vid. Branislav Ristivojević, Tatjana Bugarski, „Krivično delo ,Ubijanje i mučenje životinja“ iz člana 269 KZ RS u svetu Zakona o dobrobiti životinja“, *Žurnal za kriminalistiku i pravo*, NPB, 1/2014, 3.

<sup>16</sup> O drugim odredbama Ustava Republike Srbije koje bi, takođe, mogle poslužiti kao temelji za ZDŽ, vid. Nataša Stojanović, *Pravo životinja*, Pravni fakultet, Niš 2017, 21–22.

ta dobrobiti životinja; IV Udruženja i organizacije u oblasti zaštite dobrobiti životinja; V Nadzor; VI Kazne i VII Prelazne i završne odredbe.

Kako po broju članova, tako i po strukturi ZDŽ ne liči pretereno na svoje uzore. Tako, ZZŽA sadrži 48 paragrafa i svojom sadržinom obuhvata sledeće delove: 1. Opšte odredbe; 2. Držanje životinja; 3. Sprovođenje zakona; 4. Kazne i završne odredbe. ZZŽŠ ima 46 članova, raspoređenih u veće celine, poglavla: 1. Opšte odredbe; 2. Držanje životinja; 3. Istraživanje; 4. Ovlašćenja nadležnih organa vlasti; 5. Kaznene odredbe i 6. Završne odredbe. ZZŽN sadrži 22 paragrafa, ali sa velikim brojem pravila u okviru njih. Strukturu ovog Zakona čine sledeći odeljci: 1. Načelo; 2. Držanje životinja; 3. Ubijanje životinja; 4. Zahvati na životnjama; 5. Eksperimenti na životnjama; 6. Zahvati i postupci za obrazovanje, doškolovanje i dalje usavršavanje; 7. Uzgoj životinja, trgovina životnjama; 8. Zabранa prenošenja, prometa i držanja životinja; 9. Ostale odredbe za zaštitu životinja; 10. Sprovođenje Zakona; 11. Propisi o kaznama i 12. Prelazne i završne odredbe.

U pogledu sadržine mnogobrojnih rešenja, međutim, ima dosta poklapanja između domaćeg ZDŽ i ZZŽŠ, ZZŽA, ZZŽN.<sup>17</sup>

U odnosu na austrijsko i nemačko pravo koja svojim zakonima o zaštiti životinja štite sve životinje, domaći ZDŽ je fokusiran na zaštitu životinjskih vrsta – kičmenjaka, ne ostavljajući prostor da se pod okrilje pravne zaštite podvedu i beskičmenjaci za koje je naučnim dokazima potvrđeno da imaju osećaje<sup>18</sup> Takvo je, inače, rešenje prihvaćeno u švajcarskom pravu.<sup>19</sup>

ZDŽ, poput ZZŽA, ZZŽŠ I ZZŽN, ograničava polje primene samo na divlje životinje u zatočeništvu, a ne i na divlje životinje u prirodnim staništima.<sup>20</sup>

Kao i zakoni o zaštiti životinja Švajcarske, Nemačke i Austrije i domaći ZDŽ životnjama ne priznaje prava životnjama.<sup>21</sup> Svi navedeni zakonski tekstovi dozvoljavaju da se životinje drže, koriste u različite svrhe i da se sa njima raspolaze. Ovim zakonima se samo postavljaju određena ograničenja svim tim aktivnostima, u prvom redu, zabranom izazivanja bola, patnje, straha, stresa ili povrede<sup>22</sup> i nor-

---

<sup>17</sup> U tom pravcu, recimo, upor. ZDŽ, čl. 7 sa ZZŽN, par. 3, ZZŽA, par. 5 i ZZŽŠ, čl. 4; zatim, ZDŽ, čl. 79, st. 1, tač. 2, 12 i 25 sa ZZŽN, par. 16a, st. 2, ZZŽA, par. 37 i ZZŽŠ, čl. 24.

<sup>18</sup> Upor. ZZŽA, par. 3, st. 1 i ZZŽN, par. 1 sa ZDŽ, čl. 2, st. 1, u vezi sa čl. 5, st. 1, tač. 13.

<sup>19</sup> Vid. ZZŽŠ, čl. 2, st. 1, u vezi sa čl. 1.

<sup>20</sup> Vid. ZDŽ, čl. 2, st. 3, ZZŽA, par. 3, st. 4, ZZŽŠ, par. 2, st. 4, ZZŽŠ, par. 13.

<sup>21</sup> O pravima koja se životnjama mogu priznati, vid. Milan Paunović, „Životinjska prava, Prilog proširenoj teoriji ljudskih prava“, *Strani pravni život* 3/2005, 9–44; Gary L. Francione (Francione) and Robert Garner (Garner), *The Animal Rights Debate, Abolition or Regulation?*, Columbia University Press, New York, 2010; Nataša Stojanović, „Which animal rights should be recognized?“, *Analji Pravnog fakulteta u Beogradu*, Vol. 64, no. 3/2016, 75–92.

<sup>22</sup> To eksplikite navode: ZZŽŠ, čl. 4, st. 2, ZZŽA, par. 5, st. 1, ZZŽN, par. 1 i i ZDŽ, čl. 7.

miranjem odgovornog vlasništva,<sup>23</sup> ostvarujući, na taj način, izvestan balans između interesa ljudi i interesa životinja.<sup>24</sup>

Svaki član ZDŽ predstavlja posebnu misaonu celinu, sastavljenu od više stavova. Svaki stav, po pravilu, sastoји se od jedne rečenice. U Zakonu, načelno, nema pozivanja na druge članove, sadržane u samom zakonskom tekstu, ili u drugim zakonima, za razliku, recimo od nemačkog ZZŽ i donekle, i austrijskog ZZŽ koji su po tome prepoznatljivi.

ZDŽ, poput, recimo ZZŽS i ZZŽA, sadrži bliža određenja stručnih termina, upotrebljenih u zakonskom tekstu, kako bi se olakšala njegova primena.

ZDŽ odlikuje uglavnom jasnoća i preciznost formulacija. Od tog pravila ima odstupanja. Primera radi, iz čl. 56, st. 1, koji propisuje da je vlasnik, odnosno držalac kućnih ljubimaca koji se bavi njihovom reprodukcijom u komercijalne svrhe dužan da brine o samom leglu i da štiti život, zdravlje i dobrobit mladunaca, ne može se zaključiti da li su ta lica dužna da se registruju kod nadležnog ministarstva, kako je to decidirano propisano za odgajivačnice, iz čl. 59, st. 1, premda i jedni i drugi rade isti posao. Takođe, nije precizno formulisana, a ni dovoljno jasna odredba čl. 15, da se životinja usmrćuje, ako je lišavanje života za nju od veće koristi nego sam život i patnja koju on produkuje,<sup>25</sup> kada generalno za svakog čoveka, pa i životinju kao bića sa osećanjima, život ima posebnu vrednost i vredan je življenja.

Desetogodišnju primenu ZDŽ obeležava postojanost. Naime, do sada ovaj zakonski tekst nije menjan, ni dopunjavan.

### 3. PODZAKONSKI AKTI KOJI IMAJU UTEMELJENJE U ZAKONU O DOBROBITI ŽIVOTINJA

#### 3.1. Legislativna ovlašćenja ministra nadležnog za poslove veterine

Za ministra, nadležnog za poslove veterine, a na osnovu ZDŽ,<sup>26</sup> predviđen je rok od dve godine od stupanja na pravnu snagu ovog zakonskog teksta da, poazeći od ovlašćenja sadržanih u njegovim odredbama, donese više podzakonskih akata kojim bliže uređuje određene segmente opšte ili posebne dobrobiti životinja.

Detaljnom analizom legislativnog rada nadležnog ministra moglo se uočiti da je on za pojedine pravilnike ispoštovao rok za njihovo donošenje, kao na primer

---

<sup>23</sup> Vid. ZZŽN, par. 2, ZZŽS, čl. 4, st. 1, ZZŽA, par. 13 i ZDŽ, čl. 6, st. 2–3.

<sup>24</sup> Slično zapažanje, za švajcarski ZZŽ, vid. Margot Michel (Mišel) Eveline Schneider Kayasseh (Šnajder Kijase), „The Legal Situation of Animals in Switzerland: Two Steps Forward, One Step Back – Many Steps to go“, *Journal of Animal Law*, Vol. VII, 2011, 13.

<sup>25</sup> O razlozima za lišenje života životinja, vid. N. Stojanović (2017), 204–206.

<sup>26</sup> Vid. ZDŽ, čl. 88.

za: Pravilnik o uslovima u pogledu prevoznih sredstava u kojima se prevoze životinje,<sup>27</sup> Pravilnik o načinu držanja pasa koji mogu predstavljati opasnost po okolinu,<sup>28</sup> ili Pravilnik o uslovima koji treba da ispunjava zoološki vrt, odnosno mini zoološki vrt i elementima za određivanje mini zoološkog vrta.<sup>29</sup> Ministar, nadležan za poslove veterine, druge pravilnike je doneo, ali sa kašnjenjem, poput: Pravilnika o uslovima koje moraju da ispune odgajivačnice za životinje,<sup>30</sup> Pravilnika o uslovima koje moraju da ispunjavaju prihvatilišta i pansioni za životinje,<sup>31</sup> ili Pravilnika o registraciji, odnosno odobravanju objekata za uzgoj, držanje i promet životinja.<sup>32</sup>

Pojedine podzakonske akte, nadležni ministar, i pored desetogodišnje primene ZDŽ, iako je za to ovlašćen istim zakonskim tekstrom, on još nije doneo: akt o bližim uslovima i načinu organizovanja javnog prikazivanja životinja, na osnovu čl. 8, st. 7 ZDŽ; akt o bližim uslovima u pogledu objekata za držanje životinja, programu obuke o dobrobiti životinja i bližoj sadržini Registra lica za obuku životinja, na osnovu čl. 11, st. 8; akt o načinu obavljanja obuke životinja, na osnovu čl. 11, st. 9 ZDŽ; akt o vrstama intervencija koje može obavljati vlasnik, odnosno držalač životinje i vrstama intervencija koje se mogu obavljati bez upotrebe anestezije, na osnovu čl. 13, st. 6; akt o vrstama specifičnih i invazivnih ogleda na životinjama, na osnovu čl. 34, st. 8 ZDŽ; akt o vrstama dozvoljenih genetskih manipulacija i modifikacija na životinjama, na osnovu čl. 47, st. 2 ZDŽ; akt o načinu i sredstvima za prikupljanje napuštenih i izgubljenih životinja, kao i načinu prevoza i zbrinjavanja napuštenih i izgubljenih životinja, na osnovu čl. 66, st. 5 ZDŽ. To, svakako, otežava primenu ZDŽ i omogućava da se njegove odredbe različito interpretiraju u praksi, uglavnom na štetu životinja.

Budući da donošenje preostalih podzakonskih akata ili izmena i dopuna postojećih propisa, iz nadležnosti ministra ovlašćenog za poslove veterine, podrazumeva dobro poznavanje veterine, medicine, poljoprivrede, zoologije, a iznad svega posebna znanja koja se tiču zaštite dobrobiti životinja, neophodno je da

---

<sup>27</sup> Pravilnik o uslovima u pogledu prevoznih sredstava u kojima se prevoze životinje, *Službeni glasnik RS*, br. 14/2010.

<sup>28</sup> Pravilnik o načinu držanja pasa koji mogu predstavljati opasnost po okolinu, *Službeni glasnik RS*, br. 65/2010.

<sup>29</sup> Pravilnik o uslovima koji treba da ispunjava zoološki vrt, odnosno mini zoološki vrt i elementima za određivanje mini zoološkog vrta, *Službeni glasnik RS*, br. 75/2010.

<sup>30</sup> Pravilnik o uslovima koje moraju da ispune odgajivačnice za životinje, *Službeni glasnik RS*, br. 14/2012.

<sup>31</sup> Pravilnik o uslovima koje moraju da ispunjavaju prihvatilišta i pansioni za životinje, *Službeni glasnik RS*, br. 19/2012.

<sup>32</sup> Pravilnik o registraciji, odnosno odobravanju objekata za uzgoj, držanje i promet životinja *Službeni glasnik RS*, br. 36/2017.

postoji određeno ekspertsko telo, poput Saveta za dobrobit životinja u Austriji<sup>33</sup> ili Komisije za zaštitu životinja u Nemačkoj.<sup>34</sup>

U delokrug austrijskog Saveta za dobrobit životinja, kao saveznog organa, spada savetovanje nadležnog ministra o pitanjima dobrobiti životinja; pripremanje i dostavljanje mišljenja o nacrtima propisa na osnovu ZZŽA; izrada osnova za donošenje odluka na temelju naučnih i praktičnih nalaza i stručnih mišljenja; i pisanje preporuka i odgovora na pitanja, u domenu dobrobiti životinja, u ime nadležnog ministra, polazeći od propisa Evropske unije, ekonomskih uslova i mogućnosti u praktičnoj primeni.<sup>35 36</sup>

Ovlašćenja nemačke Komisije za zaštitu životinja su manje određena, budući da ZZŽN propisuje da ona služi nadležnom saveznom ministru kao podrška u pitanjima zaštite životinja. Pritom, nadležni ministar je dužan da sasluša mišljenje Komisije za zaštitu životinja, pre nego što doneše neki propis.<sup>37</sup>

Konstituisanje ovakvog tela u Republici Srbiji ne samo što bi olakšalo rad nadležnog ministra i dalo kvalitetniju dimenziju njegovom delovanju, već bi i doprinelo da se izbegne neusaglašenost podzakonskih propisa sa ZDŽ.<sup>38</sup>

Poseban problem za snalaženje u praksi je veliki broj podzakonskih akata, sa ponavljanjem istih rešenja<sup>39</sup> za pojedine segmente zaštite dobrobiti životinja, umesto da se, recimo, postupilo na način koji propisuje švajcarski Pravilnik o zaštiti životinja.<sup>40</sup>

### **3.2. Legislativna ovlašćenja organa jedinica lokalne samouprave**

Rok od dve godine od stupanja na pravnu snagu ZDŽ propisan je i za organe jedinice lokalne samouprave u pogledu donošenja odluka kojim se bliže precizira mesto i način izvođenja kućnih ljubimaca na javne površine i izrade pro-

<sup>33</sup> Sastav Saveta za dobrobit životinja propisuje ZZŽA, par. 42, st. 2 i 3.

<sup>34</sup> Vid. ZZŽN, par. 16, b. Inače, sastav ove Komisije nije normiran ZZŽN, već je to prepusteno podzakonskim aktima.

<sup>35</sup> Vid. ZZŽA, par. 42, st. 7.

<sup>36</sup> Pored Saveta za dobrobit životinja, u Austriji, na saveznom nivou, deluje i Komisija za dobrobit životinja (na osnovu ZZŽA, par. 41a), čija se ovlašćenja unekoliko poklapaju sa ovlašćenjima Saveta za dobrobit životinja, budući da ona ima zadatak da savetuje nadležnog ministra o pitanjima iz domena dobrobiti životinja, da daje preporuke nadležnom ministru u pogledu strategije za dalji razvoj dobrobiti životinja i preporuke u vezi političkih prioriteta na planu rada nadležnog ministra koji se tiču dobrobiti životinja. Vid. ZDŽA, par. 41a, st. 6.

<sup>37</sup> Vid. ZZŽN, par. 16, b.

<sup>38</sup> O tome je već pisano, kada je reč o prevozu životinja. Vid. Nataša Stojanović, „Pravna zaštita dobrobiti životinja tokom prevoza u Evropi“, *Teme*, 3/2013, 1265–1267.

<sup>39</sup> *Ibid.*

<sup>40</sup> Vid. Pravilnik o zaštiti životinja Švajcarske Konfederacije – PZZ (Tierschutzverordnung od 23. aprila 2008. godine, *AS 2008* 2985, sa poslednjim izmenama i dopunama od 27. novembra 2018. godine, *AS 2018* 4283, na internet stranici <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20080796/index.html>, 22. jun 2019. godine).

grama kontrole i smanjenja populacije napuštenih pasa i mačaka, prema specifičnostima sredine.<sup>41</sup>

Slovo ZDŽ u potpunosti je ispoštovala skupština grada Niša, usvajanjem Odluke o mestima i načinu izvođenja kućnih ljubimaca na javne površine na teritoriji grada Niša,<sup>42</sup> dok je grad Kragujevac to pitanje pretežno uredio Odlukom o držanju i zaštiti domaćih životinja na teritoriji grada Kragujevca,<sup>43</sup> <sup>44</sup> a grad Novi Sad, Odlukom o držanju domaćih životinja.<sup>45</sup>

U Posebnom izveštaju Zaštitnika građana, posvećenom problemima u primeni odredaba ZV i ZDŽ, o staranju o napuštenim i izgubljenim životnjama, iz 2019. godine, može se videti da je od ukupnog broja jedinica lokalne samouprave koje su ispunile svoju obavezu saradnje sa zaštitnikom građana (ukupno 118 jedinica lokalne samouprave od 150 gradova i opština na teritoriji Republike Srbije), te popunile anketu sa odgovarajućim brojem pitanja, relativno mali broj ovih subjekata je blagovremeno ili sa „razumnim“ kašnjenjem (u prvih šest godina od početka primene Zakona), doneo Program kontrole i smanjenja populacije napuštenih pasa i mačaka (ukupno 37 jedinica lokalne samouprave). Drugi su ga doneli tek u poslednje tri godine važenja Zakona (ukupno 43 jedinice lokalne samouprave). Dok, ne tako mali broj jedinica lokalne samouprave, do sada nije ispunio svoju zakonsku dužnost, pravdajući to svoje nečinjenje uglavnom finansijskim, kadrovskim i tehničkim problemima. Nezainteresovanost jedinica lokalne samouprave da na svojoj teritoriji počnu sa humanim rešavanjem prekobrojnosti populacije napuštenih pasa i mačaka, za početak, donošenjem Programa kontrole i smanjenja populacije ovih životinja, najbolje se vidi iz odgovara da je nedonošenje ovog planskog dokumenta posledica propusta nadležnih organa ili „činjenice da nisu bile upoznate sa ovom obavezom“.<sup>46</sup>

Subjekti koji su blagovremeno ili sa kašnjenjem ispunili dužnost izrade programa kontrole i smanjenja populacije napuštenih pasa i mačaka, prema specifičnostima sredine, pridržavali su se, u njegovoj izradi, preporuka za kontrolu popu-

---

<sup>41</sup> Vid. ZDŽ, čl. 54.

<sup>42</sup> Odluka o mestima i načinu izvođenja kućnih ljubimaca na javne površine na teritoriji grada Niša, *Službeni list grada Niša*, br. 10/2015 i 18/2017.

<sup>43</sup> Odluka o držanju i zaštiti domaćih životinja na teritoriji grada Kragujevca, čl. 20–25 (*Službeni list grada Kragujevca*, br. 18/2014 – prečišćen tekst, 9/2017 i 11/2018).

<sup>44</sup> Ova Odluka upućuje na druge propise koji se, takođe, primenjuju u konkretnom slučaju. Vid. ovaj podzakonski akt, čl. 20–21.

<sup>45</sup> Odluka o držanju domaćih životinja grada Novog Sada, čl. 18–28 (*Službeni list grada Novog Sada*, br. 60/2010, 12/2011, 17/2011 – ispr., 1/2012, 65/2013 – dr. odluka, 13/2014, 11/2015, 33/2015 – autentično tumačenje, 63/2015 i 16/2018).

<sup>46</sup> Vid. Zaštitnik građana Republike Srbije, „Poseban izveštaj Zaštitnika građana – Problemi u primeni odredbi Zakona o veterinarstvu i Zakona o dobrobiti životinja o staranju o napuštenim i izgubljenim životnjama“, Beograd, 2019, na internet stranici <https://www.ombudsman.rs/index.php/izvestaji/posebni-izvestaji/>, 12. jun 2019. godine.

lacijske pasa latalice Svetske organizacije za zdravlje životinja (*World Organisation for Animal Health – OIE*),<sup>47</sup> što je pozitivna okolnost.

Između onoga što je napisano u tim programima i onoga što se dešava u stvarnosti postoji priličan nesklad, pa su tako od pojedinih udruženja za zaštitu životinja zabeleženi slučajevi da se umesto registracije i obeležavanja napuštenih pasa i mačaka i njihove sterilizacije i udomljavanja ili vraćanja na mesto gde su ranije boravili, psi usmrćuju, iako je reč o zdravim i mladim životinjama, ili da se papirološki izvedu sve ove radnje, a u praksi gotovo ništa od toga, i pritom se iz gradskog budžeta odlivaju velika sredstva, na ime humanog tretmana nauštenih životinja.<sup>48</sup> Programom kontrole i smanjenja populacije napuštenih životinja utvrđena mera jedinica lokalne samouprave da promovišu odgovorno vlasništvo nad životnjama, putem medijske kampanje, osim sporadičnih primera,<sup>49</sup> nije se uopšte realizovala, a takvu sudbinu je doživela i mera edukacije i informisanja vlasnika, odnosno držaoca životinja o dužnostima koje imaju prema životnjama i humanom postupanju prema njima, uvažavajući njihove potrebe i osobine.

Poštovanje slova Zakona određenog broja jedinica lokalne samouprave u pravcu donošenja programa kontrole i smanjenja populacije napuštenih pasa i mačaka, uz osnivanja prihvatilišta, kako je već primetio Zaštitnik građana Republike Srbije, nije nikakva garancija za rešavanje višedecenijskog problema napuštenih životinja.<sup>50</sup> Mi dodajemo, utoliko pre što za druge jedinice lokalne samouprave koje još nisu donele ovaj planski dokument, ZDŽ izgleda ne važi i što se one, kao i vlasnici životinja ne kontrolišu i ne sankcionišu za napuštanje i nesprečavanje rađanja neželjenih kućnih ljubimaca, uključujući tu i odgajivačnice.

#### 4. O REGISTRIMA KOJE VODI ILI BI TREBALO DA VODI NADLEŽNO MINISTARSTVO

ZDŽ nalaže subjektima koji drže, uzbudjavaju ili obavljaju promet životinja u proizvodne svrhe da objekte, u kojima se te aktivnosti sprovode, upisu u odgova-

<sup>47</sup> Vid. Svetski kodeks za zdravlje životinja, Pododeljak 7. 7. Kontrola populacije napuštenih pasa (Terrestrial Animal Health Code, Chapter 7. 7, Stray dog population control), na internet stranici [http://www.oie.int/index.php?id=169&L=0&htmfile=chaptire\\_aw\\_stray\\_dog.htm](http://www.oie.int/index.php?id=169&L=0&htmfile=chaptire_aw_stray_dog.htm), 9. maj 2019. godine.

<sup>48</sup> Naročito zabrinjavajuće deluju podaci na koje su ukazali predstavnici udruženja „Alfa“ o sprovođenju programa kontrole i smanjenja populacije napuštenih pasa od strane Zoohigijene u Požegi. Vid. Planiraju da ubiju 1.300 pasa i mačaka: teške optužbe na račun komunalaca iz Požege, <http://www.telegraf.rs/vesti/2047508-planiraju-da-ubiju-1-300-pasa-i-macaka-teške-optužbe-na-račun-komunalaca-iz-požege-foto>, 12. maj 2019.

<sup>49</sup> Vid. U tom pogledu treba pohvaliti inicijativu grada Beograda i Uprave za veterinu koji su pokrenuli kampanju „Prijavi nasilje nad životnjama“, decembra 2012. godine. Podaci preuzeti sa internet stranice <https://nadlanu.com/134405/prijavite-nasilje-nad-zivotnjama/>, 22. mart 2019.

<sup>50</sup> Vid. Zaštitnik građana Republike Srbije, 2019.

rajući registar objekata koji vodi nadležno ministarstvo, naravno posle ispunjenja propisanih uslova u neposrednoj vezi sa dobrobiti životinja, a u pogledu prostora, prostorija i opreme.<sup>51</sup> To se podjednako odnosi i na odgajivačnice, prodavnice životinja, pansione za kućne ljubimce, prihvatilišta za napuštene životinje,<sup>52</sup> a pretpostavljamo i na objekte za higijenu i ulepšavanje životinja, premda ZDŽ o tome ništa izričito ne kaže.<sup>53</sup>

U fokusu naše pažnje su odgajivačnice i prihvatilišta za napuštene životinje.

Objekti za reprodukciju životinja u komercijalne svrhe (odgajivačnice)<sup>54</sup> i prodavnice životinja, da bi mogle delovati, saglasno odredbama ZDŽ, moraju biti, po ispunjenju propisanih uslova, upisane u Registar objekata koje vodi nadležno ministarstvo. Time se, s jedne strane, kroz kontrolu ovlašćenog veterinarskog inspektora obezbeđuje određeni nivo zaštite životinja, a s druge strane, uvode u ekonomske tokove društva subjekti koji, zahvaljujući životnjama, stiču prihode.

Uvidom u Bazu podataka Uprave za veterinu Ministarstva poljoprivrede, šumarstva i vodoprivrede Republike Srbije može se videti da je registrovano ukupno 20 odgajivačnica životinja, dok se prodavnice životinja ne spominju.<sup>55</sup> Mali broj registrovanih odgajivačnica ne odgovara realnom stanju stvari, barem prema onome što Baza podataka Kinološkog saveza Srbije sadrži, budući da je njom obuhvaćeno više od 3.200 odgajivačnica pasa koje su, dakle, pretežno „nevidljive“ za nadležno ministarstvo i šire, za pravni promet.<sup>56</sup> Pravna situacija oko odgajivačnica postaje još zamršenija ako se uzme u obzir da su štenadi iz tih odgajivačnica predmet kupoprodaje, iako potiču iz neregistrovanih objekata, što je suprotно ZV<sup>57</sup> i što se takva aktivnost smatra, prema Zakonu o inspekcijskom nadzoru,<sup>58</sup> prekršajem, čak i u situaciji da je odgajivačnica upisana kod Agencije za privredne registre, budući da se zahteva posebna registracija i kod nadležnog ministarstva. Ovaj pravni absurd dobija na težini ako se, s jedne strane, uzme u obzir činjenica da neko ko stiče dobit, zahvaljujući životnjama, ne plaća porez za obavljanje te aktivnosti i upošljava radnike „na crno“, a s druge strane, minimizira se zaštita dobrobiti životinja, budući da ih niko ne kontroliše i da su one mesta za hiperprodukciju štenadi koja često završe na ulici kao napuštene životinje, što i te kako utiče na odliv sredstava iz budžeta opština i gradova.

---

<sup>51</sup> Vid. ZDŽ, čl. 18, st. 2.

<sup>52</sup> Vid. ZDŽ, čl. 59, st. 1 i čl. 61, st. 1.

<sup>53</sup> Vid. ZDŽ, čl. 60.

<sup>54</sup> Vid. ZDŽ, čl. 5, st. 1, tač. 33.

<sup>55</sup> Podaci dostupni na internet stranici <http://vet.minpolj.gov.rs/sr/component/content/article/266-registri>, 14. jul 2019. godine.

<sup>56</sup> Podaci dostupni na internet stranici <http://ksrs.rs/odgajivacnice/>, 14. jul 2019. godine.

<sup>57</sup> Vid. ZV, čl. 93, st. 1.

<sup>58</sup> Vid. Zakon o inspekcijskom nadzoru Republike Srbije, čl. 57, u vezi sa čl. 3, st. 4 (*Službeni glasnik RS*, br. 36/2015, 44/2018 – dr. zakon i 95/2018).

Ako država zaista želi da uvede red u osnivanje i rad odgajivačica i obezbedi dobrobit životinja, prekopotrebno je dosledno poštovanje i primena svih relevantnih propisa. To podrazumeva da samo kućni ljubimci koji su rođeni u registrovanim odgajivačnicama, i koji su pritom obeleženi i registrovani, mogu biti prodati ili poklonjeni.<sup>59</sup> To, takođe, znači da Kinološki savez Srbije ne bi smeо ni jednu odgajivačnicu da uvede u svoje članstvo, sve dok se ona ne registruje kod nadležnog ministarstva, a da članice Savez obaveže da u razumnom roku (do jedne godine), preduzmu potrebne korake u pravcu registracije.

Zakonska dužnost nadležnog organa jedinica lokalne samouprave o osnivanju prihvatilišta za zabrinjavanje napuštenih životinja je i dalje, posle toliko godina primene ZDŽ, više mrtvo slovo na papiru nego realnost. Naime, prema dostupnim podacima Uprave za veterinu pri Ministarstvu poljoprivrede, šumarstva i vodoprivrede, na teritoriji Republike Srbije registrovano je i radi ukupno 70 prihvatilišta, od toga 47 prihvatilišta, čiji su osnivači organi jedinice lokalne samouprave i 23, čiji su osnivači neki drugi subjekti.<sup>60</sup> Zaštitnik građana Republike Srbije u svom Posebnom izveštaju posvećenom problemima u primeni ZDŽ i ZV, navodi razloge zbog kojih mnogobrojne jedinice lokalne samouprave još nisu osnovale prihvatilišta za smeštaj životinja. One se, uglavnom, pozivaju na nedostatak finansijskih sredstava<sup>61</sup> i kadrovskih kapaciteta, kao i na problem nalaženja lokacija za izgradnju prihvatilišta za životinje. Zaštitnik građana, s pravom, u pomenutom dokumentu, konstatuje da ovako neodgovoran pristup jedinica lokalne samouprave u obezbeđenju smeštajnog prostora za napuštene životinje, u velikoj meri je „podstaknut“ (ne)postupanjem Uprave za veterinu koja ne vrši potrebnu kontrolu, radi provere da li su sve jedinice lokalne samouprave obezbedile objekte za smeštaj životinja i da li ti smeštajni kapaciteti ispunjavaju uslove za rad i, samim tim, dobrobit životinja.<sup>62</sup>

Poseban problem, kada je reč o registrovanim prihvatilištima za napuštene životinje, a što je Zaštitnik građana Republike Srbije u navedenom Posebnom izveštaju, takođe, uočio, jeste da subjekt – privatni preduzetnik koji ga je osnovao, barem na papiru, organizuju staranje i brigu o napuštenim životnjama, sa terito-

---

<sup>59</sup> Hrvatski zakonodavac insistira na tome da se, prilikom prodaje psa ili promene vlasništva nad psom, mora obavezno, kod oglašavanja, objaviti broj mikročipa psa i broj mikročipa njegove majke. Vid. Zakon o zaštiti životinja Republike Hrvatske – ZZŽH, čl. 74, st. 3 (*Narodne novine*, br. 102/2017 i 32/2019).

<sup>60</sup> Podaci dostupni na internet stranici <http://vet.minpolj.gov.rs/sr/component/content/article/266-registri>, 14. jul 2019. godine.

<sup>61</sup> S pravom je primećeno u pravnoj literaturi da takvo opravdanje nema realno pokriće, budući da se višemilionski iznosi iz istih budžeta troše za nadoknadu štete, pod sumnjivim okolnostima, povećanog broja ujeda pasa. Detaljnije o tome, vid. Marko Davinić, „Upravno-pravni aspekti Zakona o dobrobiti životinja“, *Zbornik radova „Životinje i pravo“*, (ur. Marija Karanikić-Mirić, Marko Davinić i Igor Vuković), Pravni fakultet, Beograd 2016, 126.

<sup>62</sup> Vid. Zaštitnik građana Republike Srbije, 2019.

rije više opština koje nemaju prihvatilišta, a da mu kapaciteti samog prihvatilišta to nikako ne dozvoljavaju.<sup>63</sup> Može se samo naslutiti gde se te životinje nalaze.

Osim ovih prihvatilišta, postoje i neregistrovana prihvatilišta, u vlasništvu udruženja za zaštitu životinja i pojedinaca. I jedna i druga prihvatilišta nisu sigurna utočišta za napuštene životinje, budući da se u njima zarazne bolesti lako šire, da su uginuća životinja izražena u gotovo istom procentu kao i životinja koje su na ulici, da zbog ograničenosti prostora i, redovno prekobrojnosti, životinje doživljavaju promene u ponašanju, koje često ima za posledicu njihovo sukobljavanje, a bilo je i slučajeva, u pojedinim prihvatilištima, sistematskog zlostavljanja i nezakonitog usmrćenja životinja.<sup>64</sup>

Uprava za veterinu Ministarstva poljoprivrede, šumarstva i vodoprivrede Republike Srbije, osim registra objekata u kojima se životinje drže, dužna je da vodi registre subjekata koji obučavaju, prevoze ili sprovode oglede na životnjama.<sup>65</sup>

Uvidom u Bazu podataka koje vodi Uprava za veterinu u okrilju nadležnog ministarstva jasno se vidi da Registar lica za obuku životinja ne postoji, kao ni Registar prevoznika životinja,<sup>66</sup> dok je uspostavljen Registar za oglede na životnjama i do sada su u njega upisana 23 subjekta koji sprovode eksperimente na životnjama, uključujući tu i subjekte koji se bave držanjem, reprodukcijom i prometom oglednih životinja.<sup>67</sup>

Nepostojanje registra subjekata koji prevoze životinje u komercijalne svrhe posebno dobija na težini, budući da je reč o široko razgranatoj ekonomskoj aktivnosti koja uključuje veliki broj životinja. To, s jedne strane znači, da nadležni organi i dalje nemaju uvid u to: ko životinje prevozi? kako se postupa sa njima prilikom utovara, istovara ili pretovara? jesu li pratioci životinja, ako ih uopšte ima, prošli obuku za dobrobit životinja? da li prevozna sredstva zadovoljavaju uslove, propisane ZDŽ i odgovarajućim pravilnicima? S druge strane, postoji velika opasnost da su ti isti subjekti koji profitiraju od životinja, „nevidljivi“ za nadležne organe u Republici Srbiji i da od toga štetu ima društvena zajednica u celini. Srpski normotvorac, verovatno računajući na odgovoran pristup prevoznika životinja u vezi upisa u Registar prevoznika, a prethodno i ispunjenja svih postavljenih uslova oko prevoza životinja, prepustio je samim prevoznicima da, podnošenjem zahteva, odgovarajuće sadržine, nadležnom ministarstvu, pokrenu pravni mehanizam registracije. Evidento je da ovakvo rešenje nema primenljivost

---

<sup>63</sup> Vid. Zaštitnik građana Republike Srbije, 2019.

<sup>64</sup> Podaci dostupni na internet stranici <http://www.psiimackeusrbiji.edu.rs/prihvatilista.php>, 9. maj 2018. godine.

<sup>65</sup> Vid. ZDŽ, čl. 11, st. 1, čl. 22, st. 1 i čl. 33, st. 1.

<sup>66</sup> Zaštitnik građana Republike Srbije je, u već spomenutom Izveštaju, ukazao na nepostojanje ovog Registra.

<sup>67</sup> Podaci dostupni na internet stranici <http://vet.minpolj.gov.rs/sr/component/content/article/266-registri>, 14. jul 2019. godine.

u praksi i da bi svaka opština na teritoriji Republike Srbije trebalo, na svom području, da proverava ko se bavi ovom profitabilnom aktivnošću i da svakog neregistrovanog prevoznika prijavi veterinarskoj inspekciji.

## 5. SUBJEKTI OVLAŠĆENI ZA KONTROLU PRIMENE ZAKONA O DOBROBITI ŽIVOTINJA

„Glavni kontrolor“ u sproveđenju odredaba ZDŽ, kao i u primeni podzakonskih akata koji prate ovaj zakonski tekst jeste Ministarstvo poljoprivrede, šumarstva i vodoprivrede koje deluje preko veterinarskih inspektora<sup>68</sup> i eventualno ovlašćenih veterinara i veterinarskih stanica.<sup>69</sup> Dragocenu pomoć veterinarskom inspektoru, u njegovom radu, mogu da pruže, ukoliko to zahteva, predstavnici Ministarstva unutrašnjih poslova.<sup>70</sup> S pravom je primećeno u teoriji da bi efikasniji nadzorni mehanizam nad primenom odredaba ZDŽ sigurno bio postignut, ako bi, pored veterinarskih inspektora, bila uključena i posebno formirana jedinica pri Ministarstvu unutrašnjih poslova, obučena za dobrobit životinja i zadužena za kontrolu primene ovog zakonskog teksta, što se praktikuje već godinama na prostoru Sjedinjenih Američkih Država, ali i pojedinih evropskih zemalja, poput Italije, Norveške, Holandije, Belgije i Bugarske.<sup>71</sup>

Određivanje isključivo veterinarskih inspektora, preko kojih nadležno ministarstvo treba da nadzire primenu ZDŽ i propisa utemeljenih na njemu, čini se da je nerealno zamišljeno od strane srpskog zakonodavca, s obzirom na širok spektar poslova koje taj inspektorski nadzor podrazumeva. Tu se bolje snašao, recimo, hrvatski zakonodavac, propisivanjem da, osim veterinarskih inspektora, i poljoprivredni inspektori vrše inspekcijski nadzor nad sprovođenjem ZZŽH i pratećih propisa.<sup>72</sup>

Doduše, srpski zakonodavac omogućava nadležnom ministru da ovlašćenim veterinarima može poveriti pojedine stučne poslove za potrebe veterinarske inspekcije. Međutim, to ne podrazumeva potpuno poklapanje prava i dužnosti između veterinarskih inspektora i ovlašćenih veterinara.<sup>73</sup>

Potpunijoj kontroli primene ZDŽ i propisa donetih na osnovu njega, svakako, doprinoće bi širi spektar prava i dužnosti ovlašćenog veterinara i uključivanje u poslove inspekcijskog nadzora i poljoprivrednih inspektora. Kao značajnu kariku u poboljšanju primene ZDŽ (ali i ZV) mi vidimo i komunalne milicajce kojima se

---

<sup>68</sup> Vid. ZDŽ, čl. 76, st. 1.

<sup>69</sup> Vid. ZDŽ, čl. 80.

<sup>70</sup> Vid. ZDŽ, čl. 78, st. 2.

<sup>71</sup> Vid. M. Davinić, 119, fn. 37.

<sup>72</sup> Vid. ZZŽH, čl. 75, st. 3.

<sup>73</sup> Upor. ZDŽ, čl. 78 i čl. 80.

mogu, kao i u hrvatskom pravu, priznati ovlašćenja da na licu mesta očitaju mikročip kućnog ljubimca, ulaze u prostorije u kojima se drže životinje i obaveštavaju, bez odlaganja, veterinarskog inspektora o svim postupcima prema životnjama koje ZDŽ zabranjuje, a za čiju kontrolu je neposredno zadužen veterinarski inspektor.<sup>74</sup> <sup>75</sup> <sup>76</sup> Angažovanje komunalnih milicajaca u kontroli sproveđenja ZDŽ, doprinelo bi da se svedu na najmanju meru situacije, da se kod nadležnih institucija prijavljuje zlostavljanje životinja,<sup>77</sup> a da one subjekte koji to čine, upućuju na neke druge službe, pozivajući se na to da nisu nadležne, ili da uopšte ne reaguju.<sup>78</sup>

Višegodišnja praksa u Švajcarskoj, u kantonu Cirihi, pokazala je da je uvođenje advokata za dobrobit životinja u krivičnim stvarima,<sup>79</sup> popravilo primenu ZZŽŠ za sve vreme njegovog delovanja.<sup>80</sup> <sup>81</sup>

Takovom namerom se očigledno vodio i austrijski zakonodavac koji nalaže svakoj pokrajini na teritoriji Austrije da imenuje ombudsmana za zaštitu životinja, sa zadatkom da zastupa interes životinja.<sup>82</sup>

Novi ZZŽH, takođe, propisuje da svaka jedinica lokalne samouprave mora odrediti lice odgovorno za dobrobit životinja koje pritom mora biti i član koordinacione radne grupe.<sup>83</sup>

Čini se, uzimajući u obzir ovlašćenja ombudsmana za zaštitu životinja u austrijskom pravu i višegodišnje delovanje advokata za životinje u kantonu Cirihi, da bi postojanje takvog subjekta, neposredno zaduženog za zaštitu dobrobiti životinja i zastupanje njihovih interesa na nivou svakog okruga u Republici Srbiji predstavljalo podsticaj za bolju primenu ZDŽ i efikasniju zaštitu životinja. Pritom, poverenici za zaštitu životinja po okruzima, u isto vreme, bili bi, kao eksperti za

---

<sup>74</sup> U tom pravcu vid. ZZŽH, čl. 80.

<sup>75</sup> Slično zapažnje već je ranije izneto. Vid. Nataša Vukomirović, „Uhvati – steriliši – vrati, zadrži ili udomi“, na internet stranici <http://link.plus.org.rs>, 12. februar 2017. godine.

<sup>76</sup> O vrstama ovlašćenja komunalnih milicijaca u srpskom pravu, vid. Zakon o komunalnoj miliciji Republike Srbije, čl. 18 (*Službeni glasnik RS*, br. 49/2019).

<sup>77</sup> ZDŽ jasno kaže da je dužnost svih građana Republike Srbije da spreče i prijave ministarstvu, nadležnom za poslove veterine ili ministarstvu, nadležnom za unutrašnje poslove, sve oblike zlostavljanja životinja i svako ugrožavanje života, zdravlja i dobrobiti životinja. Vid. ZDŽ, čl. 3, st. 3.

<sup>78</sup> Vid. Nataša Vukomirović, „Razlozi za izricanje malog broja osuđujućih presuda učinocima krivičnog dela ubijanja i zlostavljanja životinja“, na internet stranici <http://link.plus.org.rs>, 12. februar 2017. godine.

<sup>79</sup> O ovom institutu opširnije vid. Gieri Bolliger (Boliger), Michelle Richner (Rihner) Vanessa Gerritsen, (Gerritsen) *Schweizer Tierschutzstraf-praxis 2008, Sechster auswertender Jahresbericht über die Tierstraffälle-Datenbank der Stiftung für das Tier im Recht (TIR)*, Zürich 2009, 19.

<sup>80</sup> Vid. M. Michel, E. Schneider Kayasseh, 18.

<sup>81</sup> Nažalost, referendum koji je sproveden 7. marta 2010. godine, sa ciljem uvođenja advokata za drobrobbit životinja u krivičnim stvarima za teritoriju celokupne Švajcarske, doživeo je potpuni krah, čak i na teritoriji kantona Cirihi. Vid. *ibid*.

<sup>82</sup> Vid. ZZŽA, par. 41.

<sup>83</sup> Vid. ZZŽH, čl. 70, st. 5.

pitanja zaštite dobrobiti životinja i članovi Komisije za zaštitu dobrobiti životinja, kao savetodavnog tela nadležnog ministra.

Višem nivou zaštite dobrobiti životinja svakako bi doprinela i „specijalizacija“ pojedinih tužilaca i sudija za dobrobit životinja koji postupaju u predmetima u neposrednoj vezi sa zaštitom životinja.<sup>84</sup>

## 6. KAZNE ZA PROTIVPRAVNO POSTUPANJE PREMA ŽIVOTINJAMA SANKCIONISANO ZAKONOM O DOBROBITI ŽIVOTINJA

ZDŽ, za protivpravno postupanje prema životnjama predviđa, kao prekršajnu sankciju, novčanu kaznu koja se: za pravna lica kreće u rasponu od 100.000 do 1.000.000 dinara, za odgovorno lice u pravnom licu ili organu jednice lokalne samouprave u iznosu od 10.000 do 50.000 dinara, za fizičko lice u rasponu od 5.000 do 50.000 dinara, a za preduzetnika u iznosu od 50.000 do 500.000 dinara.<sup>85</sup> Za razliku od ZZŽN<sup>86</sup>, kao i ZZŽA,<sup>87</sup> ZDŽ ne propisuje kao prekršajnu sankciju zaštitne mere.

U odnosu na švajcarskog i nemačkog zakonodavca koji, polazeći od težine protivpravnih postupaka prema životnjama, njih dele na krivična dela i prekršaje, domaći normotvorac, poput austrijskog legislatora,<sup>88</sup> predviđa samo prekršaje, prepustajući Krivičnom zakoniku Republike Srbije,<sup>89</sup> da krivičnim delom ubijanja i zlostavljanja životinje,<sup>90</sup> sankcioniše takvo nedozvoljeno ponašanje. Pritom, ZZŽA, iako samo normira prekršaje, njih, takođe, prema težini, rangira, određujući različite iznose novčanih kazni. Na identičan način postupa i nemački zakonodavac.<sup>91</sup> Izričita zapovest švajcarskog i austrijskog zakonodavca je kažnjavanje i za pokušaj protivpravnog ponašanja prema životnjama.<sup>93</sup>

---

<sup>84</sup> Slično rešenje je u primeni u Švajcarskoj, u kantonu Sent Galen, gde postoji specijalni tužilac, zadužen za postupanje u predmetima protivpravnog postupanja prema životnjama. Vid. M. Michel, E. Schneider Kayasseh, 19.

<sup>85</sup> Vid. ZDŽ, čl. 82–85.

<sup>86</sup> Vid. ZZŽN, par. 19–20.

<sup>87</sup> Vid. ZZŽA, par. 39–40.

<sup>88</sup> Upor. ZZŽN, par. 17–18, ZZŽŠ, čl. 26 i čl. 28, kao i ZZŽA, par. 38.

<sup>89</sup> Krivični zakonik Republike Srbije – KZ, čl. 269 (*Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/19).

<sup>90</sup> O prirodi ovog krivičnog dela, vid. Ana Batrićević, „Dometi i implementacija Zakona o dobrobiti životinja u pravnom sistemu Republike Srbije“, *Pravna riječ, časopis za pravnu teoriju i praksu*, Banja Luka, 23/2010, 356–361.

<sup>91</sup> Vid. ZZŽN, par. 18.

<sup>92</sup> U domaćoj pravnoj literaturi, takođe, ima shvatanja u prilog usaglašavanju težine prekršaja sa visinom novčane kazne. Vid. Jelena Vidić Trninić, „Pravna zaštita kućnih ljubimaca u domaćem zakonodavstvu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, XLVI, 4/2012, 331.

<sup>93</sup> Vid. ZZŽŠ, čl. 28, st. 2 i ZZŽA, par. 38, st. 5.

Ono što je posebno uočljivo, jeste visina kazni za izvršena krivična dela ili prekršaje prema životinjama. Tako, švajcarski i nemački zakonodavac za izvršeno krivično delo prema životinji zaprećuje kaznu zatvora do tri godine ili novčanu kaznu,<sup>94</sup> a kod nas je, samo da uporedimo, za osnovni oblik krivičnog dela ubijanja i zlostavljanja životinje propisana kazna zatvora do jedne godine ili novčana kazna, a tek kada je u pitanju teži oblik ovog krivičnog dela, može se izreći kazna zatvora do tri godine.<sup>95</sup> Za učinjene prekršaje prema životinjama novčana kazna, u švajcarskom pravu je do 20.000 franaka, a u nemačkom pravu, za određene, teže prekršaje, može se izreći novčana kazna do 25.000 evra, a za druge, lakše prekršaje do 5.000 evra.<sup>96</sup> U austrijskom pravu, za teža protivpravna postupanja prema životnjama, zaprećena je novčana kazna do 7.500 evra, a za lakše prekršaje, novčana kazna do 3.750 evra.<sup>97</sup>

Očigledno je da se ovakvom kaznenom politikom austrijskog, nemačkog i švajcarskog zakonodavca može i preventivno i represivno delovati na učinioce krivičnih dela i prekršaja prema životinjama, za razliku od domaćeg normotvorca koji blagom kaznenom politikom, ne koristi životinjama i ne utiče, u nekoj značajnijoj meri, na učinioce kažnjivih dela da promene svoj odnos prema životinjama i šire, prema slabijima od sebe.<sup>98</sup> Neko će reći, dok čita ovaj tekst, da visina novčanih kazni odgovara ekonomskoj moći stanovništva u Austriji, Švajcarskoj i Nemačkoj i da je za naše podneblje to neprimereno.

Da od blage kaznene politike nema velike koristi jasno potvrđuje hrvatski zakonodavac koji je, u novom ZZŽ, rangirao, prema težini, protivpravna postupanja prema životnjama i propisao prilično visoke novčane kazne. Pa tako, za određene prekršaje (na primer, za držanje životinja, radi prodaje krvna), novčana kazna za pravna lica može se odmeriti od 50.000 do 100.000 kuna, a za fizička lica od 20.000 do 50.000 kuna, uz mogućnost izricanja zaštite mere oduzimanja životinje i zaštine mere zabrane držanja životinje.<sup>100</sup> Za druge prekršaje (primera radi, za napuštanje životinje ili kućnog ljubimca), novčana kazna je blaža i kreće se u rasponu od 30.000 do 50.000 kuna, za pravna lica, odnosno od 15.000 do 30.000 kuna, za fizička lica.<sup>101</sup> Čak i najniža novčana kazna, propisana za određene prekršaje (na primer, ne objavi se broj mikročipa psa i broj mikročipa majke psa, prilikom oglašavanja njegove prodaje), koja za pravna lica, iznosi od 8.000

<sup>94</sup> Vid. ZZŽŠ, čl. 26 i ZZŽN, par. 17.

<sup>95</sup> Vid. KZ, čl. 269.

<sup>96</sup> Vid. ZZŽŠ, čl. 27 i ZZŽN, par. 18, st. 4.

<sup>97</sup> Vid. ZZŽA, par. 38, st. 1 i 3.

<sup>98</sup> Stav austrijskog zakonodavca je jasan da u slučajevima teškog mučenja životinje, mora se odrediti novčana kazna od najmanje 2.000 evra, a u slučaju ponovljenog težeg prekršaja, novčana kazna do 15.000 evra i ponovljenog lakošeg prekršaja do 7.500 evra. Vid. ZZŽA, par. 38, st. 1–3.

<sup>99</sup> Za strožiju kaznenu politiku izjašnjava se i J. Vidić Trninić, 331.

<sup>100</sup> Vid. ZZŽH, čl. 85, st. 4 i 5.

<sup>101</sup> Vid. ZZŽH, čl. 86.

do 15.000 kuna, a za fizička lica, od 1.000 do 2.000 kuna,<sup>102</sup> može delovati i preventivno i represivno. Pritom, treba imati u vidu da su Hrvati u pogledu ekonom-ske moći u nešto boljoj poziciji u odnosu na Srbe.<sup>103</sup>

Osim blage kaznene politike koju podržava zakonodavac u pogledu protiv-pravnih postupaka, sankcionisanih kako KZ, tako i ZDŽ, uočljivo je i to da ZDŽ određena, očigledno protivpravna postupanja prema životnjama uopšte i ne sankcioniše, poput dužnosti vlasnika, odnosno držaoca kućnog ljubimca da ga obeleži i evidentira, saglasno odredbama ZV,<sup>104</sup><sup>105</sup>ili da je vlasnik, odnosno držalac životinje dužan da spreči rađanje neželjenih kućnih ljubimaca,<sup>106</sup> ili da je dužnost vlasnika, odnosno držaoca kućnog ljubimca da obezbedi odgovarajući smeštaj, ukoliko ne može više da brine o njemu,<sup>107</sup> i da ne nabrajamo više. Mnogo je primera u tekstu ZDŽ gde se, forme radi, propisuju dužnosti za ljude, u odnosu na životinje, ali bez sankcije ili sankcije koja ne odgovara težini protivpravnog postupanja prema životinji i koja kao takva ne može ni preventivno, a ni represivno delovati. Otuda, ne možemo se složiti sa autorom obrazloženja Predloga ZDŽ da će se problem narušenih pasa rešiti propisivanjem prava i dužnosti vlasnika, odnosno držaoca kućnih ljubimaca.<sup>108</sup> Bez odgovarajućih sankcija za kršenje prava i dužnosti vlasnika, odnosno držaoca životinja i bez dosledne primene istih u praksi, neće se rešiti ovaj problem, što je na kraju krajeva i desetogodišnja prima-na ZDŽ potvrdila.

Evidentno je da postojeća kaznena politika nije dobar put za odvraćanje potencijalnih učinioča prekrašaja prema životnjama, niti za sankcionisanje učinioča protivpravnih postupaka prema životnjama. Čini se da najbolji putokaz u određivanju kazni za protivpravno postupanje prema životnjama može da dâ pravilo sadržano u Uredbi Saveta (EZ) br. 1/2005, koje određuje da kazne moraju biti „delotvorne, srazmerne učinjenom prekršaju i preventivne“.<sup>109</sup>

<sup>102</sup> Vid. ZZŽH, čl. 88.

<sup>103</sup> To se najbolje može videti na primeru prosečnih mesečnih zarada. U martu 2019. godine prosečna mesečna zarada u Hrvatskoj iznosila je 873,5 evra, dok je u Srbiji, u istom mesecu, ona iznosila 460,19 evra. Podaci preuzeti sa internet stranice <https://ekonomski.net/u-hrvatskoj-prosecna-plata-873-evra-u-srbiji-460-evra.html>, 18. maj 2019. godine.

<sup>104</sup> Vid. ZDŽ, čl. 55, st. 1, a u vezi ZV, čl. 6, st. 1, tač. 7.

<sup>105</sup> Nasuprot tome, recimo, hrvatski zakonodavac ovakvo protivpravno postupanje sankcionije novčanom kaznom u iznosu do 6.000 kuna. Vid. Zakon o veterinarstvu Republike Hrvatske, čl. 45, st. 1–2, u vezi sa čl. 162 (*Narodne novine*, br. 82/2013, 148/2013 i 115/2018).

<sup>106</sup> Vid. ZDŽ, čl. 55, st. 3.

<sup>107</sup> Vid. ZDŽ, čl. 55, st. 4.

<sup>108</sup> Vid. *Predlog Zakona o dobrobiti životinja*, Obrazloženje, Drugi deo, 58, <https://www.otvorenavlada.rs/pz-o-dobrobit-zivotinja0044-lat-doc-2/>, 11. mart 2019. godine.

<sup>109</sup> Vid. Council Regulation (EC) No 1/2005 of 22 December 2004 on the protection of animals during transport and related operations and amending Directives 64/432/EEC and 93/119/EC and Regulation (EC) No 1255/97, čl. 25, st. 1 (*OJ L* 3 of 5. 1. 2005, p. 1–44, na internet stranici <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:32005R0001>, 11. februar 2019).

Posebna priča je to što ZDŽ i KZ ista protivpravna postupanja prema životinjama tretiraju i kao prekršaj i kao krivično delo. Premda je pravna teorija zauzela stav da ako je jedno nezakonito ponašanje, u isto vreme sankcionisano i kao krivično delo i kao prekršaj, onda „krivično delo kao teže i opasnije apsorbuje prekršajno delo“<sup>110</sup> čini se izlišnim da se ubijanje, zlostavljanje životinja, zatim organizacija, i finansiranje borbi između životinja, ili, pak, organizacija ili učešće u klađenju, u ovakvim borbama, tretira kao prekršaj, već isključivo kao krivično delo.<sup>111</sup> Analogno bi trebalo primeniti i u pogledu napuštanja životinja.<sup>112</sup> <sup>113</sup>

Represivno delovanje na učinioce prekršaja, propisanih ZDŽ, i pooštravanje novčanih kazni može imati efekte u praksi samo ako se i preventivno deluje protiv kršenja slova ovog zakona.<sup>114</sup> Čini se da odredba kojom se državnim organima, naučnoistraživačkim organizacijama, ustanovama iz oblasti obrazovanja, veterine, poljoprivrede, zdravstva, kulture, informisanja, drugim ustanovama i organizacijama, kao i pravnim i fizičkim licima koja u okviru svoje delatnosti, odnosno zanimanja obavljaju poslove u vezi sa jedinkama određenih životinjskih vrsta nalaže „da obezbeđuju, usmeravaju i podstiču jačanje svesti o značaju dobrobiti životinja“, više deluje kao politička parola, budući da nema propisanih sankcija za nečinjenje,<sup>115</sup> i da je, umesto toga, bolje rešenje koje predviđa švajcarski zakonodavac, odredbom da je savezna vlada dužna da proverava da li se javnost informiše, od strane savezne Uprave za veterinu, o dobrobiti životinja i da promoviše obuku i kontinuiranu edukaciju ljudi koji drže životinje.<sup>116</sup> U prilog prevenciji i sprečavanju kršenja odredaba ZZŽ u Švajcarskoj svakako ide i odredba, sadržana u PZZ, kojom se normira obavezna obuka pasa koja je podeljena na teorijski i praktični deo.<sup>117</sup>

## 7. ISTRAŽIVANJE

Kako bi se utvrdilo da li su i u kojoj meri odredbe ZDŽ zaista zaživele u stvarnosti, sproveli smo istraživanje prakse Prekršajnog suda u Novom Sadu,

<sup>110</sup> Vid. Dragan Jovašević, Dušica Miladinović, *Prekršajno pravo*, Pravni fakultet, Niš 2018, 25; Tako i: A. Batrićević, 361.

<sup>111</sup> Takva je, uostalom zakonodavna praksa, kako smo već videli, nemačkog i švajcarskog zakonodavca. Njima se pridružio i hrvatski normotvorac, budući da ZZŽ zabranjuje da se životinje usmrćuju, da im se nanosi bol, patnja ili povrede ili da se namerno izlažu strahu i bolestima, suprotno ovom Zakonu (na osnovu čl. 5, st. 1), ali se takvo ponašanje sankcionise kao krivično delo. Vid. Kazneni zakon Republike Hrvatske, čl. 205 (*Narodne novine*, br. 125/2011, 144/2012, 56/2015, 61/2015, 101/2017 i 118/2018).

<sup>112</sup> Napuštanje životinja je kao krivično delo sankcionisao u francuskom pravu, kaznom zatvora do dve godine i novčanom kaznom od 30.000 evra. Vid. KZF, čl. 521-1, st. 7.

<sup>113</sup> Za tretiranje napuštanja kućnog ljubimca kao krivičnog dela, vid. J. Vidić Trninić, 332.

<sup>114</sup> U tom pravcu i *ibid.*, 333.

<sup>115</sup> Vid. ZDŽ, čl. 3, st. 1.

<sup>116</sup> Vid. ZZŽS, čl. 5.

<sup>117</sup> Vid. PZZ, čl. 68.

Prekršajnog suda u Kragujevcu i Prekršajnog suda u Nišu, obuhvativši njime poslednjih pet godina primene ovog zakonskog teksta.

Rezultati istraživanja nisu nimalo ohrabrujući, utoliko pre što je reč o prekršajnim sudovima čija se nadležnost proteže na znatan deo područja Republike Srbije.<sup>118</sup> Naime, prema dostupnim podacima, na teritoriji Prekršajnog suda u Kragujevcu, u poslednjih pet godina primene ZDŽ, procesuirano je samo devet slučajeva kršenja odredaba ovog Zakona, a od toga, okončana su pravnosnažnim odlukama samo tri slučaja. Još gora situacija je u praksi Prekršajnog suda u Novom Sadu, budući da su u proteklom periodu vođeni postupci u tri slučaja, a od toga je samo jedan okončan pravnosnažnom odukom. Ništa bolja situacija nije ni u praksi Prekršajnog suda u Nišu koji je u proteklom periodu pokrenuo i vodio tri prekršajna postupka, zbog učinjenih prekršaja, sankcionisanih ZDŽ.

Na mali broj procesuiranih slučaja protivpravnog postupanja prema životinjama baca senku podatak da svi oni nisu okončani osuđujućim presudama prekršajnih sudova, već da su u pojedinim predmetima učinioci prekršaja oslobođeni odgovornosti zbog nedostatka dokaza,<sup>119</sup> dok su u drugim predmetima prekršajni postupci obustavljeni, usled nastupanja zastarelosti za vođenje prekršajnog postupka ili zbog smrti učinioca prekršaja.<sup>120</sup>

U odnosu na Prekršajni sud u Novom Sadu gde se kao učinioci prekršaja, sankcionisanih ZDŽ, pojavljuju samo pravna lica, u praksi Prekršajnog suda u Kragujevcu i Prekršajnog suda u Nišu to su isključivo fizička lica.

Istražujući praksu prekršajnih sudova u Novom Sadu, Kragujevcu i Nišu, u naznačenom vremenskom periodu primene ZDŽ, mogli smo uočiti da u okončanim slučajevima važi pravilo primene što blaže kazne. Ili je to opomena za učinjeni prekršaj,<sup>121</sup> koja kao prekršajna sankcija uopšte nije propisana ZDŽ, ili je to najniža novčana kazna.<sup>122</sup>

Premda ZDŽ nema direktnu sankciju za vlasnike kućnih ljubimaca, ukoliko ih ne obeleže i ne evidentiraju, u praksi Prekršajnog suda u Kragujevcu izricane

---

<sup>118</sup> Tako: Prekršajni sud u Novom Sadu, osim grada Novog Sada, obuhvata i područja sledećih opština: Beočina, Titela i Vrbasa; Prekršajni sud u Kragujevcu, izuzev grada Kragujevca, „pokriva“ opštine: Batočinu, Knić i Raču; Prekršajni sud u Nišu, osim grada Niša, obuhvata područja i sledećih opština: Aleksinca, Doljevca, Žitorade, Merošine, Ražnja i Svrljiga.

<sup>119</sup> Vid. presudu Prekršajnog suda u Kragujevcu, br. 2661/2014 od 11. decembra 2014. godine. Izvor: Arhiva Suda.

<sup>120</sup> Vid. rešenje Prekršajnog suda u Novom Sadu, br. 17187/2014. Izvor: Arhiva Suda; presudu Prekršajnog suda u Nišu, br. 23-3541/2017 od 24. aprila 2017. godine. Izvor: Arhiva Suda.

<sup>121</sup> Vid. presudu Prekršajnog suda u Kragujevcu, Odeljenje u Kniću, II-16-Pr. br. 766/2018. Izvor: Arhiva Suda.

<sup>122</sup> Vid. presudu Prekršajnog suda u Nišu, br. 18-4178/2016 od 23. decembra 2016. godine. Izvor: Arhiva Suda; presudu Prekršajnog suda u Kragujevcu, Odeljenje u Batočini, I-I Pr. br. 969/2018. Izvor: Arhiva Suda.

su kazne upravo za ove prekršaje, sa pozivom na povredu Zakona o dobrobiti životinja.<sup>123</sup>

Posebno obeshrabrujuće deluje podatak da je samo u jednom predmetu, i to u praksi Prekršajnog suda u Nišu, sankcionisano napuštanje životinje.<sup>124</sup>

Nerazumno mali broj procesuiranih slučajeva koji se tiču protivpravnog postupanja prema životnjama pokazuje da postojeći nadzorno-pravni mehanizam u primeni ZDŽ koji uključuje veterinarsku inspekciju i policiju, očigledno ne funkcioniše kako treba. Da li se tu radi o nedostatku ljudi – veterinarskih inspektora, zaduženih da kontrolišu primenu ZDŽ, ili nedovoljno obučenosti za pitanja zaštite dobrobiti životinja policajaca? Ili možda o nedovoljno izraženoj svesti kod svih subjekata zaduženih za primenu ZDŽ, o zaštiti životinja? Ili je reč o nečemu drugom? Ili od svega navedenog ima pomalo, a najmanje dobre volje da se neke stvari dovedu u red.<sup>125</sup>

Što se tiče dugogodišnje prakse prekršajnih sudova u Novom Sadu, Kragujevcu i Nišu da sprovode blagu kaznenu politiku prema učiniocima prekršaja, propisanih ZDŽ, iako nije za pohvalu, ne treba puno da čudi, budući da se i jednoj razvijenoj Švajcarskoj, premda su zaprećene visoke kazne za protivpravno postupanje prema životnjama, u praksi izvršitelji takvih dela kažnjavaju novčanim kaznama od nekoliko stotina švajcarskih franaka.<sup>126</sup>

Kada se dublje pronikne u sadržinu ZDŽ, uključujući i podzakonske akte koji su u njemu našli utemeljenje, stiče se utisak da je u pitanju kompleksan pravni mehanizam koji nizom zabrana na štetu ljudi, a u korist dobrobiti životinja to forme radi i čini, a suštinski i u stvarnosti ne, i da nema ni govora o tome da se njime neograničeno štite interesi životinja, a na uštrb ljudskog roda.<sup>127</sup>

## 8. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Zakone ljudi donose da bi služili njihovim potrebama i interesima. ZDŽ, mada po nazivu treba da ima kao prioritet zaštitu životinja, zapravo on posredno

---

<sup>123</sup> Vid. presudu Prekršajnog suda u Kragujevcu, Odeljenje u Kniću, II-16-Pr. br. 766/2018. Izvor: Arhiva Suda; presudu Prekršajnog suda u Kragujevcu, Odeljenje u Batočini, I-I Pr. br. 969/2018. Izvor: Arhiva Suda.

<sup>124</sup> Vid. presudu Prekršajnog suda u Nišu, br. 18-4178/2016 od 23. decembra 2016. godine. Izvor: Arhiva Suda.

<sup>125</sup> Nevladina organizacija za zaštitu životinja „Koalicija za život“, u tom pogledu, potencira nezainteresovanost svih odgovornih za primenu ZDŽ, posebno Uprave za veterinu, da stavi tačku na nerazumno trošenje sredstava iz budžeta opština, na ime lažnog zbrinjavanja napuštenih životinja. Preuzeto sa internetske stranice Tag Archives: Zakon o dobrobiti životinja, <https://koalicijazajivot.org/tag/zakon-o-dobrobiti-zivotinja/>, 16. april 2019.

<sup>126</sup> Vid. G. Bolliger, M. Richner, V. Gerritsen, 33 i dalje.

<sup>127</sup> Tako: B. Ristivojević, T. Bugarski, 18.

služi tome cilju, a neposredno njime se bliže uređuje pravna pozicija vlasnika, odnosno držaoca životinja i drugih lica odgovornih da primenjuju ZDŽ.

Republika Srbija se donošenjem ZDŽ, sa kašnjenjem, svrstala se u porodicu evropskih država koje posebnim zakonom štite životinje. Bez preterivanja, upo-ređenjem odgovarajućih rešenja sadržanih u zakonima o zaštiti životinja Nemačke, Švajcarske i Austrije sa rešenjima domaćeg ZDŽ može se konstatovati da Republika Srbija, kada je reč o zaštiti životinja, ne odstupa mnogo u odnosu na zakonodavstva pobjrojanih država.

Desetogodišnja primena ZDŽ pokazala je da mnogobrojna rešenja sadržana u njemu, nisu zaživela u praksi, što se može pripisati nedostatku ili manjku svesti kod ljudi o zaštiti dobrobiti životinja, nedovoljno efikasnom nadzorno-pravnom mehanizmu, labavoj kaznenoj politici, oskudici edukativnih i informativnih sadržaja, posvećenih zaštiti dobrobiti životinja i promociji principa odgovornog vlasništva nad životnjama.

Kako bi se poboljšala primena postojećih rešenja, sadržanih u ZDŽ, koje je praksa „prepoznala“ kao nedovoljno primenljiva, neophodno je sprovesti njihove izmene i dopune, a, umesto postojećih pravila koja se direktno konfrontiraju dobrobiti životinja, u tekst zakona ugraditi pravila koja su u službi zaštite životinja. Veliku pomoć, u tom pogledu, nadležnom ministarstvu mogla bi da pruži, naravno kada se formira, Komisija za zaštitu dobrobiti životinja, telo, koje sa sličnim nazivom, već postoji u Austriji i Nemačkoj.

Kvalitetnijoj primeni ZDŽ i samim tim zaštiti životinja, doprinelo bi uvođenje, na nivou svakog okruga na teritoriji Republike Srbije, ombudsmana za životinje. Njihovo prisustvo i delovanje bi olakšalo, u velikoj meri, prijavljivanje slučajeva napuštanja, zlostavljanja, ugrožavanja života i zdraavlja životinja, s obzirom na postojeću podelu nadležnosti u domenu zaštite životinja između republičkih organa i organa jedinica lokalne samouprave. U isto vreme, ovi subjekti bi, kao eksperti za zaštitu dobrobiti životinja, bili članovi Komisije za zaštitu dobrobiti životinja.

Osim toga, efikasnija primena ZDŽ podrazumeva ojačavanje njegovo nadzornog mehanizma, uključivanjem poljoprivrednih inspektora i formiranjem posebne jedinice u okviru Ministarstva unutrašnjih poslova, zadužene isključivo za zaštitu dobrobiti životinja kao i proširivanje nadležnosti komunalne milicije na pitanja iz domena zaštite dobrobiti životinja. Pritom, kontrola primene ZDŽ i pratećih podzakonskih akata, podrazumeva da ovi subjekti moraju da poseduju posebna znanja iz domena zaštite dobrobiti životinja. Isto bi moralno da važi i za sudije koji postupaju u slučajevima protivpravnog postupanja prema životnjama, nezavisno od toga da li su u pitanju krivična dela ili prekršaji.

## LITERATURA I IZVORI

- Batrićević Ana, „Dometi i implementacija Zakona o dobrobiti životinja u pravnom sistemu Republike Srbije“, *Pravna riječ, časopis za pravnu teoriju i praksu*, Banja Luka, 23/2010, 353–365.
- Bolliger Gieri, Richner Michelle, Gerritsen Vanessa, *Schweizer Tierschutzstraf-praxis 2008, Sechster auswertender Jahresbericht über die Tierstraffälle-Datenbank der Stiftung für das Tier im Recht (TIR)*, Zürich 2009.
- Vidić Trninić Jelena, „Pravna zaštita kućnih ljubimaca u domaćem zakonodavstvu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, XLVI, 4/2012, 305–333.
- Vukomirović Nataša, „Uhvati – steriliši – vrati, zadrži ili udomi“, <http://link.plus.org.rs>, 12. februar 2017. godine.
- Vukomirović Nataša, „Razlozi za izricanje malog broja osuđujućih presuda učiniočima krivičnog dela ubijanja i zlostavljanja životinja“, <http://link.plus.org.rs>, 12. februar 2017. godine.
- Gradanski zakonik Republike Francuske (Code civil od 21. marta 1804. godine, prečišćen tekst na dan 12. jula 2019. godine, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>, 18 jun 2019. godine).
- Gradanski zakonik Ruske Federacije (Graždanski kodeks Rossijskoj Federaciji, prvi deo od 30. novembra 1994. godine, N 51-FZ, drugi deo od 26. januara 1996. godine, N 14-FZ, treći deo od 26. novembra 2001. godine, N 146-FZ i četvrti deo od 18. decembra 2006. godine, N. 230-FZ, sa poslednjim izmenama i dopunama od 29. jula 2017. godine, <http://www.interlaw.ru/law/docs/10064072>, 18. jun 2019. godine).
- Davinić Marko, „Upravno-pravni aspekti Zakona o dobrobiti životinja“, *Zbornik radova „Životinje i pravo“*, (ur. Karanikić-Mirić Marija, Davinić Marko i Vuković Igor), Pravni fakultet, Beograd 2016, 109–128.
- Zakon o veterinarstvu Republike Srbije – ZV, *Službeni glasnik RS*, br. 91/2005, 30/2010, 93/2012 i 17/2019 – dr. zakon.
- Zakon o veterinarstvu Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 82/2013, 148/2013 i 115/2018.
- Zakon o divljači i lovstvu Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 18/2010 i 95/2018 – dr. zakon.
- Zakon o dobrobiti životinja Republike Srbije – ZDŽ, *Službeni glasnik RS*, br. 41/2009.
- Zakon o zaštiti životinja Republike Austrije – ZZŽA (Tierschutzgesetz od 28. septembra 2004. godine, BGBl. I, Nr. 118/2004, zaključno sa izmenama i dopunama od 21. decembra 2018. godine, BGBl. I Nr. 86/2018, <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassungundesnormer&Gesetzesummer=20003541>, 22. jun 2019. godine).
- Zakon o zaštiti životinja Republike Nemačke – ZZŽN (Tierschutzgesetz od 24. jula 1972. godine, u verziji objavljenoj 2006. godine, BGBl. I S. 1206, 1313, zaključno sa izmenama i dopunama od 17. decembra 2018. godine, BGBl. I p. 2586, <http://www.gesetze-im-internet.de/tierschg/BJNR012770972.html>, 22. jun 2019. godine).
- Zakon o zaštiti životinja Republike Hrvatske – ZZŽH (*Narodne novine*, br. 102/2017 i 32/2019).

- Zakon o zaštiti životinja Švajcarske Konfederacije – ZZŽŠ (SR 455 Tierschutzgesetz od 16. decembra 2005. godine, *AS 2008 2965, BBI 2006 327*, zaključno sa izmenama i dopunama od 20. juna 2014. godine, *AS 2017 249, BBI 2011 5571*, <https://www.admin.ch/opc/de/classified=compilation/20022103/index.html>, 22. jun 2019. godine).
- Zakon o zaštiti i održivom korišćenju ribljeg fonda Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 128/2014 i 95/2018 – dr. zakon.
- Zakon o inspekcijskom nadzoru Republike Srbije (*Službeni glasnik RS*, br. 36/2015, 44/2018 – dr. zakon i 95/2018).
- Zakon o komunalnoj miliciji Republike Srbije, (*Službeni glasnik RS*, br. 49/2019).
- Zaštitnik građana Republike Srbije, „Poseban izveštaj Zaštitnika građana – Problemi u primeni odredbi Zakona o veterinarstvu i Žakona o dobrobiti životinja o staranju o napuštenim i izgubljenim životnjama“, Beograd, 2019, <https://www.ombudsman.rs/index.php/izvestaji/posebni-izvestaji/>, 12. jun 2019. godine.
- Jovašević Dragan, Miladinović Dušica, *Prekršajno pravo*, Pravni fakultet, Niš 2018.
- Kazneni zakon Republike Hrvatske (*Narodne novine*, br. 125/2011, 144/2012, 56/2015, 61/2015, 101/2017 i 118/2018).
- Krivični zakonik Republike Srbije – KZ (*Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 i 35/19).
- Krivični zakonik Republike Francuske – KZF (Code penale od 22. jula 1992. godine, prečišćen tekst na dan 1. juna 2019. godine, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719>, 14. jun 2019. godine).
- Krivični zakonik Ruske Federacije (Ugovolovnyj kodeks Rossijskoj Federacii od 13 juna 1996. godine, N 63-FZ, sa poslednjim izmenama i dopunama od 29. jula 2017. godine, <http://www.interlaw.ru/law/docs/10008000>, 14. jun 2019. godine).
- Michel Margot, Schneider Kayasseh Eveline, „The Legal Situation of Animals in Switzerland: Two Steps Forward, One Step Back – Many Steps to go“, *Journal of Animal Law*, Vol. VII, 2011, 1–42.
- Službeni list grada Novog Sada*, br. 60/2010, 12/2011, 17/2011 – ispr., 1/2012, 65/2013 – dr. odluka, 13/2014, 11/2015, 33/2015 – autentično tumačenje, 63/2015 i 16/2018.
- Službeni list grada Kragujevca*, br. 18/2014 – prečišćen tekst, 9/2017 i 11/2018.
- Odluka o mestima i načinu izvođenja kućnih ljubimaca na javne površine na teritoriji grada Niša, *Službeni list grada Niša*, br. 10/2015 i 18/2017.
- Paunović, Milan, „Životinjska prava, Prilog proširenoj teoriji ljudskih prava“, *Strani pravni život* 3/2005, 9–44.
- Planiraju da ubiju 1.300 pasa i mačaka: teške optužbe na račun komunalaca iz Požege, <http://www.telegraf.rs/vesti/2047508-planiraju-da-ubiju-1-300-pasa-i-macaka--teske-optuzbe-na-racun-komunalaca-iz-pozege-foto>, 12. maj 2019.
- Pravilnik o zaštiti životinja Švajcarske Konfederacije – PZZ (Tierschutzverordnung od 23. aprila 2008. godine, *AS 2008 2985*, sa poslednjim izmenama i dopunama od 27. novembra 2018. godine, *AS 2018 4283*, <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/20080796/index.html>, 22. jun 2019. godine).
- Pravilnik o načinu držanja pasa koji mogu predstavljati opasnost po okolinu, *Službeni glasnik RS*, br. 65/2010.

- Pravilnik o registraciji, odnosno odobravanju objekata za uzgoj, držanje i promet životinja, *Službeni glasnik RS*, br. 36/2017.
- Pravilnik o uslovima koje moraju da ispune odgajivačnice za životinje, *Službeni glasnik RS*, br. 14/2012.
- Pravilnik o uslovima koje moraju da ispunjavaju prihvatališta i pansioni za životinje, *Službeni glasnik RS*, br. 19/2012.
- Pravilnik o uslovima koji treba da ispunjava zoološki vrt, odnosno mini zoološki vrt i elementima za određivanje mini zoološkog vrta, *Službeni glasnik RS*, br. 75/2010.
- Pravilnik o uslovima u pogledu prevoznih sredstava u kojima se prevoze životinje, *Službeni glasnik RS*, br. 14/2010.
- Predlog Zakona o dobrobiti životinja, <https://www.otvorenavlada.rs/pz-o-dobrobit-zivotinja0044-lat-doc-2/>, 11. mart 2019. godine.
- Presuda Prekršajnog suda u Kragujevcu, br. 2661/2014 od 11. decembra 2014. godine.  
Izvor: Arhiva Suda.
- Presuda Prekršajnog suda u Kragujevcu, Odeljenje u Batočini, I-I Pr. br. 969/ 2018.  
Izvor: Arhiva Suda.
- Presuda Prekršajnog suda u Kragujevcu, Odeljenje u Kniću, II-16-Pr. br. 766/ 2018.  
Izvor: Arhiva Suda.
- Presuda Prekršajnog suda u Nišu, br. 18-4178/2016 od 23. decembra 2016. godine.  
Izvor: Arhiva Suda.
- Presuda Prekršajnog suda u Nišu, br. 23-3541/2017 od 24. aprila 2017. godine. Izvor: Arhiva Suda.
- Prijavite nasilje na životnjama, <https://nadlanu.com/I34405/prijavite-nasilje-nad-zivotnjama/>, 22. mart 2019.
- Rešenje Prekršajnog suda u Novom Sadu, br. 17187/2014. Izvor: Arhiva Suda.
- Ristivojević Branislav, Bugarski Tatjana, „Krivično delo „Ubijanje i mučenje životinja“ iz člana 269 KZ RS u svetu Zakona o dobrobiti životinja“, NPB *Žurnal za kriminalistiku i pravo*, Kriminalističko-policijска akademija, 1/2014, 1–19.
- Stojanović Nataša, „Pravna zaštita dobrobiti životinja tokom prevoza u Evropi“, *Temelje*, 3/2013, 1263–1279.
- Stojanović Nataša, „Which animal rights should be recognized?“, *Analji Pravnog fakulteta u Beogradu*, Vol. 64, no. 3/2016, 75–92.
- Stojanović Nataša, *Pravo životinja*, Pravni fakultet, Niš 2017.
- Tag Archives: Zakon o dobrobiti životinja, <https://koalicijazazivot.org/tag/zakon-o-dobrobiti-zivotinja/>, 16. april 2019.
- Bundes-verfassungsgesetz der Republik Östrreich od 1. januara 1930. godine, *BGBI*. Nr. 1/1930, zaključno sa izmenama i dopunama od 8. jula 2019. godine, *BGBI*. I Nr. 57/2019, <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=bundesnormen&Gesetzesnummer=10000138>, 8. jun 2019. godine.
- Ustav Republike Nemačke (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland od 23. maja 1949. godine, *BGBI*. I S. 1, zaključno sa izmenama i dopunama od 28. marta 2019. godine, *BGBI*. I S. 404, <https://www.bundestag.de/parlament/aufgaben/rechtgrundlagen/grundgesetz>, 4. mart 2019. godine).
- Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.

RS 101 Constitution fédérale de la Confédération suisse, od 18. aprila 1999. godine, *RO 1999 2556, FF 1999 5306*, zaključno sa izmenama i dopunama od 16. juna 2017. godine, *RO 2019 769, FF 2016 6003*, <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19995395/index.html>, 4. mart 2019. godine.

Francione Gary and Garner Robert, *The Animal Rights Debate, Abolition or Regulation?*, Columbia University Press, New York, 2010.

<http://vet.minpolj.gov/rs/sr/component/content/article/266-registri>, 14. jul 2019. godine.

<https://ekonomski.net/u-hrvatskoj-prosecna-plata-873-evra-u-srbiji-460--evra.html>, 18. maj 2019. godine.

<http://ksrs.rs/odgajivacnice/>, 14. jul 2019. godine.

<https://www.globalanimallaw.org/database/national/index.html>, 4. jun 2019. godine.

Council Regulation (EC) No 1/2005 of 22 December 2004 on the protection of animals during transport and related operations and amending Directives 64/432/EEC and 93/119/EC and Regulation (EC) No 1255/97 (*OJ L* 3 of 5. 1. 2005, p. 1–44, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:32005R0001>, 11. februar 2019).

Terrestrial Animal Health Code, [http://www.oie.int/index.php?id=169&L=0&htmfile=chaptire\\_aw\\_stray\\_dog.htm](http://www.oie.int/index.php?id=169&L=0&htmfile=chaptire_aw_stray_dog.htm), 9. maj 2019. godine.

Nataša D. Stojanović, Ph.D., Full Professor  
University of Niš  
Faculty of Law Niš  
[natasa@prafak.ni.ac.rs](mailto:natasa@prafak.ni.ac.rs)

## **Ten Years of the Animal Welfare Law of the Republic of Serbia**

**Abstract:** The author's attention is focused on the Animal Welfare Law in the Republic of Serbia and the effects of its ten-year application. In the paper, the author sets herself a goal to evaluate through analysis and critical consideration the individual solutions contained in this statutory text, their quality from the aspect of the protection of animals in relation to the corresponding solutions in the animal welfare acts of Germany, Switzerland, Austria, and Croatia. The author's goal is also to examine the effectiveness and practical applicability of the relevant provisions of this statutory text and, on the basis of researched practice of the Misdemeanour Court in Novi Sad, the Misdemeanour Court in Kragujevac, and the Misdemeanour Court in Niš for the last five years of its application. In the paper, the author advocates for amendments to individual solutions, contained in Serbian Animal Welfare Law, which are recognized by practice as insufficiently applicable; for deletion of any solutions directly confronting animal welfare protection, and for strengthening the supervisory and legal mechanism, in order to facilitate the application of this statutory text. In the author's opinion, setting up a Commission for Animal Welfare Protection, as well as the introduction of Commissioner for Animals at the level of each county in the territory of the Republic of Serbia, would contribute to the improvement of application of accompanying by-laws.

**Keywords:** Animal Welfare Law. – Amendments to the Law. – Commission for Animal Welfare Protection. – Commissioner for Animals. – Penal policy.

Datum prijema rada: 30.07.2019.

*Dr Slavko Ž. Đorđević, vanredni profesor  
Univerzitet u Kragujevcu  
Pravni fakultet u Kragujevcu  
slavko@jura.kg.ac.rs*

## TELOLOŠKA REDUKCIJA KOLIZIONIH NORMI I POPUNJAVANJE PRAVNIH PRAZNINA U ZAKONU O REŠAVANJU SUKOBA ZAKONA SA PROPISIMA DRUGIH ZEMALJA

**Sažetak:** *Kada u Zakonu o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja (ZRSZ) nema odgovarajuće kolizione norme za neki pravni odnos ili pravno pitanje sa elementom inostranosti (koje „ulazi“ u njegovo polje primene), tada postoji pravna praznina koja se, prema čl. 2 ZRSZ, popunjava shodnom primenom odredaba i načela ZRSZ, načela domaćeg pravnog poretku i načela međunarodnog privatnog prava. Do zaključka o postojanju pravne praznine u ZRSZ dolazi se uobičajenim metodama tumačenja njegovih odredbi, pri čemu poseban značaj ima kvalifikacija pravnih odnosa i pravnih pitanja putem koje se vrši odbir odgovarajuće kolizione norme koju treba primeniti na dati odnos ili pitanje. Ako se određeni pravni odnos ili pravno pitanje ne može putem kvalifikacije supsumirati pod pravnu kategoriju nijedne kolizione norme u ZRSZ, utvrđuje se da postoji pravna praznina. Međutim, može se dogoditi da određeni pravni odnos ili pravno pitanje, koje se može supsumirati pod pravnu kategoriju neke od kolizionih normi u ZRSZ, ne odgovara ratio legis te kolizione norme. U tom slučaju treba pristupiti teleološkoj redukciji pravne kategorije ove kolizione norme i utvrditi da u pogledu „teleološki redukovanih“ pravnog odnosa ili pravnog pitanja postoji pravna praznina. U ovom radu autor obrađuje problem utvrđivanja pravnih praznina teleološkom redukcijom kolizionih normi ZRSZ-a i objašnjava kako se ove pravne praznine mogu popuniti u skladu sa čl. 2 ZRSZ, analizirajući konkretne primere.*

**Ključne reči:** *pravne praznine u ZRSZ; teleološka redukcija i ratio legis kolizione norme; načela međunarodnog privatnog prava; načela ZRZS; načela domaćeg pravnog poretku.*

## 1. OPŠTE NAPOMENE O UTVRĐIVANJU I POPUNJAVANJU PRAVNIH PRAZNINA U ZRSZ

Da li u jednom zakonu postoji pravna praznina, utvrđuje se metodama tumačenja njegovih pravnih normi (jezičkim, istorijskim, sistemskim i ciljnim/teleološkim tumačenjem<sup>1</sup>). Ako se tumačenjem ustanovi da u zakonu ne postoji nijedna pravna norma koja daje odgovor na određeno pravno pitanje, tada postoji pravna praznina koju treba popuniti<sup>2</sup>.

Kada je reč o utvrđivanju pravnih praznina u Zakonu o rešavanju sukoba zaka-na sa propisima drugih zemalja<sup>3</sup> (u daljem tekstu skr. ZRSZ) odnosno o utvrđivanju nepostojanja odgovarajuće kolizione norme u ovom zakonu za određeni pravni odnos ili pravno pitanje koje ulazi u polje njegove primene, važno je ukazati na određene specifičnosti koje su uslovljene kolizionopravnim načinom uređivanja privatnopravnih odnosa sa elementom inostranosti. Naime, „pronalaženje“ odnosno „odabir“ odgovarajuće kolizione norme iz ZRSZ-a koju treba primeniti na određeni pravni odnos ili pravno pitanje sa elementom inostranosti predstavlja prvu fazu procesa kvalfikacije u međunarodnom privatnom pravu koja se vrši *lege fori*, tj. u skladu sa sistematikom, shvatanjima i merilima domaćeg građanskog i trgovinskog prava<sup>4</sup>. Imajući u vidu da ZRSZ sadrži relativno mali broj kolizionih normi čije pravne kategorije (koje su, po pravilu, „široko“ postavljene) treba da „pokriju“ pravne odnose i pravna pitanja iz gotovo celokupnog građanskog i trgovinskog prava, ponekad se može javiti problem pod koju kolizionu normu (odnosno pod koju pravnu kategoriju odgovarajuće kolizione norme) treba supsumirati određeni pravni odnos ili pravno pitanje. To će naročito biti slučaj kada za neki pravni odnos ili pravno pitanje ne postoji specijalna koliziona norma u ZRSZ, tj. ne postoji takva koliziona norma koja taj odnos odnosno to pravno pitanje izričito predviđa kao svoju pravnu kategoriju. U tom slučaju potrebno je „pronaći“ odgovarajuću kolizionu normu u ZRSZ koja sadrži „širu“ pravnu kategoriju pod koju se, prema shvatanjima i merilima domaćeg prava (tj. putem *lex fori*

---

<sup>1</sup> Ovo metodi su dopunjeni novim metodama, kao što su npr. tumačenje u skladu sa višim pravnim aktom (ustavom, ratifikovanim međunarodnim ugovorom), uporednopravno tumačenje, tumačenje po prirodi (logici) itd. (vid. više Vladimir Vodinelić, *Građansko pravo – Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Beograd 2012, 165-167).

<sup>2</sup> Vid. i upor. V. Vodinelić, 175; Reinhold Zippelius (Cipelijus), *Juristische Methodenlehre*, 11. Aufl., München 2012, 52 i dalje; Franz Bydlinski (Budlinski), *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, Wien 2012, 81 i dalje.

<sup>3</sup> Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja – ZRSZ, *Službeni list SFRJ*, br. 43/82 i 72/82 – ispr., *Službeni list SRJ*, br. 46/96 i *Službeni glasnik RS*, br. 46/2006 – dr. zakon.

<sup>4</sup> Vid. i upor. Slavko Đorđević, Zlatan Meškić, *Međunarodno privatno pravo I, opšti deo*, Kragujevac 2016, 79, 84-86; Maja Stanivuković, Mirko Živković, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 2008, 246-249; Aleksandar Jakšić, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 2008, 261-262.

kvalifikacije), može supsumirati taj pravni odnos odnosno to pravno pitanje<sup>5</sup>. Ako se pronađe takva koliziona norma, pravne praznine nema. U suprotnom, tj. ako se nedvosmisleno utvrdi da se određeni pravni odnos ili pravno pitanje ne može supsumirati pod pravnu kategoriju nijedne kolizione norme u ZRSZ, pravna praznina postoji. Međutim, ponekad se događa da se, nakon brižljivo sprovedene analize, utvrdi da određeni pravni odnos ili pravno pitanje ne odgovara *ratio legis* (tj. smislu i cilju) kolizione norme u ZRSZ, pod čiju se pravnu kategoriju ono može supsumirati putem kvalifikacije. U tom slučaju bi trebalo pristupiti teleološkoj redukciji polja primene kolizione norme iz ZRSZ, tj. redukovati (isključiti) taj pravni odnos ili pravno pitanje iz njene pravne kategorije, i utvrditi da postoji pravna praznina.

Kada se utvrdi postojanje pravne praznine u ZRSZ, ona se popunjava na načine predviđene odredbom čl. 2 ovog zakona. Prema ovoj odredbi, koja važi samo u materiji određivanja merodavnog prava, pravne praznine u ZRSZ se mogu popuniti shodnom primenom odredaba i načela ovog zakona, načela pravnog porekla Republike Srbije i načela međunarodnog privatnog prava<sup>6</sup>. Unošenjem ove odredbe zakonodavac je izričito omogućio organu primene prava da utvrduje i popunjava pravne praznine u ZRSZ, dajući mu odgovarajuće smernice za obavljanje ovog (ponekad veoma složenog) zadatka<sup>7</sup>.

U ovom radu pokušaćemo da bacimo više svetla na utvrđivanje pravnih praznina teleološkom redukcijom kolizionih normi iz ZRSZ-a i da bliže objasnimo kako se, u skladu sa odredbom čl. 2 ZRSZ, mogu popuniti pravne praznine koje su utvrđene na ovaj način.

## 2. UTVRĐIVANJE PRAVNIH PRAZNINA TELEOLOŠKOM REDUKCIJOM KOLIZIONIH NORMI ZRSZ-A

### 2.1. Pojam i sprovođenje teleološke redukcije kolizionih normi

Teleološka redukcija predstavlja metod tumačenja pravnih normi kojim se, najpre, utvrđuje, a zatim i popunjava pravna praznina. Naime, tumačenjem (jezičkim, sistemskim, istorijskim i teleološkim tumačenjem) konkretnе pravne

<sup>5</sup> Vid. i upor. S. Đorđević, Z. Meškić, 81, 84-86. Na primer, za pitanje određivanja ličnog imena deteta ne postoji posebna koliziona norma u ZRSZ, već se ovo pitanje, putem kvalifikacije, supsumira pod kolizionu normu iz čl. 40 ZRSZ koja sadrži pravnu kategoriju pod nazivom „odnosi roditelja i dece“. Ova pravna kategorija obuhvata i pitanje određivanja ličnog imena deteta (vid. više Maja Stanivuković, „Lično ime deteta u srpskom međunarodnom privatnom pravu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* (Zbornik radova PFNS) 1/2017, 27).

<sup>6</sup> Čl. 2 ZRSZ glasi: „Ako u ovom zakonu nema odredbe o merodavnom pravu za neki odnos iz čl. 1 stava 1 ovog zakona, shodno se primenjuju odredbe i načela ovog zakona, načela pravnog porekla Savezne Republike Jugoslavije (Republike Srbije) i načela međunarodnog privatnog prava“.

<sup>7</sup> Vid. i upor. Mihajlo Dika, Gašo Knežević, Srđan Stojanović, *Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*, Beograd 1991, 12; M. Stanivuković, M. Živković, 66.

norme može se utvrditi da ovu normu ne treba primeniti na određeno pitanje (slučaj), koje je njenim tekstom nedvosmisleno obuhvaćeno, iz razloga što ono ne odgovara njenom *ratio legis* (tj. njenom smislu i cilju)<sup>8</sup>. Ako se dode do takvog zaključka, ovo pitanje se teleološki redukuje iz polja primene pravne norme i utvrđuje se da postoji pravna praznina. Ova pravna praznina se popunjava tako što se na „teleološki redukovano“ pitanje primenjuje pravna norma suprotne sadržine ili inače drugaćija pravna norma (od one iz koje je pitanje redukovano) koju treba izgraditi za taj slučaj<sup>9</sup>.

Kada je reč o teleološkoj redukciji kolizionih normi iz ZRSZ, odgovor na pitanje, da li određeni pravni odnos ili pravno pitanje treba redukovati iz polja primene (tj. pravne kategorije) odgovaraće kolizione norme ZRSZ-a, može se dati tek kada se brižljivo sprovede analiza svih relevantnih međunarodnopravatnopravnih (kolizionopravnih) i materijalnopravnih interesa<sup>10</sup> koji utiču na koliziono vezivanje tog pravnog odnosa ili pravnog pitanja odnosno koji utiču na formiranje odnosno izbor odgovarajuće tačke vezivanja koja predstavlja *ratio legis* kolizione norme. Ako se, nakon sprovedene analize, utvrdi da za određeni pravni odnos ili određeno pravno pitanje ne odgovara tačka vezivanja (*ratio legis*) koja je postavljena u kolizionoj normi ZRSZ-a pod čiju se pravnu kategoriju taj pravni odnos ili to pravo pitanje može supsumirati, vrši se njegova teleološka redukcija iz pravne kategorije te kolizione norme i utvrđuje da postoji pravna praznina u ZRSZ. Reč je, zapravo, o tome da tačka vezivanja (ili više njih), koja u dotičnoj kolizionoj normi predstavlja apstraktno utvrđenu najbližu vezu između njene pravne kategorije i prava određene države, nikako nije pogodna (tj. nije pravična) za određeni pravni odnos ili pravno pitanje koje je tom pravnom kategorijom obuhvaćeno, što nedvosmeleno treba da proizađe iz vrednovanja gore pomenutih interesa na osnovu kojih je ona i formirana (odnosno odabrana)<sup>11</sup>. Zbog toga taj pravni odnos ili to pravno pitanje treba teleološki redukovati iz pravne kategorije dotične kolizione norme i, u skladu sa čl. 2 ZRSZ, izgraditi novu (drugaćiju) apstraktну kolizionu normu sa drugačijom tačkom vezivanja (jednom ili više njih) koja odgovara „redukovanim“ pravnom odnosu ili pravnom pitanju (koje, zapravo, postaje posebna pravna kategorija novoizgrađene kolizione norme) odnosno kojom se, u odnosu na „redukovani“ pravni odnos ili pravno pitanje, ostvaruje

---

<sup>8</sup> Tako V. Vodinelić, 178.

<sup>9</sup> Vid. više V. Vodinelić, 178; R. Zippelius, 56; F. Bydlinski, 90-92.

<sup>10</sup> O međunarodnopravatnopravnim interesima i materijalnopravnim interesima u međunarodnom privatnom pravu vid. Gerhard Kegel (Kegel), *Internationales Privatrecht*, München 1977, 54 i dalje; Gerhard Kegel (Kegel), Klaus Schurig (Šurih), *Internationales Privatrecht*, 8. Aufl., München 2000, 112 i dalje; Jan Kropholler (Kropholer), *Internationales Privatrecht*, 4. Auf., Tübingen 2001, 31 i dalje; Abbo Junker (Junker), *Internationales Privatrecht*, 2. Aufl., München 2017, 65 i dalje. Kod nas vid. A. Jakšić, 57 i dalje.

<sup>11</sup> Upor. Thomas Hirse (Hirse), *Die Ausweichklausel im Internationalen Privatrecht*, Tübingen 2006, 14-15.

načelo najbliže veze *in abstracto*. Iz ovog objašnjenja može se uočiti jasna razlika između teleološke redukcije kolizionih normi, kojom organ primene prava utvrđuje postojanje pravne praznine i vrši njihovo popunjavanje izgradnjom novih (apstraktnih) kolizionih normi u skladu sa načelom najbliže veze (*in abstracto*), i klauzule odstupanja koja daje ovlašćenje organu primene prava da odstupi od zakonom propisane tačke vezivanja u određenoj kolizionoj normi u cilju ostvarenja načela najbliže veze u konkretnom slučaju (*in concreto*)<sup>12</sup>.

Imajući u vidu prethodno rečeno, protreba za teleološkom redukcijom kolizione norme vidljiva je barem u dve situacije. Prva situacija bi bila ona kada je, s obzirom na tačke vezivanja odnosno na način na koji su one postavljene u odgovarajućoj kolizionoj normi, očigledno da zakonodavac, prilikom izgradnje kolizione norme, uopšte nije imao u vidu određeno pravno pitanje (ili pravni odnos) koje se može „svrstati“ u njenu pravnu kategoriju. Druga situacija bi bila ona kada se, nakon vrednovanja svih relevantnih interesa, utvrdi da je određeno pravno pitanje u tolikoj meri specifično (ili je tokom vremena postalo specifično) da zbog toga ono ne odgovara *ratio legis* kolizione norme pod čiju pravnu kategoriju se može supsumirati, tj. primena tačke vezivanja iz ove kolizione norme nije adekvatna i pravična za to pravno pitanje. U obe ove situacije, koje se često međusobno „prepliću“, vrši se teleološka redukcija odgovarajućih kolizionih normi i utvrđuje da postoji pravna praznina koju treba popuniti izgradnjom nove (drugačije) kolizione norme u skladu sa čl. 2 ZRSZ.

Pritom, važno je istaći da prilikom primene teleološke redukcije u konkretnom slučaju treba biti veoma oprezan. Ovo naglašavamo iz razloga što u pogledu pojedinih pravnih pitanja domaća literatura ima različita stanovišta, te može biti sporno da li treba pristupiti teleološkoj redukciji određene kolizione norme. To je, primera radi, slučaj sa pitanjem odgovornosti za prekid pregovora za koje pojedini autori smatraju da, iako se ono može supsumirati pod pravnu kategoriju kolizione norme za vanugovornu odgovornost za štetu iz čl. 28 ZRSZ, treba formulisati specijalno koliziono pravilo u skladu sa čl. 2 ZRSZ, jer je reč o specifičnom pravnom pitanju koje je vezano i za građanskopravni delikt i za ugovor<sup>13</sup>. Pored toga, postoji bojazan da bi potreba za teleološkom redukcijom pravnih odnosa i pravnih pitanja iz kolizionih normi ZRSZ mogla naglo da „poraste“, naročito ako se ima u vidu da se ove kolizione norme u današnje vreme, s obzirom na savremeni razvoj međunarodnog privatnog prava (naročito u EU), mogu smatrati „prevaziđenim“ i „zastarelim“. Upravo ova činjenica predstavlja dodatni razlog za

<sup>12</sup> Tako odnosno u istom smislu *ibid.*

<sup>13</sup> Vid. Gašo Knežević, *Merodavno pravo za trgovачki ugovor o međunarodnoj prodaji robe*, doktorska disertacija, Beograd 1987, 201-207, koji smatra da za pitanje odgovornosti za prekid pregovora treba, na osnovu čl. 2 ZRSZ, formulisati posebno koliziono pravilo koje bi upućivalo na primenu pravu prebivališta lica koje prekida pregovore (isti stav je ponovljen u M. Dika, G. Knežević, S. Stojanović, 81 i 97).

oprezeno pristupanje teleološkoj redukciji koja mora biti izuzetna i argumentovano obrazložena (u okvirima ZRSZ-a), jer bi se u suprotnom moglo dogoditi da sudiovi preuzmu ulogu zakonodavca, što sigurno nije smisao i cilj odredbe čl. 2 ZRSZ.

## 2.2. Primeri teleološke redukcije kolizionih normi

Kako se vrši teleološka redukcija kolizionih normi ZRSZ-a i utvrđuje postojanje pravne praznine, pokazaćemo na primerima ugovora o nasleđivanju, povrede prava intelektualne svojine i povrede prava konkurenčije.

Za ugovor o nasleđivanju ne postoji u ZRSZ posebna koliziona norma koja sadrži pravnu kategoriju pod nazivom „ugovor o nasleđivanju“, te je zato potrebno ispitati da li se na određena materijalnopravna pitanja koja se javljaju kod ovog ugovora (tj. na dopuštenost, materijalnu punovažnost, vezanost ugovornog zaveštaoca za ovaj ugovor, tumačenje i pretpostavke za prestanak ugovora o nasleđivanju) može primeniti neka postojeća koliziona norma ZRSZ-a, pod čiju se pravnu kategoriju ovaj odnos može supsumirati putem kvalifikacije. U obzir, gotovo bez ikakve sumnje, dolazi primena kolizione norme iz čl. 30 st. 1 ZRSZ koja predviđa da je „za nasleđivanje merodavno pravo države čiji je državljanin bio ostavilac u vreme smrti“. Ova koliziona norma sadrži pravnu kategoriju „nasleđivanje“ pod koju se mogu supsumirati sva naslednopravna pitanja sa elementom inostranosti (izuzev pitanja sposobnosti za sastavljanje testamena i pitanje forme testamenta na koje se primenjuju odredbe čl. 30 st. 2 odnosno čl. 31 ZRSZ), uključujući i navedena materijalnopravna pitanja kod ugovora o nasleđivanju, uprkos tome što je ugovor o nasleđivanju u domaćem pravu ništav pravni posao<sup>14</sup>.

Međutim, može se postaviti pitanje, da li je smisleno na dopuštenost, materijalnu punovažnost, tumačenje i pretpostavke za prestanak ugovora o nasleđivanju, te na vezanost ugovornog zaveštaoca za ovaj ugovor primeniti pravo poslednjeg državljanstva ugovornog zaveštaoca, naročito ako je on u vreme zaključenja ovog ugovora imao državljanstvo jedne, a u vreme smrti državljanstvo druge države?<sup>15</sup> Nama se čini da odgovor mora biti odrečan, jer na ova materijalnoprav-

---

<sup>14</sup> Vid. i upor. Tibor Varadi, Bernadet Bordaš, Gašo Knežević, Vladimir Pavić, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 2012, 341; A. Jakšić, 419-420; Slavko Đorđević, „Private international law regime of inter vivos contracts whose effects are postponed to the death of the contracting party disposing of the property – de lege lata and de lege ferenda“, *Revija za evropsko pravo* 2-3/2015, 43. Ugovor o nasleđivanju nije nepoznat domaćem pravu, nego samo njegovo zaključenje ne proizvodi pravna dejstva prema domaćem pravu (vid. čl. 179 Zakona o nasleđivanju, *Službeni glasnik RS*, br. 46/95, 101/2003 – odluka USRS, 6/2017), ukoliko je ono merodavno za ugovor o nasleđivanju. Ako je, pak, merodavno strano pravo prema kojem je ugovor o nasleđivanju punovažan, on će proizvoditi dejstva i u našem pravnom poretku, ukoliko se time ne vreda domaći javni porekad.

<sup>15</sup> Isto pitanje se može postaviti i kod određivanja merodavnog prava za materijalnu punovažnost testamenta na osnovu čl. 30 st. 1 ZRSZ. Vid. i upor. S. Đorđević, 56-57; Zlatan Meškić, Slavko Đorđević, ‘Bosnia and Herzegovina’. In *International Encyclopaedia of Laws: Private Interna-*

na pitanja treba primeniti pravo na koje upućuje odgovarajuća tačka vezivanja (u ovom slučaju državljanstvo) u vreme zaključenja ugovora o nasleđivanju, a ne u vreme kada on proizvodi naslednopravna dejstva (tj. u vreme smrti ostavioca). Retroaktivna primena poslednjeg *lex nationalis*-a ostavioca na navedena pravna pitanja u suprotnosti je sa interesima pravnog prometa i pravne sigurnosti, kao i sa interesima samih stranaka (ugovornih zaveštalaca)<sup>16</sup>. Pored toga, može se postaviti i pitanje na koji način treba primeniti kolizionu normu iz čl. 30 st. 1 ZRSZ kod dvostranih ugovora o nasleđivanju, kada su ugovorni zaveštaoci državljanin različitih država – tj. da li prava obe države čiji su oni državljeni treba primeniti kumulativno (obična kumulacija ili distributivna kumulacija?)<sup>17</sup> ili, pak, treba primeni jedno od njih i to koje? Odgovor na ova pitanja „nije vidljiv“ iz same kolizione norme čl. 30 st. 1 ZRSZ. Prema tome, može se zaključiti da koliziona norma iz čl. 30 st. 1 ZRSZ (tačnije, način na koji je postavljena njena tačka vezivanja) nije pogodna za ugovor o nasleđivanju odnosno da ovo raspolaganje za slučaj smrti ne odgovara njenom *ratio legis*-u, jer je očigledno da zakonodavac, prilikom formulisanja ove kolizione norme, uopšte nije imao u vidu ugovore o nasleđivanju koji se mogu svrstati u njenu pravnu kategoriju. Zbog toga, ugovore o nasleđivanju treba teleološki redukovati iz polja primene (pravne kategorije) kolizione norme iz čl. 30 st. 1 ZRSZ i nastalu pravnu prazninu popuniti u skladu sa čl. 2 ZRSZ.

Za pitanje odgovornosti zbog povrede prava intelektualne svojine takođe ne postoji posebna koliziona norma u ZRSZ. Ako se ima u vidu da se ovo pitanje u našem pravu kvalificuje kao oblik vanugovorne odgovornosti za štetu, ono se može supsumirati pod kolizionu normu za vanugovornu odgovornost za štetu iz čl. 28 st. 1 ZRSZ, koja upućuje na primenu prava mesta gde je radnja izvršena ili prava mesta gde je posledica nastupila, zavisno od toga koje je od ova dva prava povoljnije za oštećenika (tzv. princip ubikviteta i povoljnijeg prava za oštećenog)<sup>18</sup>. Međutim, subjektivna prava intelektualne svojine su teritorijalno odnosno nacionalno ograničena (načelo teritorijalnosti), tako da se njihova pravna zaštita različito uređuje od države do države, pa se čak može dogoditi da pravo intelektualne svojini postoji na teritoriji jedne države i uživa pravnu zaštitu, a da na teritoriji druge države to nije slučaj<sup>19</sup>. To, zapravo, znači da se subjektivnim pravima inte-

<sup>16</sup> International Law, edited by Bea Verschraegen. Alphen aan den Rijn, NL: Kluwer Law International, 2018, 135, 137.

<sup>17</sup> Vid. *ibid.*

<sup>18</sup> A. Jakšić, 420, zagovara kumulativnu primenu oba *lex nationalis*-a, ne upuštajući se u bliža razmatranja.

<sup>19</sup> Vid. Slavko Đorđević, *Merodavno pravo za internet-delikte*, magistarski rad, Beograd 2006, 164.

<sup>19</sup> O načelu teritorijalnosti subjektivnih prava intelektualne svojine vid. više kod Slobodan Marković, Dušan Popović, *Pravo intelektualne svojine*, Beograd 2015, 317-318.

lektualne svojine pruža zaštita na teritoriji određene države, ako ona prema njenom nacionalnom pravu postoje i ako je na teritoriji te države došlo do njihove povrede<sup>20</sup>. Imajući ovo u vidu, čini se da primena *lex loci delicti commissi* iz čl. 28 ZRSZ nije adekvatna i primerena (odnosno nije pravična) za povrede prava intelektualne svojine, jer se može dogoditi da pravo intelektualne svojine u konkretnom slučaju ne postoji odnosno ne uživa pravnu zaštitu u državi u kojoj je došlo do njegove povrede. Takođe, u slučaju dislokacije štetne radnje i posledice ne može se primeniti princip povoljnijeg prava za oštećenog, jer u obzir jedino može doći primena prava države na čijoj teritoriji je povredeno pravo intelektualne svojine (pod uslovom da ono u toj državi postoji). Prema tome, pitanje vanugovorne odgovornosti za štetu nastalu zbog povrede prava intelektualne svojine ne odgовара *ratio legis* kolizione norme iz čl. 28 ZRSZ (odnosno njenom načinu kolizionog vezivanja, tj. njenoj tački vezivanja), te ga treba teleološki redukovati iz polja njene primene i nastalu pravnu prazninu popuniti u skladu sa čl. 2 ZRSZ.

Slično je i sa pitanjem odgovornosti za povredu prava konkurenциje. Ovo pravno pitanje, za koje ne postoji posebna koliziona norma u ZRSZ, u našem pravu se, takođe, kvalifikuje kao posebna vrsta građanskopravnog delikta koje se, dakle, može supsumirati pod kolizionu normu iz čl. 28 ZRSZ<sup>21</sup>. Međutim, primena principa ubikviteta i povoljnijeg prava iz čl. 28 st. 1 ZRSZ nije prikladna za određivanje merodavnog prava za odgovornost zbog povrede prava konkurenциje, jer se ova povreda ogleda u koliziji poslovnih interesa konkurenata i kršenju prava potrošača kao trećih lica na tržištu određene države<sup>22</sup> (tj. povreda „pogađa“ tržište jedne države<sup>23</sup>) čiji (javni) interesi zahtevaju da se „obezbedi“ slobodna konkurenca<sup>24</sup>. Imajući u vidu da princip ubikviteta i povoljnijeg prava iz čl. 28 ZRSZ vodi računa samo interesima oštećenog i štetnika, a ne i o javnim interesima države na čijem tržištu je došlo do povrede slobodne konkurenčije, očigledno je da pitanje odgovornosti za povredu prava konkurenčije ne odgovara *ratio legis* kolizione norme iz čl. 28 ZRSZ, tj. njenoj tački vezivanja<sup>25</sup>, tako da ovo pitanje treba teleološki redukovati iz polja njene primene i nastalu pravnu praznину popuniti u skladu sa čl. 2 ZRSZ.

---

<sup>20</sup> Vid. i upor. Bernd von Hoffmann (von Hofman), Karsten Thorn (Torn), *Internationales Privatrecht*, München 2007, 497-498; J. Kropholler, 2001, 517-518.

<sup>21</sup> Vid. S. Đorđević (2006), 167.

<sup>22</sup> Vid. i upor. Jacob Fortunat Stagl (Štagl), „Unfair Competition on the Internet – „Rome II“ and Yugoslav Act concerning Private International Law of 1983“, *Dvadeset godina Zakona o međunarodnom privatnom pravu, Zbornik radova*, Niš, 2003, str. 219-232, 222; B. von Hoffmann, K. Thorn, 501-504; A. Jakšić, 472-473; J. Kropholler, 516; S. Đorđević (2006), 167.

<sup>23</sup> Vid. *ibid.*

<sup>24</sup> Upor. B. von Hoffmann, K. Thorn, 501-502.

<sup>25</sup> U tom smislu A. Jakšić, 472-473; B. von Hoffmann, K. Thorn, 501.

### 3. IZGRADNJA NOVIH KOLIZIONIH NORMI ZA TELEOLOŠKI REDUKOVANA PRAVNA PITANJA U SKLADU SA ČL. 2 ZRSZ

#### 3.1. O primeni čl. 2 ZRSZ na teleološki redukovana pravna pitanja

Prema čl. 2 ZRSZ, pravne praznine u domaćem kolizionom pravu popunjavaju se shodnom primenom odredaba i načela ZRSZ, načela domaćeg pravnog porekta i načela međunarodnog privatnog prava. U domaćoj literaturi je zauzet stav da organ primene prava nije dužan da poštije redosled navedenih načina (izvora) za popunjavanje pravnih praznina, već ih može koristiti alternativno ili kombinovano, kako bi pronašao najpodesnije koliziono rešenje za dato pitanje<sup>26</sup>. Mi se, u biti, slažemo sa ovim stavom, s tim što smatramo da se pravne praznine najčešće popunjavaju kombinovanom primenom navedenih izvora.

Međutim, kada se postojanje pravnih praznina utvrdi teleološkom redukcijom kolizionih normi, shodna primena odredbi ZRSZ, po pravilu, nije pogodna za njihovo popunjavanje. Naime, pod shodnom primenom odredaba ZRSZ treba razumeti njihovu analognu primenu (pravna/zakonska analogija) na pravne odnose i pravna pitanja koja uopšte nisu obuhvaćena kolizionim normama u ZRSZ. To znači da se na jedan pravni odnos ili pravno pitanje, koje se ne može supsumirati ni pod jednu kolizionu normu u ZRSZ, može primeniti ona koliziona norma iz ZRSZ koja uređuje sličan pravni odnos ili pravno pitanje i koja sadrži takvu tačku vezivanja koja odgovara tom pravnom odnosu odnosno pravnom pitanju<sup>27</sup> (što se utvrđuje vrednovanjem relevantnih kolizionopravnih i materijalnopravnih interesa). Ako se ima u vidu da za teleološki redukovana pravna pitanja već postoje kolizione norme u ZRSZ pod čije se pravne kategorije ona mogu supsumirati (a iz kojih su, zbog suprotnosti sa njihovim *ratio legis*, redukovana), uglavnom nije moguće „pronaći“ neku drugu kolizionu normu u ZRSZ čija pravna kategorija može obuhvatiti pravne odnose i pravna pitanja sličnim onima koja su teleološki redukovana i koja, pritom, sadrži pogodnu (odnosno pravičnu) tačku vezivanja. Prema tome, pravne praznine u ZRSZ, koje su utvrđene teleološkom redukcijom kolizionih normi ovog zakona, popunjavaju se, najčešće, tako što se za „redukovane“ pravne odnose ili pravna pitanja izgrađuju nove kolizione norme na osnovu kombinovane primene načela ZRSZ, načela domaćeg pravnog porekta i načela međunarodnog privatnog prava.

---

<sup>26</sup> Vid. i upor. M. Dika, G. Knežević, S. Stojanović, 12-13; T. Varadi *et al.*, 78-79; M. Stanivuković, M. Živković, 67; A. Jakšić, 99-100; S. Đodrević, Z. Meškić, 31; Slavko Đorđević, „Određivanje merodavnog prava za direkstan zahtev oštećenog prema štetnikovom osiguravaču u međunarodnom privatnom pravu Republike Srbije“, *Evropska revija za pravo osiguranja* 1/2015, 12.

<sup>27</sup> Dakle, mora se utvrditi da postoji tzv. razlog sličnosti koji „aktivira“ analognu primenu odgovarajuće pravne (kolizione) norme (vid. više V. Vodinelić, 175-176; R. Zippelius, 55, 60-61; F. Bydlinski, 85-89).

U izlaganjima, koja slede, osvrnućemo se na sva načela koja su u čl. 2 ZRSZ navedena kao izvori popunjavanja pravnih praznina. S obzirom da redosled njihovog navođenja u ovoj odredbi nema poseban pravni značaj, smatramo da je logično da, najpre, obradimo načela međunarodnog privatnog prava koja prožimaju ovu granu prava u celini, zatim načela ZRSZ-a koja je domaći zakonodavac obrazovao na osnovu opštih načela međunarodnog privatnog prava i, na kraju, načela domaćeg pravnog poretka.

### 3.2. Načela međunarodnog privatnog prava

Pod shodnom primenom načela međunarodnog privatnog prava u smislu čl. 2 ZRSZ treba razumeti opšta načela ove grane prava na osnovu kojih se mogu izgraditi nove kolizacione norme za pravne odnose ili pravna pitanja u pogledu kojih postoje pravne praznine u ZRSZ. S obzirom da zakonodavac nije izričito odredio ova načela, taj zadatak je prepušten literaturi i sudskoj praksi.

Osnovno i najvažnije načelo međunarodnog privatnog prava (i istovremeno ZRSZ-a) jeste načelo najbliže veze. Ovo načelo nalaže da za određeni pravni odnos ili pravno pitanje sa elementom inostranosti (tj. za određenu pravnu kategoriju) treba izgraditi kolizacionu normu sa takvom tačkom vezivanja koja *in abstracto* (u apstrakntom smislu) upućuje na primenu prava države sa kojim dati odnos ili dato pitanje stoji u najbližoj vezi i koja, sledstveno tome, predstavlja *ratio legis* te kolizacione norme<sup>28</sup>. Upućivanjem na pravni poredak sa kojim postoji najbliža veza ostvaruje se tzv. međunarodnopravna (kolizionopravna) pravičnost<sup>29</sup>.

Da bi se *in abstracto* (prilikom izgradnje kolizacione norme) utvrdilo sa kojom državom određeni pravni odnos ili pravno pitanje stoji u najbližoj vezi i time uspostavio *ratio legis* kolizacione norme, potrebno je izvršiti vrednovanje različitih tipičnih međunarodnopravnih (kolizionopravnih) interesa koji ukazuju na personalnu, materijalnu (stvarnu) i teritorijalnu povezanost pravnog odnosa ili pravnog pitanja sa jednom ili više država<sup>30</sup>. Reč je o interesima stranaka koji zahtevaju primenu prava države sa kojom je jedna ili više njih blisko povezana<sup>31</sup>, o

---

<sup>28</sup> Vid. i upor. G. Kegel, 54-56; G. Kegel, K. Schurig, 114-17; J. Kropholler, 24-26; A. Junker, 58 i dalje; A. Jakšić, 49; S. Đorđević, Z. Meškić, 21-22.

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> O interesima u međunarodnom privatnom pravu vidi G. Kegel, 54 i dalje; G. Kegel, K. Schurig, 112 i dalje; A. Junker, 65 i dalje. Kod nas vid. A. Jakšić, 57 i dalje.

<sup>31</sup> Vrednovanje međunarodnopravnih interesa stranaka se različito vrši kada u pravnom odnosu učestvuje jedna stranka i kada učestvuje više stranaka. U prvom slučaju se uzima da je interes jedne stranke da se na njen pravni status primeni pravo one države sa kojom je ona u najbližoj vezi (npr. pravo njenog državljanstva ili prebivališta), dok se u drugom slučaju teži usaglašavanju interesa svih stranaka (npr. primena prava zajedničnog državljanstva ili zajedničkog prebivališta) ili se daje prednost interesima jedne stranke u odnosu na ostale (npr. primena prava države prebivališta dužnika karakteristične prestacije, a ne druge ugovorne strane), ali opet u cilju

interesima pravnog prometa koji zahtevaju izgradnju jasnih i predvidivih kolizionih pravila u cilju olakšanog i sigurnog odvijanja prekograničnog pravnog prometa<sup>32</sup>, zatim o interesima pravnog poretka koji se ogledaju u ostvarenju unutrašnje i međunarodne harmonije odlučivanja i koji doprinose ostvarenju pravne sigurnosti i predvidivosti<sup>33</sup> i, najzad, o interesima države koji se mogu ogledati u potrebi da se izgrade takve kolizione norme koje bi upućivale na češću primenu domaćeg prava<sup>34</sup>. Među ovim interesima ne postoji nikakav hijerarhijski odnos, već se njihov pojedinačni značaj (odnosno prednost jednih interesa u odnosu na druge) utvrđuje u odnosu na određenu pravnu kategoriju odnosno na određeni pravni odnos ili pravno pitanje sa elementom inostranosti<sup>35</sup>. Prema tome, vrednovanjem ovih interesa vrši se „ubiličavanje“ načela najbliže veze u odgovarajuću tačku vezivanja koja upućuje na merodavno pravo za pravnu kategoriju koja je data u određenoj kolizionoj normi, čime je istovremeno određen *ratio legis* te kolizione norme<sup>36</sup>. Na ovaj način se kolizionopravnim upućivanjem može doći do primene prava bilo koje države, što znači da su iz ugla međunarodnog privatnog prava pravni poreci svih država na svetu ravnopravni, čime se uspostavlja načelo univerzalnosti i ravnopravnosti koje se „prirodno naslanja“ na načelo najbliže veze<sup>37</sup>.

Međutim, u domaćoj literaturi je zauzeto stanovište da pod načelima međunarodnog privatnog prava treba prvenstveno razumeti konkretna opšteprihvaćena

---

da se na taj način „pronađe“ najbliža veza sa pravom neke države. Vid. i upor. G. Kegel, 56-57; G. Kegel, K. Schurig, 118-120; A. Jakšić, 59; A. Junker, 66.

<sup>32</sup> Jasna i predvidiva koliziona pravila, na koja se stranke mogu unapred osloniti, olakšavaju i osiguravaju odvijanje prekograničnog pravnog prometa (tako odnosno u tom smislu A. Jakšić, 60; G. Kegel, 58; A. Junker, 66-67; J. Kropholler, 144-146). U interesu olakšanja i zaštite pravnog prometa formulisana su sledeća koliziona pravila: alternativna primena *lex cause* i *locus regit actum* na formu pravnog posla (koja predstavlja izraz načela in favorem negotii), *lex rei sitae* za stvarna prava, *lex loci delicti commisi* za gradanskopravne delikte. Vid. i upor. G. Kegel, 58-59; G. Kegel, K. Schurig, 120-121; J. Kropholler, 141-146; A. Junker, 67; A. Jakšić, 60.

<sup>33</sup> Vid. više G. Kegel, K. Schurig, 122-127; A. Junker, 67-70; A. Jakšić, 62-66.

<sup>34</sup> Vid. više A. Jakšić, 61-62; J. Kropholler, 31; G. Kegel, K. Schurig, 130-132.

<sup>35</sup> Vid. G. Kegel, 56; G. Kegel, K. Schurig, 117 i dalje; A. Junker, 66; A. Jakšić, 58-59.

<sup>36</sup> Treba istaći da se načelo najbliže veze u kolizionim normama ne ostvaruje u svim državama na svetu na isti način. Na primer, u nekim državama kolizione norme za statusne i porodične odnose sa elementom inostranosti sadrže državljanstvo kao primarnu tačku vezivanja, dok se u drugim državama, kao tačka vezivanja za ove odnose, uzima ubičajeno boravište ili prebivalište. To znači da je konkretizacija načela najbliže veze u kolizionim normama u velikoj meri uslovljena nacionalnom zakonodavnom politikom određene države, pa je možda zato ispravnije govoriti o primeni prava države sa kojim je pravni odnos „blisko povezan“ (statusni odnosi fizičkog lica su u bliskoj vezi i sa pravom njegovog državljanstva i sa pravom njegovog ubičajenog boravišta), nego o primeni prava sa kojim postoji „nabliža veza“. Pored toga, pojedinim kolizionim norama nije primarni cilj ostvarenje načela najbliže veze, iako odabrana tačka vezivanja upućuje na pravo sa kojim je dati odnos u bliskoj vezi (npr. alternativne kolizione norme primarno imaju za cilj da se primeni ono od alternativno ponudenih prava koje daje najpovoljniji materijalnopravni rezultat). Vid. i upor. J. Kropholler, 27-28.

<sup>37</sup> Vid. i upor. S. Đorđević, Z. Meškić, 21-22.

koliziona pravila koja zakonodavci različitih država predviđaju za pravne odnose i pravna pitanja koja nisu uređena u ZRSZ<sup>38</sup>. Ovo stanovište verovatno ima u vidu činjenicu da u uporednom međunarodnom privatnom pravu postoji bogata „riznica“ kvalitetnih kolizionih pravila koja su široko prihvaćena, a na koja se domaći organ primene prava može osloniti prilikom popunjavanja pravnih praznina u ZRSZ. Pored toga, preuzimanjem opšteprihvaćenih (odnosno široko rasprostranjenih) kolizionih pravila iz uporednog prava stavla se u prvi plan interes za ostvarenjem međunarodne harmonije odlučivanja<sup>39</sup>, kao osoben interes pravnog porekta. U kontekstu popunjavanja pravnih praznina u ZRSZ, to bi značilo da za određeni pravni odnos ili pravno pitanje treba izgraditi koliziono pravilo koje je široko prihvaćeno u u uporednom pravu, tj. koje je prihvaćeno u većini država u Evropi i svetu, jer se time obezbeđuje da se na taj odnos odnosno na to pitanje primeni isto merodavno pravo koje bi se primenilo i u stranim državama, što bi u krajnjem ishodu trebalo da dovede do istog materijalnopravnog rešenja (kod nas i u drugim državama), tj. do ostvarenja međunarodne harmonije odlučivanja između naše države i stranih država koje prihvataju ovo isto koliziono pravilo. Mi se, u biti, slažemo sa iznetim stavom domaće literature i smatramo da interes ostvarenja međunarodne harmonije odlučivanja treba da ima poseban značaj, naročito zato što se u uporednom pravu mogu pronaći kvalitetna koliziona pravila koja se mogu (u celini ili delimično) preuzeti ili poslužiti kao uzor za izgradnju novih kolizionih pravila u cilju popunjavanja pravnih praznina u ZRSZ. Međutim, isto tako smatramo da se ne smeju zanemariti ostali kolizionopravni interesi koji utiču na izgradnju apstraktnih kolizionih normi, kao ni posebna načela ZRSZ koja predstavljaju izraz domaće zakonodavne politike.

### 3.3. Načela ZRSZ

Pod shodnom primenom načela ZRSZ (u smislu čl. 2 ovog zakona) treba, takođe, razumeti njihovu primenu u cilju izgradnje odgovarajućeg kolizionog pravila za određeni pravni odnos ili pravno pitanje u pogledu kojeg postoji prava praznina u ZRSZ. Ni ova načela zakonodavac nije izričito odredio.

Iz ZRSZ se mogu apstrahovati opšta načela, koja prožimaju ceo zakon, kao i posebna načela koja važe za kolizionopravno uređenje pojedinih privatnopravnih odnosa odnosno određene pravne materije u ZRSZ. Kao što smo već istakli, opšte odnosno osnovno načelo međunarodnog privatnog prava i istovremeno ZRSZ-a jeste načelo najbliže veze<sup>40</sup> (zajedno sa načelom univerzalnosti i rav-

---

<sup>38</sup> Tako M. Stanivuković, M. Živković, 68.

<sup>39</sup> Ostvarenje međunarodne harmonije odlučivanja znači da se o jednom pravnom odnosu mora odlučivati na isti način, bez obzira u kojoj državi se odluka donosi. Vid. G. Kegel, 59–60; G. Kegel, K. Schurig, 122–123; A. Junker, 68–69; A. Jakšić, 63–66; S. Đorđević, Z. Meškić, 23.

<sup>40</sup> Tako i M. Stanivuković, M. Živković, 67; A. Jakšić, 49, 100; S. Đorđević, Z. Meškić, 21–22.

nopravnosti<sup>41</sup>), tako da sve što je gore rečeno o ovom načelu i njegovom „uobličavanju“ u odgovarajuće tačke vezivanja putem vrednovanja različitih kolizionopravnih interesa važi i ovde. Kada je, pak, reč o posebnim načelima koja važe za određenu vrstu privatnopravnih odnosa u ZRSZ, ona su nastala kao rezultat (apstraktne) konkretizacije opštег načela najbliže veze odnosno kao rezultat vrednovanja kolizionopravnih i materijalnopravnih interesa (interesa i vrednosti domaćeg pravnog poretka) koje je izvršio domaći zakonodavac, tako da predstavljaju izraz domaće zakonodavne politike u oblasti međunarodnog privatnog prava. Ova posebna načela se utvrđuju analizom odredaba ZRSZ koja uređuju odredene pravne odnose sa elementom inostranosti<sup>42</sup>. Tako se analizom odredaba koje uređuju statusne, porodične i nasledne odnose sa elementom inostranosti<sup>43</sup> može utvrditi načelo primene prava državljanstva na osnovu kojeg se određuje merodavno pravo za ove odnose<sup>44</sup>. Domaći zakonodavac je odlučio da je u interesu stranaka da se u ovim odnosima primarno primeni pravo države čije su one (ili jedna od njih) državljeni, te da sa tim pravom postoji najbliža veza, a ne sa pravom države u kojoj imaju prebivalište ili uobičajeno boravište. Zatim, analizom kolizionih normi koje se odnose na bračne odnose (zaključenje, dejstva i razvod braka) može se izvući načelo zabrane kolizionopravne diskriminacije po polu koje ima svoje utemeljenje u domaćem materijalnopravnom načelu ravnopravnosti polova<sup>45</sup>. Ovo načelo podrazumeva da se prilikom određivanja merodavnog prava mora podjednako voditi računa o interesima oba supružnika<sup>46</sup>, što ima za posledicu da se podjednako uzimaju u obzir prava država čiji su oni državljanini ili se teži primeni nekog drugog prava sa kojim su oba supružnika odnosno njihov bračni odnos u bliskoj vezi (npr. pravo države zajedničkog prebivališta). Dalje, analizom kolizionih normi za ugovore iz čl. 20 ZRSZ (koje se primenjuju u odustvu stranačke autonomije volje) može se utvrditi načelo primene prava prebivališta odnosno sedišta dužnika karakteristične prestacije, analizom kolizionih normi iz čl. 7 ZRSZ (forma pravnog posla) i čl. 31 ZRSZ (forma testamenta) može se izvući načelo *in favorem negotii* koje ima za cilj primenu onog prava prema kojem je određeni pravni posao punovažan<sup>47</sup> itd.

Prema našem mišljenju, posebna načela ZRSZ su veoma značajna za popunjavanje pravnih praznina u skladu sa čl. 2 ZRSZ i od njih se retko može odstupiti prilikom izgradnje kolizione norme za neko pravno pitanje koje pripada materiji u kojoj ova načela važe. Ovo iz razloga što bi se njihovim ignorisanjem moglo stvoriti koliziono pravilo koje drastično odstupa od pravila koja važe u

<sup>41</sup> Vid. i upor. S. Đorđević, Z. Meškić, 21-22.

<sup>42</sup> Tako i M. Stanivuković, M. Živković, 67.

<sup>43</sup> Vid. odredbe čl. 30 do 45 ZRSZ.

<sup>44</sup> Tako M. Stanivuković, M. Živković, 67.

<sup>45</sup> Tako i A. Jakšić, 58.

<sup>46</sup> Tako M. Stanivuković, M. Živković, 67-68.

<sup>47</sup> Vid. i upor. *ibid.* 67.

datoj materiji, čime se napušta „duh“ ZRSZ-a. Ipak, odstupanja od ovih načela su moguća, naročito kada se vrednovanjem svih relevatnih kolizionopravnih i materijalnopravnih interesa nedvosmisленo utvrdi da posebno načelo ZRSZ nikako nije prikladno za određeno pravno pitanje u pogledu kojeg postoji pravna praznina u ovom zakonu, iako ono pripada materiji u kojoj ovo posebno načelo važi.

### 3.4. Načela domaćeg pravnog poretku

Pod načelima domaćeg pravnog poretku, na koje upućuje čl. 2 ZRSZ, treba razumeti ne samo osnovna pravna načela koja su ugrađena u temelje našeg državnog i pravnog poretku i o kojima se uvek vodi računa prilikom izgradnje, tumačenja i primene svake pravne norme, pa i kolizionih normi (načelo vladavine prava<sup>48</sup>, načelo jednakosti<sup>49</sup>, načelo neposredne primene pravnih normi o ljudskim i manjinskim pravima<sup>50</sup>), nego i načela građanskog i trgovinskog prava (odnosno načela koja su karakteristična za odredenu gradanscopravnu ili trgovinscopravnu materiju) kojima se štite različiti materijalnopravni interesi u građanskopravnim i trgovinskopravnim odnosima i čiji je neposredni uticaj na izgradnju kolizionih normi u ZRSZ konkretniji i vidljiviji. Naime, interesi i vrednosti domaćeg pravnog poretku nužno utiču na izgradnju domaćih kolizionih normi u kojima dobijaju svoj kolizionopravni izraz (što je, kao što smo gore već pokazali, vidljivo u ZRSZ<sup>51</sup>), jer domaće kolizione pravo nužno počiva na vrednostima domaćeg pravnog poretku čiji je sastavni deo<sup>52</sup>. Otuda, primenu načela domaćeg pravnog poretku u cilju popunjavanja pravnih praznina u skladu sa čl. 2 ZRSZ treba shvatiti kao nužnu potrebu da se uzmu u obzir svi relevantni interesi i vrednosti domaćeg prava koji su neophodni za izgradnju novih kolizionih normi za određene pravne odnose ili pravna pitanja.

U prethodnim izlaganjima smo spomenuli da u međunarodnom, uporednom i domaćem pravu intelektualne svojine važi načelo teritorijalnosti (tj. načelo važenja subjektivnih prava intelektualne svojine na teritoriji odredene države) koje svakako utiče na izgradnju kolizionih normi za punovažanost, dejstva, trajanje, prestanak i povredu ovih prava. Takođe, načelo slobodne konkurenčije koje važi na tržištu određene države treba uzeti u obzir prilikom izgradnje kolizione norme za povredu prava konkurenčije koja se vrši radnjama konkurenata na tom tržištu<sup>53</sup>. Slično je i sa drugim načelima koja važe u građanskom i trgovinskom pravu. Na primer, načelo zaštite slabije ugovorne strane, kojim se odlikuje domaće pravo zaštite potro-

<sup>48</sup> Vid. čl. 3 Ustava Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.

<sup>49</sup> Vid. čl. 21 Ustava Republike Srbije.

<sup>50</sup> Vid. čl. 18 Ustava Republike Srbije.

<sup>51</sup> Već smo istakli da načelo zabrane kolizionopravne diskriminacije po polu, koje kao posebno načelo prožima ZRSZ, predstavlja kolizionopravni izraz materijalnopravnog načela ravnotežnosti polova.

<sup>52</sup> Vid. pre svih J. Kropholler, 33. Kod nas tako A. Jakšić, 58.

<sup>53</sup> Vid. i upor. A. Jakšić, 473.

šača<sup>54</sup>, trebalo bi da utiče na izgradnju kolizionih normi za potrošačke ugovore, tako što bi se kod ovih ugovora ograničila autonomija volje i, pod određenim uslovima, obezbedila primena prava države sa kojom je potrošač u najbližoj vezi<sup>55</sup>.

### **3.5. Primeri izgradnje novih kolizionih normi u skladu sa čl. 2 ZRSZ**

Kao što smo već istakli, pravne praznine u ZRSZ, koje su utvrđene teleološkom redukcijom, popunjavaju se, po pravilu, izgradnjom novih kolizionih normi na osnovu kombinovane primene načela ZRSZ, načela domaćeg pravnog poretka i načela međunarodnog privatnog prava. Pritom, imajući u vidi prethodna izlaganja, očigledno je da se sva ova načela koriste u cilju ostvarenja načela najbliže veze odnosno izgradnje takvog kolizionog pravila za određeni pravni odnos ili pravno pitanje koje (nakon vrednovanja svih relevantnih kolizionopravnih i materijalnopravnih interesa) upućuje na primenu prava države sa kojom postoji najbliža veza *in abstracto*. Kako organ primene prava može obaviti ovaj zadatok, prikazaćemo na primerima „teleološki redukovanih“ pravnih pitanja koja smo već gore izneli, tj. na primerima ugovora o nasleđivanju, povrede prava intelektualne svojine i povrede prava konkurenčije.

#### *3.5.1. Ugovor o nasleđivanju*

Kod izgradnje kolizionih normi za dopuštenost, materijalnu punovažnost, tumačenje, prestanak i vezujuća dejstva ugovora o nasleđivanju<sup>56</sup> moraju se, pre-

---

<sup>54</sup> Vid. Zakon o zaštiti potrošača, *Službeni glasnik RS*, br. 62/2014, 6/2016 – dr. zakon i 44/2018 – dr. zakon.

<sup>55</sup> U ZRSZ ne postoje posebne kolizacione norme za potrošačke ugovore kojima se štite potrošači na „terenu“ međunarodnog privatnog prava, iako njihova zaštita snažno dolazi do izražaja u pozitivnom materijalnom pravu. Imajući u vidu ovaj „vrednosni disbalans“ između domaćeg materijalnog i domaćeg kolizionog prava, može se postaviti pitanje da li potrošačke ugovore treba teleološki redukovati iz kolizionih normi iz čl. 19 i 20 ZRSZ i, pritom, utvrditi da u pogledu njih postoji pravna praznina koju treba popuniti u skladu sa čl. 2 ZRSZ? Odgovor na ovo pitanje zahteva detaljniju analizu za koju u ovom radu, nažalost, nema dovoljno prostora. Međutim, ako bismo došli do zaključka da se potrošački ugovori mogu teleološki redukovati iz čl. 19 i 20 ZRSZ, nova koliziona pravila za ove ugovore, koja bi se izgradila u skladu sa čl. 2 ZRSZ, trebala bi da ograniče autonomiju volju stranaka i da upute na primenu prava države u kojoj potrošač ima prebivalište, pod uslovom da trgovac obavlja svoju delatnost u ovoj državi ili je na nju usmerava (vid. kolizione norme za potrošačke ugovore iz čl. 6 Uredbe br. 593/2008 Evropskog parlamenta i Saveta od 17. juna 2018. godine o merodavnom pravu za ugovorne obaveze – Rim I Uredba (Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), Official Journal L 177/6, 4.7.2008)).

<sup>56</sup> Na formalnu punovažnost ugovora o nasleđivanju treba analogno primeniti odredbe čl. 31 ZRSZ odnosno odredbe Haške konvencije o sukobu zakona u pogledu forme testamentalnih raspolaganja iz 1961. godine koje uređuju određivanje merodavnog prava za formu testamenta (vid. i upor. Z. Meškić, S. Đorđević, 136; A. Jakšić, 419).

ma našem mišljenju, kombinovati posebna načela ZRSZ-a sa načelima međunarodnog privatnog prava.

Kada je reč o posebnim načelima ZRSZ-a, moramo se pridržavati načela primene prava državljanstva u naslednjim odnosima (čl. 30 ZRSZ), tj. moramo uzeti državljanstvo kao osnovnu tačku vezivanja, s obzirom da pravo državljanstva ostavioca (zaveštaoca) važi i za materijalnopravna pitanja kod testamenta. Ako bi se za osnovnu tačku vezivanja uzelo uobičajeno boravište zaveštaoca, koje predstavlja vladajuće rešenje u evropskom međunarodnom privatnom pravu<sup>57</sup>, došli bismo u situaciju da ova raspolaganja za slučaj smrti imaju dijametralno različit kolizionopravni tretman, što sigurno ne odgovara „duhu“ i konzistentnosti ZRZS-a. Prema tome, osnovna tačka vezivanja treba da bude državljanstvo ugovornog zaveštaoca (odnosno ugovornih zaveštalaca)<sup>58</sup>.

Međutim, da bismo dali „konačni oblik“ novim kolizionim normama za gore navedena materijalnopravna pitanja kod ugovora o nasleđivanju, neophodno je konsultovati načela međunarodnog privatnog prava i, pritom, potražiti „inspiraciju“ za izgradnju ovih normi u uporednom međunarodnom privatnom pravu. Kao odgovarajući uzor mogu poslužiti odredbe čl. 25 EU Uredbe o nasleđivanju (Uredbe br. 560/2012 od 4. jula 2012. godine o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i prihvatanju i izvršenju javnih isprava u naslednjim stvarima i stvaranju evropskog sertifikata o nasleđivanju) koje sadrže različite kolizione norme za jednostrane i dvostrane (višestrane) ugovore o nasleđivanju, s tim što od njih jedino treba „pozajmiti“ način izdiferenciranog kolizinopravnog uređivanja ovih ugovora, a ne i njihovu osnovnu tačku vezivanja (uobičajeno boravište) za koju smo rekli da treba da bude državljanstvo ugovornog zaveštaoca (u skladu sa čl. 30 ZRSZ). Otuda, ovakvim kombinovanim pristupom, odnosno primenom načela ZRSZ i načela međunarodnog privatnog prava (u okviru prime- ne čl. 2 ZRSZ), može se za pitanja dopuštenosti, materijalne punovažnosti, tumačenja, vezujućeg dejstva i prestanka jednostranih ugovora o nasleđivanju (kod koji postoji samo jedan ugovorni zaveštalac) izgraditi koliziona norma koja upućuje na primenu prava države čiji je ugovorni zaveštalac bio državljanin u vreme zaključenja ovog ugovora.

Kada je reč o dvostranim ugovorima o nasleđivanju, izgradnja novih kolizionih normi je nešto složenija, s obzirom da one moraju uvažiti nacionalna prava

---

<sup>57</sup> Vid. odredbe čl. 4, 24 i 25 Uredbe Evropskog parlamenta i Saveta br. 560/2012 od 4. jula 2012. godine o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i prihvatanju i izvršenju javnih isprava u naslednjim stvarima i stvaranju evropskog sertifikata o nasleđivanju (Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, Official Journal L 201/107, 27.7.2012).

<sup>58</sup> Vid. i upor. Z. Meškić, S. Đorđević, 137.

oba ugovorna zaveštaoca. Zbog toga je, najpre, neophodno izgraditi koliziono pravilo za pitanje dopuštenosti dvostranog ugovora o nasleđivanju koje bi za ovo pitanje nalagalo (običnu) kumulativnu primenu prava država čiji su državljeni svi ugovorni zaveštaoci u vreme zaključenja ugovora. Zatim bi za ostala pitanja trebalo formulisati koliziono pravilo koje bi omogućilo da dvostrani ugovor o nasleđivanju proizvede dejstva. Jedno takvo pravilo bi moglo glasiti: ako je dvostrani ugovor o nasleđivanju dopušten prema *lex nationalis* oba ugovorna zaveštaoca, na materijalnu punovažnost, tumačenje i prepostavke za prestanak ugovora o nasleđivanju, kao i na pitanje vezanosti ugovornih zaveštalaca za ovaj ugovor, primeњuje se pravo države čiji je državljanin u vreme zaključenja ugovora bio jedan od ugovornih zaveštalaca, a sa kojim ugovor o nasleđivanju ima najbližu vezu<sup>59</sup>.

### *3.5.2. Povreda prava intelektualne svojine i povreda prava konkurenциje*

Kada je reč o izgradnji kolizione norme za vanugovornu odgovornost za povredu prava intelektualne svojine, ključnu ulogu ima načelo teritorijalnosti, tj. teritorijalnog važenja prava intelektualne svojine, koje predstavlja opšte prihvaćeno načelo u međunarodnom, uporednom i domaćem pravu intelektualne svojine<sup>60</sup>. U skladu sa čl. 2 ZRSZ, ovo načelo treba primarno uzeti u obzir i na osnovu njega kreirati koliziono pravilo koje za vanugovornu odgovornost za povredu prava intelektualne svojine nalaže primenu prava države za čiju teritoriju se traži zaštita. Ovo koliziono pravilo istovremeno predstavlja opšte prihvaćeno koliziono rešenje za povredu prava intelektualne svojine u uporednom međunarodnom privatnom pravu<sup>61</sup>, te se zato može reći da služi ostvarenju interesa pravnog poretku (tj. međunarodne harmonije odlučivanja) i interesa pravne sigurnosti i predvidivosti<sup>62</sup>.

Kada je reč o izgradnji kolizione norme za vanugovornu odgovornost za povredu prava konkurenциje, u prvom redu treba imati u vidu načelo slobodne konkurenциje koje se povređuje radnjama konkurenata na tržištu određene države.

---

<sup>59</sup> Vid. i upor. Z. Meškić, S. Đorđević, 137.

<sup>60</sup> Vid. B. von Hoffmann, K. Thorn, 497; S. Marković, D. Popović, 317-319.

<sup>61</sup> Ovo koliziono pravilo je predviđeno u čl. 8 st. 1 Uredbe Evropskog parlamenta i Saveta br. 864/2007 od 11. jula 2007. godine o merodavnom pravu za vanugovorne obaveze (Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), Official Journal, L 199/40, 31.7.2007). I pre usvajanja Uredbe ovo pravilo se u literaturi međunarodnog privatnog prava smatralo opšteprihvaćenim kolizionim pravilom za povrede prava intelektualne svojine (vid. J. Kropholler, 517-518; B. von Hoffmann, K. Thorn, 497-498; S. Đorđević (2006), 164).

<sup>62</sup> Gotovo identično koliziono pravilo treba (takođe, u skladu sa čl. 2 ZRZS) da važi i za punovažnost, dejstva, trajanje, prestanak i prenosivost prava intelektualne svojine (vid. i upor. J. Kropholler, 517-518).

Na temelju ovog načela u uporednom pravu je razvijeno široko prihvaćeno koliziono pravilo koje za vanugovornu odgovornost za povredu prava konkurenčije nalaže primenu prava države na čijem tržištu je došlo do povrede prava konkurenata i interesa potrošača odnosno do povrede slobodne konkurenčije (tzv. prima prava mesta „pogođenog“ tržišta; princip mesta tržišta)<sup>63</sup>. Ovo koliziono pravilo služi ostvarenju interesa stranaka (konkurenata), javnih interesa koji se ogledaju u potrebi da se zaštite potrošači na tržištu određene države i interesa pravnog poretku<sup>64</sup>, tj. interesa međunarodne harmonije odlučivanja (s obzirom da je široko rasprostranjeno u uporednom pravu), te ga zato treba, u skladu sa čl. 2 ZRSZ, privatiti i u našem međunarodnom privatnom pravu.

#### 4. ZAKLJUČAK

Telološka redukcija određenog pravnog odnosa ili pravnog pitanja iz pravne kategorije jedne kolizione norme u ZRSZ vrši se kada se, analizom relevantnih međunarodnopravnih (kolizionopravnih) i materijalnopravnih interesa, utvrdi da primena tačke vezivanja, koja u ovoj kolizionoj normi predstavlja apstraktno utvrđenu najbližu vezu između njene pravne kategorije i prava određene države (tj. njen *ratio legis*), nikako nije pogodna za određivanje merodavnog prava za taj pravni odnos odnosno to pravno pitanje. To znači da se primenom ove tačke vezivanja u datom slučaju ne ostvaruje načelo najbliže veze *in abstracto* (kao ni *in concreto*) odnosno da nije, u kolizionopravnom smislu, pravično primeniti takvu tačku vezivanja. Upravo iz tog razloga treba teleološki redukovati dati pravni odnos ili pravno pitanje iz pravne kategorije odgovarajuće kolizione norme i utvrditi da postoji pravna praznina u ZRSZ. Ovakvo utvrđena pravna praznina popunjava se izgradnjom nove kolizione norme (koja je drugačija od one iz koje je pravni odnos ili pravno pitanje redukovano) u skladu sa čl. 2 ZRSZ i to, po pravilu, kombinovanom primenom načela ZRSZ, načela domaćeg pravnog poretku i načela međunarodnog privatnog prava. Pritom, imajući u vidu primere teleološki redukovanih pravnih odnosa i pravnih pitanja koje smo prikazali u ovom radu, pojedina od ovih načela mogu imati dominantiniju ulogu u izgradnji kolizione norme u odnosu na ostala načela, s tim što načelo najbliže veze, koje se vrednovanjem različitih kolizionopravnih i materijalnopravnih interesa „uobličava“ u odgovarajuću tačku vezivanja (jednu ili više njih), treba smatrati osnovnim rukovodnim načelom.

---

<sup>63</sup> Ovo pravilo (sa određenim dopunama) predviđeno je u čl. 6 Rim II Uredbe, a u literaturi se odavno smatra široko prihvaćenim kolizionim pravilom (vid. B. von Hoffmann, K. Thorn, 501-504; J. Kropholler, 516; S. Đorđević (2006), 167-168).

<sup>64</sup> Vid. i upor. B. von Hoffmann, K. Thorn, 501-502; A. Jakšić, 473.

## LITERATURA I IZVORI

- Bydlinski Franz, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, Wien 2012.
- Dika Mihajlo, Gašo Knežević, Srđan Stojanović, *Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*, Beograd 1991.
- Đorđević Slavko, „Određivanje merodavnog prava za direktni zahtev oštećenog prema štetnikovom osiguravaču u međunarodnom privatnom pravu Republike Srbije“, *Evropska revija za pravo osiguranja* 1/2015.
- Đorđević Slavko, „Private international law regime of inter vivos contracts whose effects are postponed to the death of the contracting party disposing of the property – de lege lata and de lege ferenda“, *Revija za evropsko pravo* 2-3/2015
- Đorđević Slavko, Zlatan Meškić, *Međunarodno privatno pravo I, opšti deo*, Kragujevac 2016.
- Hirse Thomas, *Die Ausweichklausel im Internationalen Privatrecht*, Tübingen 2006
- Jakšić Aleksandar, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 2008.
- Junker Abbo, *Internationales Privatrecht*, 2. Aufl., München 2017.
- Kegel Gerhard, *Internationales Privatrecht*, München 1977
- Kegel Gerhard, Klaus Schurig, *Internationales Privatrecht*, 8. Aufl., München 2000
- Knežević Gašo, *Merodavno pravo za trgovачki ugovor o međunarodnoj prodaji robe*, doktorska disertacija, Beograd 1987.
- Kropholler Jan, *Internationales Privatrecht*, 4. Auf., Tübingen 2001
- Meškić Zlatan, Slavko Đorđević, 'Bosnia and Herzegovina'. In *International Encyclopaedia of Laws: Private International Law*, edited by Bea Verschraegen. Alphen aan den Rijn, NL: Kluwer Law International, 2018.
- Stagl Jacob Fortunat, „Unfair Competition on the Internet – „Rome II“ and Yugoslav Act concerning Private International Law of 1983“, *Dvadeset godina Zakona o međunarodnom privatnom pravu*, *Zbornik radova*, Niš, 2003
- Varadi Tibor, Bernadet Bordaš, Gašo Knežević, Vladimir Pavić, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 2012.
- Vodinelić Vladimir, *Gradansko pravo – Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Beograd 2012.
- von Hoffmann Bernd, Karsten Thorn, *Internationales Privatrecht*, München 2007
- Zippelius Reinhold, *Juristische Methodenlehre*, 11. Aufl., München 2012
- Đorđević Slavko, *Merodavno pravo za internet-delikte*, magistarski rad, Beograd 2006.
- Zakon o zaštiti potrošača, *Službeni glasnik RS*, br. 62/2014, 6/2016 – dr. zakon i 44/2018 – dr. zakon.
- Zakon o nasleđivanju, *Službeni glasnik RS*, br. 46/95, 101/2003 – odluka USRS, 6/2017.
- Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja – ZRSZ, *Službeni list SFRJ*, br. 43/82 i 72/82 – ispr., *Službeni list SRJ*, br. 46/96 i *Službeni glasnik RS*, br. 46/2006 – dr. zakon.
- Marković Slobodan, Popović Dušan, *Pravo intelektualne svojine*, Beograd 2015, 317-318.
- Stanivuković Maja, „Lično ime deteta u srpskom međunarodnom privatnom pravu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu (Zbornik radova PFNS)* 1/2017.
- Stanivuković Maja, Živković Mirko, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 2008.

Uredba br. 593/2008 Evropskog parlamenta i Saveta od 17. juna 2018. godine o merodavnom pravu za ugovorne obaveze – Rim I Uredba (Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I), Official Journal L 177/6, 4.7.2008)).

Uredba Evropskog parlamenta i Saveta br. 560/2012 od 4. jula 2012. godine o nadležnosti, merodavnom pravu, priznanju i izvršenju odluka i prihvatanju i izvršenju javnih isprava u naslednim stvarima i stvaranju evropskog sertifikata o nasleđivanju (Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, Official Journal L 201/107, 27.7.2012).

Uredba Evropskog parlamenta i Saveta br. 864/2007 od 11. jula 2007. godine o merodavnom pravu za vanugovorne obaveze (Regulation (EC) No 864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II), Official Journal, L 199/40, 31.7.2007).

Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.

*Slavko Ž. Đorđević, Ph.D., Associate Professor  
University of Kragujevac  
Faculty of Law Kragujevac  
slavko@jura.kg.ac.rs*

## **Teleological Reduction of Conflict-of-law Rules and Filling the Gaps in Serbian Private International Law Act**

**Abstract:** *If Serbian Private International Law Act (PIL Act) does not contain the conflict-of-law rule for a legal relationship or legal issue with foreign element which falls within its scope, there is a legal gap which should be filled in accordance with art. 2 PIL Act that provides the sources for filling the gaps (analogous application of the conflict-of-law rules of PIL Act, principles of PIL Act, principles of Serbian legal order and principles of private international law). The gaps in PIL Act are to be determined by interpretation of its provisions, where the special consideration should be given to the characterization of legal relationships and legal issues which serves as a tool for choosing the relevant conflict-of-law rule in the given case and represents the integral part of the process of their interpretation. Where it is in the process of interpretation and characterization determined that legal relationship or legal issue cannot be subsumed under the legal category of any conflict-of-law rule contained in PIL Act, it comes to the conclusion that legal gap exists. However, it could be determined that a legal relationship or legal issue, which can be subsumed under the legal category of one of the conflict-of-law rules contained in PIL Act, does not correspond to ratio legis of that conflict-of-law rule. In such case this legal relationship or legal issue has to be reduced from the scope of application of that conflict-of-law rule, which means there is also a legal gap. In this paper author analyzes the problem of teleological reduction of the conflict-of-law rules contained in PIL Act and explains how the gaps determined by this method of interpretation can be filled in accordance with Art. 2 PIL Act.*

**Keywords:** *legal gaps in Serbian PIL Act, teleological reduction and ratio legis of conflict-of-law rules, principles of PIL Act, principles of private international law, principles of Serbian legal order.*

Datum prijema rada: 01.06.2019.



*Dr Maja Lj. Nastić, vanredni profesor  
Univerzitet u Nišu  
Pravni fakultet u Nišu  
maja@prafak.ni.ac.rs*

## OMBUDSMANSKO DELOVANJE U ZAŠTITI LJUDSKIH PRAVA\*

**Sažetak:** *Institucija ombudsmana, izvorno nastala u Švedskoj davne 1809. godine, tokom vremena dobija planetarni karakter. Istovremeno, povećavale su se i njegove nadležnosti: od klasičnog kontrolora javne uprave ombudsman izraста u nacionalnu instituciju zaštite ljudskih prava. Ustav Srbije (2006) određuje Zaštitnika građana kao nezavisnog državnog organa koji štiti prava građana i kontroliše rad organa državne uprave i javnih službi.. Delovanje Zaštitnika građana u sferi zaštite ljudskih prava posmatrano je sa opšteg aspekta. Uloga Zaštitnika građana je prepoznata u kreiranju odgovarajućeg zakonodavnog ambijenta, zatim u svojstvu nacionalne institucije za zaštitu ljudskih prava (NHRI) i kao nacionalnog mehanizma za prevenciju torture. Celinom svojih nadležnosti Zaštitnik građana se pozicionira kao značajna institucija zaštite ljudskih prava, ali dometi njegovog delovanja u velikoj meri određeni su kako njegovim personalnim kapacitetom tako i spremnošću parlamenta i vlade da postupaju u skladu sa njegovim preporukama i inicijativama.*

**Ključne reči:** *ombudsman, Zaštitnik građana, nacionalni mehanizam za zaštitu ljudskih prava.*

### 1. UVOD

Zaštita ljudskih prava, koja može biti okarakterisana kao efikasna i delotvorna u uslovima koje nosi današnje društvo i izazovi koji ga prate, zahteva postojanje odgovarajućeg institucionalnog okvira. Polazeći od toga da zaštita ljudskih prava može biti posmatrana na unutrašnjem i međunarodnom nivou, u fokusu rada biće unutrašnji mehanizmi zaštite. Zaštita ljudskih prava u nacionalnim okvirima ostvaruje se delovanjem više različitih institucija, a svoj osnov nalazi u Ustavu, kao najvišem pravnom aktu. Primarni i svakako najznačajniji vid zaštite

ostvaruje se delovanjem pravosudnog aparata u širem smislu: sudova i ustavnih sudova. No, u poslednjim decenijama prepoznajemo sve izraženiju i uticajniju ulogu ombudsmana u zaštiti ljudskih prava, koja predstavlja značajnu dopunu postojećem delovanju pravosudnih organa.

Institucija ombudsmana u terminima uporednog ustavnog prava je odavno poznata. Dobro su znani počeci ove institucije, koji se vezuju za Ustav Švedske (1809) i Kancelara pravde (Justitieombudsman)\*. Ovaj švedski „izum” prihvaćen je najpre u susednim, skandinavskim zemljama. Kasnije, institucija ombudsmana dobija planetarne razmere, te se s pravom može govoriti o svojevrsnoj „ombudsmaniji”.<sup>1</sup> U takvim okolnostima ombudsman razvija i širi svoje nadležnosti. Od „klasičnog” kontrolora uprave, postepenim širenjem nadležnosti u oblasti ljudskih prava ombudsman izrasta u nacionalnu instituciju zaštite ljudskih prava. Ovakav zaokret dolazi do izražaja formiranjem Zaštitnika naroda (Defensor del Pueblo) u Španiji<sup>2</sup> i Provededor de Jusitica u Portugalu<sup>3</sup>. U trenutku nastanka ove institucije „nije bilo govora o zaštiti ljudskih prava”<sup>4</sup>; ova dimenzija rada je dodata tek zнатно kasnije i to uglavnom u zemljama tzv. nove demokratije. Ali, ako podemo od toga da je ombudsman uspostavljen radi kontrole nezakonitog, nepravednog postupanja javne administracije, u tom smislu, povrede ljudskih prava su uvek bile deo misije ombudsmana u širem smislu.<sup>5</sup> Svakako, klasičan ombudsman (ombudsman prve generacije) nije imao eksplicitan mandat da štiti i unapređuje ljudska prava<sup>6</sup>. No, danas ombudsman se ostvaruje u dvostrukoj ulozi: kao institucija zaštite ljudskih prava i jedinstveni mehanizam demokratske kontrole nad upravom.

Institucija ombudsmana nalazi široku primenu u mnogim zemljama.<sup>7</sup> Ombudsmani su uspostavljeni u svim državama nastalim nakon raspada nekadašnje

\* Rad je nastao kao rezultat rada na projektu „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“ ev. br. 179046, koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja

Vid. Dragan Milkov, „Nastanak i razvoj institucije ombudsmana“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2018, 431-448

<sup>1</sup> Miodrag Jovičić, *Ombudsman:čuvar zakonitosti i prava građana*, Beograd 1969, 17

<sup>2</sup> Naime, shodno čl. 54 Ustava Španije (1978) zadatak ombudsmana je da štiti osnovna prava građana.

<sup>3</sup> Prema portugalskom zakonu (1975) glavna uloga ombudsmana je u promociji ljudskih prava, sloboda i legitimnih interesa građana. Pored toga, i španski i portugalski ombudsmani mogu da inciraju i pokreću postupke pred ustavnim sudovima.

<sup>4</sup> Dragan Milkov, „Zaštitnik građana Republike Srbije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1-2/2008, 198

<sup>5</sup> Linda Reif, „Transplantation and Adaptation: The Evolution of the Human Rights Ombudsman“, *Boston College Third World Journal*, 2/2011, 280

<sup>6</sup> Luka Glušić, „Razvoj nacionalnih institucija za ljudska prava,U: *Srbija i institucionalni modeli javnih politika: problemi i perspektive*, (ur. Đorđe Stojanović, Mladen Lišanin), Beograd 2016, 283

<sup>7</sup> Institucija ombudsmana široko je zastupljena u zemljama Evrope, Latinske Amerike, Azije, Afrike, ali i u Kanadi, Novom Zelandu.

zajedničke države SFRJ. Ombudsmana je najpre dobila Hrvatska 1990. godine (Pučki pravobranitelj), zatim Slovenija 1991. (Varuh čovekovih pravici), a iste godine i Makedonija (Narodni pravobranilac). U Bosni i Hercegovini, Ombudsman je uspostavljen 1995. godine uz podršku međunarodne zajednice Aneksom 6 Okvirnog sporazuma za mir (Dejtonski sporazum); Srbija je ubedljivo poslednja u tom nizu (2005). Većina ovih institucija obavlja dvostruku funkciju: funkciju zaštite ljudskih prava i administrativnu funkciju, dok se nekolicina<sup>8</sup> fokusira samo na zaštitu ljudskih prava. Neke države odabrale su da imaju jednog ombudsmana, dok u drugima, uporedo sa ombudsmenom za ljudska prava postoje još neke institucije zaštite ljudskih prava opšteg karaktera. Značaj ombudsmana u zaštiti ljudskih prava prepoznaje i Savet Evrope. Preporukom R 97/14<sup>9</sup> se državama članicama preporučuje uspostavljanje nezavisne nacionalne institucije za promociju i zaštitu ljudskih prava, koja će biti komisijskog ili ombudsmanskog tipa. Važnu ulogu u pripremi normativnog okvira za uspostavljanje ove institucije odigrala je Venecijanska komisija, koja je definisala Principe zaštite i promociju institucije ombudsmana (tzv. Venecijanski principi)<sup>10</sup>, u kojima prepoznaje da institucija ombudsmana ima značajnu ulogu u jačanju demokratije, vladavine prava, dobre uprave i promocije ljudskih prava i osnovnih sloboda. Mandat ombudsmana pokriva prevenciju i ispravljanje nepravilnosti u lošoj administraciji i zaštitu i promociju ljudskih prava i osnovnih sloboda.

## 2. ZAŠTITNIK GRAĐANA I ZAŠTITA LJUDSKIH PRAVA I SLOBODA

Institucija ombudsmana uvedena je u pravni sistem Republike Srbije tek 2005. godine usvajanjem Zakona o Zaštitniku građana<sup>11</sup>, iako je ova ideja aktu-

---

<sup>8</sup> U Azerbejdžanu, Gruziji, Kazahstanu, Ukrajini, Uzbekistanu

<sup>9</sup> Recommendation No. R (97) 14 of the Committee of ministers to member states on the establishment of independent national institutions for the promotion and protection of human rights

<sup>10</sup> Principles on the protection and promotion of the Ombudsman Institution ("The Venice Principles") CDL-AD (2019) 005. Njima se prepoznaje značaj institucije ombudsmana u jačanju demokratije, vladavine prava, dobre uprave i promocije ljudskih prava i osnovnih sloboda. Institucija ombudsmana treba da ima svoj pravni osnov u ustavu, dok se njene karakteristike i ovlašćenja mogu dalje razraditi zakonom. Postupak izbora ombudsmana mora biti uređen tako da u najvećoj meri jača autoritet, nepristrasnost, nezavisnost i legitimnost ove institucije. Požljeno je da ombudsmana bira parlament kvalifikovanom većinom. Postupak izbora ombudsmana mora biti javan, transparentan, a osnovni kriterijumi treba da budu visoki moralni karakter, integritet, profesionalna stručnost i iskustvo u oblasti ljudskih prava i osnovnih sloboda.

<sup>11</sup> Zakon o zaštitniku građana, *Službeni glasnik RS*, br. 79/05 (mada je prvi republički ombudsman stupio je na dužnost tek 23. 07. 2007. godine polaganjem zakletve pred narodnim poslanicima.

elna još od kraja 80-ih godina prošlog veka<sup>12</sup>. Ova institucija razrađena je u svim predlozima Ustava koji su se pojavljivali nakon 2000. godine. Dok se čekalo na postizanje političkog kompromisa za njeno uvođenje na republičkom nivou, kre-nulo se sa uspostavljanjem ombudsmana „odozdo“. Ombudsman je u Srbiji uveden na „mala vrata“<sup>13</sup> Zakonom o lokalnoj samoupravi<sup>14</sup> kao fakultativna institucija. Zakonom o utvrđivanju određenih nadležnosti autonomne pokrajine<sup>15</sup> AP Vojvodina dobila je pravo da samostalno uredi položaj i organizaciju pokrajinskog ombudsmana. To je i realizovano donošenjem Odлуке o pokrajinskom ombudsmanu 23.12.2002. godine od strane Skupštine Autonomne pokrajine Vojvodine. Prvi vojvodanski ombudsman je izabran 24.09.2003<sup>16</sup>. Prema čl.1. pomenute Odluke, pokrajinski ombudsman je nezavisan i samostalan organ koji se stara o zaštiti i unapređenju ljudskih prava i slobode svakog lica. Zaštitna funkcija je usmerena ka pokrajinskim i lokalnim organima, ali i ustanovama, organima i organizacijama koje imaju upravna i javna ovlašćenja.

Donošenjem novog Ustava (2006) Zaštitnik građana dobija status ustavne institucije, koja štiti prava građana i kontrolše rad organa državne uprave, organa nadležnog za zaštitu imovinskih prava i interesa Republike Srbije, kao i drugih organa i organizacija, preduzeća i ustanova kojima su poverena javna ovlašćenja. Ustavno regulisanje ove institucije značajno je iz razloga prepoznavanja njene važnosti i doprinosi njenoj nezavisnosti. Ustavni status ombudsman odlika je mnogih država, pomenućemo neke od njih: Austrija (čl. 148 a-j), Hrvatska (čl. 93), Estonija (čl. 139-145), Finska (čl. 108-113), Poljska (čl. 208-212), Rumunija (čl. 58-60), Španija (čl. 54), Švedska (čl. 6), Rusija (čl. 103) itd.

Imajući u vidu Ustavom definisane nadležnosti, možemo reći da Zaštitnik građana pripada tzv. hibridnom modelu ombudsmana<sup>17</sup> Njegova nadležnost prostire se na području čitave države. Zaštitnika građana bira i razrešava Narodna skupština<sup>18</sup> i on za svoj rad odgovara Skupštini. Zaštitnik građana bira se na pet

<sup>12</sup> Marijana Pajvančić, „Ombudsman u ustavnom sistemu Srbije–od ideje do realizacije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1-2/2003, 45

<sup>13</sup> Predrag Dimitrijević, „Problemi u funkcionisanju lokalnog ombudsmana“, *Pristup pravosuđu-instrumenti za implementaciju evropskih standarda u pravni sistem Republike Srbije* (ur. Nevena Petrušić), 2007, 78

<sup>14</sup> Zakon o lokalnoj samoupravi, *Sl. glasnik RS*, br. 9/2002

<sup>15</sup> Zakonom o utvrđivanju određenih nadležnosti autonomne pokrajine ,*Sl. glasnik RS*, br. 6/02

<sup>16</sup> Dragan Milkov, „Zaštitnik građana Republike Srbije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1-2/2008, 203

<sup>17</sup> Mijodrag Radojević, *Preobražaj ombudsmana u savremenim pravnim sistemima s posebnim osvrtom na instituciju Zaštitnika građana u Republici Srbiji*, (doktorska disertacija), Beograd 2016, 428

<sup>18</sup> Shodno čl. 4 Zakona o zaštitniku građana, njega bira Skupština većinom glasova narodnih poslanika na predlog Odbora nadležnog za ustavne pitanja. Kandidata za Zaštitnika građana Odboru može predložiti svaka poslanička grupa u Skupštini, a zakon ostavlja mogućnost da i više

godina i isto lice može biti najviše dva puta biti birano na ovu funkciju. Polazeći od ustavne definicije Zaštitnika građana, u prvom planu se naglašava da je to organ koji štiti prava građana čime je istaknuta komponenta zaštite ljudskih prava u funkcionisanju ove institucije. Delovanje Zaštitnika građana u sferi zaštite ljudskih prava posmatraćemo sa generalnog aspekta, kada njegovo delovanje ima opšti efekat na stanje ljudskih prava.

## **2.1. Uloga Zaštitnika građana u unapređenju ostvarivanja i zaštite ljudskih prava**

Kada je reč o delovanju Zaštitnika građana u opštim terminima zaštite ljudskih prava, ono može biti prepoznato u kontekstu kreiranja odgovarajućeg zakonodavnog ambijenta u kome se ostvaruju ljudska prava. U tom smislu, najpre će biti reči o ovlašćenju Zaštitnika građana da predlaže zakone iz svoje nadležnosti. Naime, Zaštitnik građana je ovlašćen da Vladi odnosno Narodnoj skupštini podnese inicijativu za izmenu ili dopunu zakona i drugih propisa i opštih akata, ukoliko smatra da do povrede prava građana dolazi usled nedostataka u propisima, a može i da inicira donošenje novih zakona, drugih propisa i opštih akata kada smatra da je to od značaja za ostvarivanje i zaštitu prava građana<sup>19</sup>.

Zaštitnik građana pravo zakonodavne inicijative koristi kada su kumulativno ispunjena dva uslova: 1. kada je neophodno izmeniti ili dopuniti zakon ili predlog zakona kako bi se osiguralno potpuno i nesmetano ostvarivanje prava građana garantovanih Ustavom i zakonima, kao i ratifikovanim međunarodnim ugovorima i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava; 2. kada drugi ovlašćeni predlagač, najčešće Vlada, ne koristi pravo zakonodavne inicijative na način koji obezbeđuje poštovanje, ostvarivanje, zaštitu i unapređenje prava građana, a preti šteta od odlaganja<sup>20</sup>. To znači da Zaštitnik građana svoje pravo zakonodavne inicijative shvata kao pravo „supsidijarnog karaktera”, koje treba da koristi tek kada predlagač „prvog reda” to ne čini. Ukoliko odluči da se koristi pravom zakonodavne inicijative, Zaštitnik građana će se najpre obratiti nadležnom Ministarstvu; podnošenje predloga zakona Narodnoj skupštini je poslednji korak u tom nizu.

Svoja ovlašćenja u zakonodavnom postupku Zaštitnik građana preduzima od početka svog ustanovljenja<sup>21</sup>. Neretko se dešava da angažovanje Zaštitnika

---

poslaničkih grupa predloži zajedničkog kandidata. Za zaštitnika građana može biti izabran državljan Republike Srbije, koji je diplomirani pravnik, ima najmanje 10 godina iskustva na pravnim poslovima koji su od značaja za obavljanje poslova iz nadležnosti Zaštitnika građana, poseduje visoke moralne i stručne kvalitete i ima zapaženo iskustvo u zaštiti prava građana (čl. 5).

<sup>19</sup> Čl. 18 Zakona o Zaštitniku građana

<sup>20</sup> Ovi uslovi navode se u redovnim godišnjim izveštajima Zaštitnika građana.

<sup>21</sup> Zaštitnik građana je već u prvoj godini svog rada (2007) izradio i dostavio mišljenje i komentar na Nacrtne Zakona o odbrani i vojsci, koji se se odnosili na zaštitu i ostvarivanje pojedi-

građana u sferi predlaganja zakona i opštih akata dolazi na inicijativu građana, udruženja građana ili nekih drugih pravnih lica. U svom dosadašnjem radu Zaštitnik građana je inicirao izmene i dopune brojnih zakona, između ostalih, Zakona o zaštiti podataka o ličnosti, Zakona o finansijskoj podršci porodici sa decom, ali i Poslovnika Narodne skupštine<sup>22</sup>. Zaštitnik građana inicirao je izmene Zakona o ličnoj karti i Zakona o prebivalištu i boravištu. Usvajanjem ovih izmena u Narodnoj skupštini uređen je status „pravno nevidljivih osoba“ koji je dugo opterećivao ostvarivanje ljudskih prava. Zaštitnik građana je podneo inicijativu Ministarstvu za državnu upravu i lokalnu samoupravu za dopunu Zakona o državnim službenicima, koji reguliše položaj državnih službenika koji je odgovoran za povredu prava građana. Vredna pomena je inicijativa Zaštitnika građana iz 2009. godine koja se podneta Ministarstvu finansija, a tiče se izmena Zakona o igrama na sreću. Zaštitnik građana je predložio da navedeni zakon izmeni tako da se poveća udaljenost kladinioca od osnovnih i srednjih škola (sa 150 na 2000 metara). Iako je ova inicijativa naišla na šиру podrušku u društvu, nije prihvaćena u parlamentu.

Delovanje Zaštitnika građana u sferi iniciranja izmena i dopuna postojećeg zakonodavnog okvira prikazaćemo kroz vrste inicijativa koje je podnosiо u periodu od 2015-2018 i prikaza postupanja po podnetim zakonodavnim inicijativama takođe u navedenom periodu.

Tabela 1: Vrste inicijativa Zaštitnika građana u periodu od 2015-2018<sup>23</sup>

Vrste inicijativa	2015	2016	2017	2018
Upućivanje amandmana nadležnom odboru NS kao predlagajuću	4 (26,67%)	0	7 (70%)	0
Podnošenje amandmana NS na predlog zakona	3 (20%)	2 (22,22%)	0	0
Predlaganje zakona NS	1 (6,67%)	0	0	0
Inicijative za donošenje ili izmenu zakona i drugih propisa Vladi i NS	5 (33,33%)	5 (55,56%)	3 (30%)	5 (100%)
Predlog Ustavnog suda za ocenu ustavnosti i zakonitosti	2 (33,33%)	2 (22,22%)	0	0

nih ljudskih i manjinskih prava i sloboda u sistemu odbrane i Vojsci Srbije. Vid. Izveštaj Zaštitnika građana za 2007. godinu .

<sup>22</sup> U odnosu na Poslovnik Narodne skupštine Zaštitnik građana je predložio da se na opšti način uredi odnos ove dve institucije.

<sup>23</sup> Izvor: Redovan godišnji izveštaj Zaštitnika građana za 2015. godinu (161-3/16 od 15. 03. 2016), za 2016. godinu ( 161-7/17 od 15. 03. 2017), za 2017. godinu (161-3/18 od 15. 03. 2018.) i za 2018. godinu (3411-69/19 od 15. 03. 2019).

Iz navedenih podataka možemo primetiti da je delovanje Zaštitnika građana prvenstveno orijentisano ka upućivanju amandamana nadležnom odboru Skupštine i ka podnošenju inicijativa za donošenje ili izmenu zakona, dok je u manjoj meri izraženo predlaganje samih zakona, odnosno takva aktivnost nije bila evidentirana u periodu od 2016 do 2018. godine. To govori o neaktivnosti Zaštitnika građana u sferi iniciranja zakona, odnosno da ovakva aktivnost nije u fokusu njegovog delovanja.

Tabela 2: Prikaz postupanja po zakonodavnim inicijativama Zaštitnika građana upućenim 2015., 2016., 2017. i 2018. godine<sup>24</sup>

Ishod	2015.	2016.	2017.	2018.
Prihvácene zakonodavne inicijative	5 (33,33%)	2 (22,22%)	1 (10%)	0
Neprihvácene zakonodavne inicijative	6 (40%)	0	6 (60%)	1 (20%)
Inicijative i dalje u proceduri	4 (26,67%)	7 (77,78%)	3 (30%)	4 (80%)
ukupno	15	9	10	5

Imajući u vidu pomenute statističke podatke i analizirajući ishod postupanja po zakonodavnim inicijativama Zaštitnika građana u periodu od 2015-2018. godinu<sup>25</sup> možemo primetiti da postoji trend u opadanju prihvatanja zakonodavnih inicijativa (od 33,33% u 2015.godini, preko 22,22% u 2016., 10% u 2017., dok u 2018. godini taj broj iznosi 0). Istovremeno, primetan je i pad broja inicijativa koje Zaštitnik građana upućuje Vladi (i nadležnim ministarstvima) i Narodnoj skupštini.

Analizirajući ovu aktivnost Zaštitnika građana, možemo primetiti da se nužno ne odnosi samo na zakone, koji se neposredno tiču ljudskih prava, već to mogu biti zakoni koji se u širem kontekstu dotiču ljudskih prava ili, pak, kreiraju ambijent u kome se ljudska prava ostvaruju. Međutim, očito je da inicijative Zaštitnika građana ne moraju biti prihvatljive za nadležne organe i da argumenti koje ističe u iznošenju inicijativa i predloga ne moraju biti dovoljno ubedljivi za nosioce političke vlasti. To, međutim, ima negativne efekte na pozicioniranje ove institucije u konteksu zaštite ljudskih prava. Svakako, kritički pristup prema inicijativama koje dolaze od Zaštitnika građana treba da postoji, ali, neuzimanje u obzir ili neargumentovano neprihvatanje inicijativa, koje dolaze od organa koji u svom mandatu ima zaštitu ljudskih prava, vrlo sužava domete njenog delovanja. Sa druge strane, to može da se shvati i na način da Zaštitnik građana, koji želi da bude uspešan u kreiranju zakonodavnog okvira za ostvarivanje ljudskih prava,

<sup>24</sup> Izvor: Izveštaji Zaštitnika građana za 2015., za 2016., za 2017. i za 2018. godinu

<sup>25</sup> Navedeni period je odabran iz razloga što su pomenuti podaci statistički predstavljeni u izveštajima objavljivanim počev od 2015. godine.

treba da uživa odgovarajuću političku podršku u parlamentu. Međutim, takvo delovanje može da kompromituje njegovu nezavisnost. U tom kontekstu i treba razumeti uzdržanost Zaštitnika građana u ovoj sferi i njegovo prioritetno obraćanje Vladi, odnosno nadležnim ministarstvima, koji se daleko najčešće pojavljuju u ulozi ovlašćenih predлагаča.

Zaštitnik građana u cilju unapređenja normativnog okvira za zaštitu ljudskih prava, može da predlaže ratifikaciju odgovarajućih međunarodnih sporazuma.<sup>26</sup> U kontekstu ovog delovanja opasnost od politizacije rada je manje izražena.

Delovanje Zaštitnika građana u zakonodavnom postupku dolazi do izražaja i, kada u toku postupka pripreme propisa, daje mišljenje Vladi i Skupštini na predloge zakona i drugih propisa drugih ovlašćenih predлагаča, ukoliko se njima uređuju pitanja koja su od značaja za zaštitu prava građana. Mišljenje Zaštitnika građana je jedan od elemenata u sprovođenju zakonodavnog postupka, ali, ono nema obavezujući karakter i na poslanicima je da donesu konačnu odluku u pogledu izraženog mišljenja. U ovakvim okolnostima očekuje se da Zaštitnik građana deluje snagom svog autoriteta i da kao nacionalna institucija zadužena za zaštitu ljudskih prava može da prepozna nedostatke zakona i da iznosi odgovarajuće predloge za njihovo poboljšanje.

Zaštitnik građana svoja mišljenja nadležnim ministarstvima upućuje i u smislu preventivnog delovanja sa ciljem unapređenja rada organa uprave i unapređenja zaštite ljudskih prava i slobode. Ovakvo delovanje Zaštitnika građana može biti inicirano pritužbama građana ili može biti i po sopstvenoj inicijativi. Opseg ovo delovanja je vrlo široko postavljen. Zaštitnik građana je uputio mišljenje Komesarijatu za izbeglice i migracije kako bi unapredio zaštitu interesa dece, žena i građana u osetljivom položaju. Povodom epidemije malih boginja tokom 2017. godine, Zaštitnik građana pozvao je nadležne organe da, u skladu sa Zakonom i Uredbom o programu zdravstvene zaštite stanovništva od zaraznih bolesti, neodložno sprovedu aktivnosti u cilju podizanja obuhvata dece obaveznom vakcinacijom i kontinuiranog i organizovanog informisanja građana u svim pitanjima u vezi sa tim.<sup>27</sup>

U kontekstu unapređenja zaštite ljudskih prava treba pomenuti i ovlašćenje Zaštitnika građana da pokrene postupak pred Ustavnim sudom za ocenu ustavnosti zakona i zakonitosti drugih propisa i opštih akata, kojima se uređuje pitanje na koje se odnose slobode i prava građana.<sup>28</sup> Reč je o pokretanju postupka apstraktne normativne kontrole i ona obuhvata kako ocenu ustavnosti, tako i ocenu

---

<sup>26</sup> U Izveštaju Zaštitnika građana iz 2011. godine navedeno je da je predloženo Vladi da što pre pripremi ratifikaciju Konvencije Saveta Evrope o prevenciji i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodicu, a Narodnoj skupštini da što pre usvoji taj zakon. Navedena Konvencija je ratifikovana u oktobru 2013. godine.

<sup>27</sup> Mišljenje sa preporukama Zaštitnika građana 5-2-1395/15 od 07. 05. 2018.

<sup>28</sup> Čl. 83 Zakona o Ustavnom суду, *Službeni glasnik RS*, br. 109/2007

zakonitosti. Apstraktna normativna kontrola ovlašćuje Ustavni sud da ukine akt vlast na osnovu toga što se njome krše ustavna pravila, uključujući i osnovna prava.

Ovakva, gotovo jedinstvena nadležnost Ombudsmana prepoznata je i u nekim uporednim sistemima. Tako, Ombudsman Poljske može da pokrene postupak pred Ustavnim sudom kako bi odlučio o saglasnosti zakona ili drugog normativnog akta sa Ustavom, a može ulagati i ustavne žalbe.<sup>29</sup> Međutim, Ombudsman ne raspolaže formalnim pravom zakonodavne inicijative, ali može preporučiti neophodnost izmene zakona ili drugih akata koji regulišu ljudska prava i slobode. Ulogu Ombudsmana treba posmatrati u kontekstu značaja koji Ustav Poljske, donet u periodu transformacije političkog sistema i uoči pridruživanja EU, posvećuje ljudskim pravima.<sup>30</sup> U Crnoj Gori, ombudsman može inicirati postupak pred Ustavnim sudom radi ocene ustavnosti zakona, ali i ocene ustavnosti potvrđenih međunarodnih ugovora.

Za razliku od iniciranja zakona, efekti ovakvog rada Zaštitnika građana moraju biti analizirani u nešto dužim vremenskim okvirima, imajući u vidu dinamiku rada i odlučivanja Ustavnog suda. Navećemo neke značajne primere ovakvog delovanja. Naime, Zaštitnik građana je 2010. godine podneo predlog za ocenu ustavnosti čl. 128 Zakona o elektronskim komunikacijama<sup>31</sup> zbog nesaglasnosti sa Ustavom. Ustavni sud je 2013. godine doneo odluku kojom utvrđuje neustavnost pomenutog zakona<sup>32</sup>. Kao primer uspeleg predloga Zaštitnika građana navećemo i predlog za ocenu ustavnosti i zakonitosti odredbe čl.2 st.2 i čl.4 Odluke o utvrđivanju svojstva osiguranika i obavezi plaćanja doprinosa za penzijsko i invalidsko osiguranje. U ovom postupku, Ustavni sud je doneo Odluku o neustavnosti odredbe čl.4.<sup>33</sup> Bilo je i slučajeva kada su postupak normativne kontrole inicirali zajedno Zaštitnik građana i Poverenik za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti<sup>34</sup>, ali i Zaštitnik građana i Poverenik za zaštitu ravnopravnosti.<sup>35</sup>

---

<sup>29</sup> Dagmara Rajska, Zuzana Ridzińska-Bluszcz, *Ombudsperson Institutions in EU before ECHR and COE; examples of Poland, Sweden and Montenegro*, 2016, p. 48

<sup>30</sup> Viktorija Serzhanova, „Rights and freedoms in the Constitution of the Republic of Poland“, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, 79/2018, p. 52

<sup>31</sup> Zakona o elektronskim komunikacijama, *Službeni glasnik RS*, br. 44/10

<sup>32</sup> Odluka Ustavnog suda Srbije I Uz 1245/2010 od 13. 06. 2013. *Službeni glasnik RS*, br. 60/2013

<sup>33</sup> Odluka Ustavnog suda Srbije IUo 279-2016 od 19. 01. 2018. *Službeni glasnik RS*, br. 48/2018

<sup>34</sup> Oni su 2010. podneli predlog za ocenu ustavnosti čl. 128 Zakona o elektronskoj komunikaciji, čl. 13 st.1. Zakona o VBA i VOA i čl. 16 st. 2 Zakona o VBA i VOA. Tim povodom, Ustavni sud Srbije je 2012. godine utvrdio neustavnost čl. 13 st.1 i čl. 16. st.2 Zakona o VBA i VOA (Odluka IUz 1218/2010 od 24. 05. 2012, *Službeni glasnik RS*, br. 55/2012)

<sup>35</sup> Oni su podneli predlog Ustavnom суду за ocenu ustavnosti odredbe čl. 20 st. 3 Zakona o načinu određivanja maksimalnog broja zaposlenih u javnom sektoru, što je još jedan primer uspešnog

Zaštitnik građana ostvaruje saradnju sa pokrajinskim ombudsmanom, lokalnim ombudsmanima, kao i organizacijama civilnog društva koja su angažovana u oblasti ljudskih prava, a sa ciljem njihovog unapređenja. Tim povodom, Zaštitnik građana je organizovao više konferencija, okruglih stolova i seminara sa tematikom iz oblasti ljudskih prava.

## **2.2. Zaštitnik građana kao nacionalna institucija za zaštitu ljudskih prava**

Zaštitnik građana je nacionalna institucija za ljudska prava u Srbiji (NHRI)<sup>36</sup> i akreditovana je najvišim statusom „A” od strane Globalne alijanse nacionalnih institucija za unapređenje i zaštitu ljudskih prava (GANHRI). U svojstvu nacionalne institucije za ljudska prava, Zaštitnik građana sarađuje sa Kancelarijom Visokog komesara UN za ljudska prava, Komitetom UN za eliminisanje diskriminacije žena, Komitetom za eliminisanje rasne diskriminacije, i time predstavlja svojevrsnu spunu međunarodnog i nacionalnog sistema zaštite ljudskih prava. U kapacitetu NHRI Zaštitnik građana priprema odgovore na upitnike Kancelarije visokog komesarjata za ljudska prava (OHCHR), Kancelarije za demokratske institucije i ljudska prava (ODHIR), OEBS-a, Komiteta UN za ekonomska, socijalna i kulturna prava i Komiteta UN za prililne nastanke.<sup>37</sup>

Dok se NHRI tradicionalno fokusiraju na zaštitu građanskih i političkih prava, a manje pažnje posvećuju zaštiti ekonomskih i socijalnih prava<sup>38</sup>, to nije slučaj sa Zaštitnikom građana u Srbiji. U njegovim godišnjim izveštajima može se primetiti da se značajna pažnja posvećuje ostvarivanju ekonomskih i socijalnih prava. Jedna od razloga za to jeste i veliki broj pritužbi građana usled neostvarivanja prava u oblasti penzijskog i invalidskog osiguranja, zapošljavanja, zdravstvene i socijalne zaštite.

Zaštitnik građana posebnu pažnju posvećuje zaštiti prava na zdravu životnu sredinu. Imajući u vidu relevantan normativni okvir, koji se zasniva na Ustavu, ali i odgovarajućim zakonima, pre svega, Zakonu o zaštiti životne sredine, Zakonu o zaštiti vazduha, Zakonu o vodama, građani imaju mogućnost da se, u slučaju sumnje, zbog povrede ovog prava, obrate Zaštitniku. Zaštitnik građana iz ove oblasti prima pritužbe kojima se ukazuje na probleme zagađenja vode, vazduha, zemljišta, neprijatnih mirisa, buke, vibracije, usled obavljanja privrednih delatnosti, odlaganja komunalnog otpada, ali i postupanja inspekcijskih organa u obla-

---

zdrženog delovanja, jer je Ustavni sud utvrdio da navedene odredbe nisu u skladu sa Ustavom (odлука Ustavnog suda IUZ 244/2015, *Službeni glasnik RS*, 81/2016

<sup>36</sup> National Institution for the Promotion and Protection of Human Rights

<sup>37</sup> Redovan godišnji izveštaj Zaštitnika građana za 2014. godinu 22-3/15 od 14. 03. 2015. godine

<sup>38</sup> C.R. Kumar, 273

sti zaštite životne sredine<sup>39</sup>. Zaštitnik građana vrši kontrolu pravilnosti i zakonitosti postupanja državnih organa u skladu sa propisima u ovoj oblasti, ali takođe, može da iznosi svoja mišljenja sa preporukama. Posebno ćemo izdvojiti mišljenje povodom vrlo aktuelnog pitanja izgradnje mini hidrocentrala. Polazeći od toga da dosadašnji rezultati analize stanja životne sredine izvršenih od strane nadležnih državnih organa i stručne javnosti ukazuju da izgradnja malih hidroelektrana na vodotocima može imati štetan uticaj i negativne posledice po životnu sredinu, neophodno je da nadležni organi javne vlasti sagledaju i preispitaju važeći normativni okvir kojim je uredena izgradnja malih hidroelektrana, i to pre svega u zaštićenim područjima.<sup>40</sup>

U svojim izveštajima Zaštitnik građana ostvarivanje ljudskih prava posebno sagledava iz ugla pripadnika i pripadnika ranjivih grupa: žena, žrtava nasilja u porodici i partnerskim odnosima, osobama sa invaliditetom, lica lišenih slobode, starijih osoba, pripadnika nacionalnih manjina, pre svega, Roma, migranata i izbeglica i pripadnika LGBT populacije. Zaštitnik građana, kada za tim postoji potreba, može sačiniti i predstaviti poseban izveštaj o stanju prava neke od navedenih kategorija lica.<sup>41</sup> Zaštitnik građana značajnu pažnju posvetio je položaju tražioca azila i neregularnih migranata i tim povodom je objavio poseban izveštaj.

U svojim redovnim godišnjim izveštajima Zaštitnik građana daje ocenu stanja i kvaliteta ostvarivanja i zaštite prava građana pred državnim organima, stanje državne uprave i javnog sektora u celini. Zaštitnik građana ukazuje na neophodne sistemske promene, koje treba preduzeti u cilju jačanja institucija i unapredjenja vladavine prava, poštovanja ljudskih i manjinskih prava i ostvarivanja prava građana. Narodna skupština Srbije posle višegodišnje „pauze“<sup>42</sup> ove godine je u svoj dnevni red uvrstila razmatranje Redovnog godišnjeg izveštaja Zaštitnika građana za 2018. godinu i tim povodom donela zaključak, sa odgovarajućim preporukama upućenim Vladi, o čemu će ona biti dužna da kontinuirano obaveštava Skupštinu.<sup>43</sup>

---

<sup>39</sup> Redovan godišnji izveštaj Zaštitnika građana za 2017. godinu 161-3/18 od 15. 03. 2018. godine

<sup>40</sup> Mišljenje sa preporukama Zaštitnika građana 12-22-2867/18 od 25. 04. 2019.

<sup>41</sup> Tako, predmet posebnog izveštaja Zaštitnika građana u maju 2018. godine bila je zastupljenost žena na mestima odlučivanja i pozicija i aktivnosti lokalnih mehanizama za rodnu ravноправnost u jedinicama lokalne samouprave u Srbiji. U izveštaju se nakon sagledavanja postojećeg stanja preporučuje da se zakonom koji se uređuje rodna ravноправnost efikasnije uredi nijeno ostvarivanje na svim nivoima. U 2018. godini Zaštitnik građana je predstavio Poseban izveštaj u oblasti prava deteta. U Izveštaju je dat pregled ključnih propisa u navedenoj oblasti, sa uočenim normativnim nedostacima i predlozima za unapređenje zakonodavnog okvira.

<sup>42</sup> Narodna skupština nije četiri godine unazad raspravljanje o godišnjem izveštaju Zaštitnika. Posebna sednica na kojoj je razmatran izveštaj održana je 10. jula 2019.

<sup>43</sup> Zaključak je usvojen na 25. Posebnoj sednici u 11. cazu, održanoj 15. 07. 2019. Narodna skupština je, između ostalog, preporučila Vladi da nastavi da kontinuiranim nadzorom nad radom sudske uprave javnih izvršitelja i sa sprovodenjem reforme državne uprave.

### **2.3. Zaštitnik građana kao nacionalni mehanizam za prevenciju torture**

Ratifikacijom Opcionog protokola uz Konvenciju protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupanja, Republika Srbija je uvela nacionalni mehanizam za prevenciju torture, čije poslove, počev od 2011. godine obavlja Zaštitnik građana. Odlučujući razlozi koji su opredelili delovanje Zaštitnika građana u oblasti prevencije torture jesu to što ovaj organ svoje postupanje bazira na Pariskim principima, ali i brojne posete preventivnog karaktera koje sprovodi u ustanovama u kojima su smeštene ili se mogu nalaziti osobe lišene slobode. Cilj ovih poseta je usmeravanje državnih organa ka stvaranju smeštajnih i ostalih životnih uslova u navedenim ustanovama u skladu sa važećim propisima i standardima, kao i odvraćanje državnih organa i službenih lica od mučenja ili bilo kog drugog oblika zlostavljanja. Ovim delovanjem Zaštitnika građana značajno je unapređen položaj lica u policijskom zadržavanju. Međutim, glavni problem je što se ne ostvaruje efikasna borba protiv nekažnjivosti za torturu, tako da ima još mnogo toga što treba uraditi zarad efikasnijih rezultata. Zaštitnik građana, u skladu sa nadležnostima iz „svog“ zakona i Zakona o ratifikaciji Opcionog protokola uz Konvenciju protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka, vrši nadzor nad postupkom prinudnog udaljenja stranaca.<sup>44</sup>

U kontekstu pridruživanja Srbije Evropskoj uniji treba napomenuti da Akcioni plan za poglavlje 23 (Pravosuđe i osnovna prava) određuje izveštaje Zaštitnika građana, godišnje i posebne, kao i izveštaje nacionalnog mehanizma za prevenciju, za indikatore uticaja na osnovu kojih se procenjuje sprovođenje aktivnosti u navedenom procesu. Akcionim planom za navedeno poglavlje je predviđena i obaveza usvajanja izmena i dopuna Zakona o Zaštitniku građana. Podsetićemo da je i Zaštitnik građana više puta ukazivao na potrebu izmene „svog“ zakona, a sa ciljem postizanja pune efikasnosti u radu. Kako je Narodna skupština u svom zaklučku od 15. 07.2019. povodom razmatranja Redovnog godišnjeg izveštaja za 2018. godinu pozvala Vladu da, u narednom periodu, u skladu sa inicijativama i preporukama Zaštitnik građana, predloži izmene Zakona o zaštitniku građana, očekivanja su da će se to realizovati u narednom periodu.

## **3. ZAKLJUČAK**

Ombudsman se javlja u dvostrukoj ulozi: kao institucija zaštite ljudskih prava i institucija demokratske kontrole nad upravom<sup>45</sup>. U oblasti ljudskih prava Zaštitnik građana prati stanje obuhvatajući građanska, politička, ekonomска,

---

<sup>44</sup> Član 82 Zakona o strancima , *Sl. glasnik RS*, br. 24/2018 i 31/2019

<sup>45</sup> Damir Aviani, „Pojam i vrste ombudsmana“, *Hrvatska javna uprava*, 1/1999, 71

socijalna prava, ekološka prava, ali poseban akcenat stavlja na ostvarivanje pomenuih prava iz perspektive osetljivih kategorija lica, poput dece, osoba sa invaliditetom, pripadnika manjinskih zajednica. Zaštitnik građana prati usklađenost relevantnih zakona i drugih propisa sa odredbama Ustava, potvrđenih međunarodnih ugovora i inicira postupke pred Ustavnim sudom sa ciljem unapređenja normativnog okvira u kome se ostvaruju ljudska prava. Zaštitnik građana može predlagati donošenje novih zakona ili izmenu postojećih.

Imajući u vidu inokosni karakter ove institucije, možemo reći da personalna komponentna nije zanemariva i da uspeh u radu, jednim delom, zavisi i od spremnosti volje i želje njenog nosioca da se posveti zaštiti ljudskih prava. U slučaju Srbije, uspeh u radu zavisi i od toga koliko su ostali organi, pre svega, Narodna skupština i Vlada, voljni da postupaju u skladu sa preporukama i inicijativama Zaštitnika građana.

Delovanje ombudsmana u kontekstu zaštite ljudskih prava ne čini mehanizam sudske zaštite ljudskih prava suvišnim, niti pak nepotrebним. Naprotiv, sudovi čine okosnicu zaštite ljudskih prava. Oni su prva „karika” u sistemu zaštite ljudskih prava i imaju najširi opseg delovanja. No, sudstvo zbog povećanog obima poslova i činjenice da rešava najrazličitije sporove nema dovoljno vremena da se posveti ljudskih pravima<sup>46</sup>. To je, međutim, svojstveno ombudsmanu.

Delovanje Zaštitnika građana u domenu zaštite ljudskih prava nije ograničeno samo na pojedinačne slučajeve neostvarivanje prava na dobru upravu, već celinom svojih nadležnosti (uključujući podnošenje zakonodavne inicijative, pokretanje postupka pred Ustavnim sudom) on se pozicionira kao značajna institucija zaštite ljudskih prava. Takođe, u svojim redovnim izveštajima koje podnosi parlamentu, ombudsman skreće pažnju zakonodavnog tela na stanje ljudskih prava i uočene nedostatke koji se mogu ukloniti zakonodavnom intervencijom.

## LITERATURA I IZVORI

### *Stručna literatura*

- Damir Aviani, „Pojam i vrste ombudsmana”, *Hrvatska javna uprava*, 1/1999, 67-95.  
Luka Glušac, „Razvoj nacionalnih institucija za ljudska prava”, U: *Srbija i institucijski modeli javnih politika: problemi i perspektive*, (ur. Đorđe Stojanović, Mladen Lišanin), Beograd 2016, 265-301.  
Predrag Dimitrijević, „Problemi u funkcionisanju lokalnog ombudsmana”, *Pristup pravosuđu-instrumenti za implementaciju evropskih standarda u pravni sistem Republike Srbije* (ur. Nevena Petrušić), 2007,  
Miodrag Jovičić, *Ombudsman:čuvar zakonitosti i prava građana*, Beograd 1969  
C. Raj Kumar, „National Human Rights Institutions: Good Governance Perspectives on Institutionalization of Human Rights”, *American University International Law Review*, 2/2003, 259-300

---

<sup>46</sup> C.R. Kumar, 294

- Dragan Milkov, „Nastanak i razvoj institucije ombudsmana”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2018, 431-448
- Dragan Milkov, „Zaštitnik građana Republike Srbije”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1-2/2008, 197-215.
- Marijana Pajvančić, „Ombudsman u ustavnom sistemu Srbije-od ideje do realizacije”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1-2/2003, 43-58.
- Mijodrag Radojević, *Preobražaj ombudsmana u savremenim pravnim sistemima s posebnim osvrtom na instituciju Zaštitnika građana u Republici Srbiji*, (doktorska disertacija), Beograd 2016
- Dagmara Rajska, Zuzana Ridzińska-Bluszcz, *Ombudsperson Institutions in EU before ECHR and COE; examples of Poland, Sweden and Montenegro*, 2016
- Linda Reif, „Transplantation and Adaptation: The Evolution of the Human Rights Ombudsman”, *Boston College Third World Journal*, 2/2011, 269-310
- Viktoria Serzhanova, „Rights and freedoms in the Constitution of the Republic of Poland”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 79/2018, 51-70
- Dragan Stojanović, *Ustavno pravo*, Niš 2004

### *Pravni propisi i izveštaji*

- Zakon o Zaštitniku građana, *Službeni glasnik RS*, br. 79/05, 54/2007
- Zakon o lokalnoj samoupravi, *Službeni glasnik RS*, br. 9/2002
- Zakon o utvrđivanju određenih nadležnosti autonomne pokrajine, *Službeni glasnik RS*, br. 6/2002
- Zakon o elektronskim komunikacijama, *Službeni glasnik RS*, br. 44/2010
- Zakon o strancima, *Službeni glasnik RS*, br. 24/2018 i 31/2019
- Odluka Ustavnog suda Srbije IUZ 1245/2010, *Službeni glasnik RS*, br. 60/2013
- Odluka Ustavnog suda Srbije IUo 279-2016 od 19. 01. 2018., *Službeni glasnik RS*, br. 48/2018
- Odluka Ustavnog suda Srbije IUZ 1218/2010 od 24. 05. 2012. *Službeni glasnik RS*, br. 55/2012
- Odluka Ustavnog suda IUZ 244/2015, *Službeni glasnik RS*, br. 81/2016
- Principles on the protection and promotion of the Ombudsman Institution (“The Venice Principles”) CDL-AD (2019) 005 Opinion No. 897/2017
- Recommendation No. R (97) 14 of the Committee of ministers to member states on the establishment of independent national institutions for the promotion and protection of human rights
- Redovni godišnji izveštaj Zaštitnika građana za 2010. godinu, 48-220/11 del. br. 5048 od 15. 03. 2011.
- Redovan godišnji izveštaj Zaštitnika građana za 2011. godinu, 22-13/12 del. Br. 4771 od 15. 03. 2012.
- Redovan godišnji izveštaj Zaštitnika građana za 2014. godinu, 22-3/15 od 14. 03. 2015.
- Redovan godišnji izveštaj Zaštitnika građana za 2016. godinu, 161-7/17 od 15. 03. 2017.
- Redovan godišnji izveštaj Zaštitnika građana za 2017. godinu, 161-3/18 od 15. 03. 2018.
- Redovani godišnji izveštaj Zaštitnika građana za 2018. godinu, 3411-69/19 od 15. 03. 2019.
- Izveštaj Zaštitnika građana za 2007. godinu
- Mišljenje sa preporukama Zaštitnika građana 12-22-2867/18 od 25. 04. 2019.
- Mišljenje sa preporukama Zaštitnika građana 5-2-1395/15 od 07. 05. 2018.

*Maja Lj. Nastić, Ph.D., Associate Professor  
University of Niš  
Faculty of Law Niš  
maja@prafak.ni.ac.rs*

## **Ombudsman's Action in the Protection of Human Rights**

**Abstract:** *The Ombudsman Institution, originally founded in Sweden in 1809, during the time received a planetary character. At the same time, its competencies increased: from a classical controller of public administration, the Ombudsman grew into a national institution of human rights protection. The Constitution of Serbia (2006) recognized the Protector of Citizens as an independent state body that should protect citizens' rights and monitor the work of public administration bodies. The activity of the Protector of Citizens in the sphere of human rights protection was viewed from the general perspective. The role of the Protector of Citizens has been recognized in creating the appropriate legislative environment, then as an NHRI and as a national mechanism for the prevention of torture. Thus, the Protector of Citizens is positioned as a significant institution for the protection of human rights, but the scope of its work is largely determined by the personal capacity of its holder and the willingness of the Assembly and the Government to act following its recommendations and initiatives.*

**Keywords:** *ombudsman, Protector of citizens, NHRI.*

Datum prijema rada: 06.09.2019.



*Dr Emir A. Ćorović, vanredni profesor  
Državni univerzitet u Novom Pazaru  
Departman za pravne nauke  
ecorovic@np.ac.rs*

## OSVRT NA ZAŠTITNE MERE MEDICINSKOG KARAKTERA U PREKRŠAJNOM PRAVU SRBIJE<sup>1</sup>

**Sažetak:** U sistemu zaštitnih mera srpski Zakon o prekršajima reguliše i dve mere medicinskog karaktera: obavezno lečenje zavisnika od alkohola i psihoaktivnih supstanci (čl. 59) i obavezno psihijatrijsko lečenje (čl. 60). Ovu poslednju zaštitnu mjeru nije poznavalo naše ranije prekršajno zakonodavstvo, tako da je ona uvedena važećim Zakonom o prekršajima iz 2013. godine. Obavezno lečenje zavisnika od alkohola i psihoaktivnih supstanci je namenjeno učiniocima prekršaja koji su zavisnici od navedenih sredstava, dok je obavezno psihijatrijsko lečenje predviđeno za neuračunljive i bitno smanjeno uračunljive učinoce prekršaja. Navedene zaštitne mere imaju sličnosti sa medicinskim merama bezbednosti iz Krivičnog zakonika, kao što su obavezno psihijatrijsko lečenje i čuvanje u zdravstvenoj ustanovi (čl. 81), obavezno psihijatrijsko lečenje na slobodi (čl. 82), obavezno lečenje narkomana (čl. 83) i obavezno lečenje alkoholičara (čl. 84). Njihova sličnost ima i legislativno pokriće, jer je u čl. 233 Zakona o izvršenju krivičnih sankcija Srbije propisano da se odredbe tog zakona o izvršenju mera bezbednosti shodno primenjuju na izvršenje zaštitnih mera izrečenih za prekršaj.

Bez obzira na koncepciju sličnost između medicinskih zaštitnih mera i medicinskih mera bezbednosti, postoje i određene značajne razlike u njihovoj regulativi. Prvo, svrha mera bezbednosti se sastoji u otklanjanju „stanja“ ili „uslova“ koji mogu uticati da učinilac ponovi krivično delo (čl. 78 Krivičnog zakonika), dok se svrha zaštitnih mera ogleda u otklanjanju „uslova“ koji mogu uticati na ponavljanje vršenja prekršaja (čl. 51 st. 1 Zakona o prekršajima). Nije jasno zbog čega zakonodavac i kod zaštitnih mera nije propisao da se njima otklanjaju „stanja“, jer upravo se tim izrazom ukazuje na osnov primene medicinskih mera bezbednosti, što bi se trebalo odnositi i na medicinske zaštitne mere. Drugo, Krivični zakonik je formalno odvojio tretman zavisnika od opojnih droga

<sup>1</sup> Rad je prezentovan na Međunarodnoj naučnoj konferenciji Pravna tradicija i novi pravni izazovi, održanoj 03. i 04.10.2019. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Novom Sadu.

*i zavisnika od alkohola, pod izgovorom da se radi o dve različite vrste zavisnosti, dok je Zakon o prekršajima predvideo jedinsvenu zaštitnu meru za ove dve kategorije zavisnika. Može se postaviti pitanje zašto je zakonodavac kod sličnih mera predvideo dva različita koncepta? Na kraju, kod zaštitne mere obaveznog psihijatrijskog lečenja zakonodavac nije predvideo poseban postupak njihovog izricanja, kao što je kod psihijatrijskih mera bezbednosti, u Zakoniku o krivičnom postupku, detaljno regulisao postupak njihovog izricanja. Iako Zakon o prekršajima u svojim procesnim odredbama upućuje na shodnu primenu Zakonika o krivičnom postupku, teško da se u konkretnim slučajevima odredbe tog Zakonika koje se odnose na postupak izricanja psihijatrijskih mera bezbednosti mogu primeniti i na postupak izricanja zaštitne mere obaveznog psihijatrijskog lečenja. Ovo iz razloga što je Zakonik o krivičnom postupku predvideo posebna procesna pravila koja se odnose na psihijatrijske mere bezbednosti (tzv. poseban krivični postupak), koja u mnogome odudaraju od opšte krivične procedure. O tim razlikama u postupku očigledno se nije vodilo računa prilikom propisivanja zaštitne mere obaveznog psihijatrijskog lečenja.*

**Ključne reči:** prekršajno pravo, medicinske zaštitne mere, medicinske mere bezbednosti.

## 1. UVODNA RAZMATRANJA

U pravu Srbije već duže vreme je prisutna tendencija približavanja prekršajnog prava krivičnom pravu, tako da su brojni instituti prekršajnog prava regulisani identično ili slično kao u krivičnom pravu. Odgovarajuća sličnost prisutna je i u oblasti propisivanja sistema sankcija ove dve grane kaznenog prava. Zakon o prekršajima<sup>2</sup> Srbije je, slično kao i Krivični zakonik,<sup>3</sup> zasnovan na *pluralističkom sistemu sankcija*. Oba zakonska teksta predviđaju posebnu vrstu sankcija naznjenu „opasnim učiniocima“ krivičnih dela odnosno prekršaja, tj. sankcije koje imaju za cilj otklanjanje određenih faktora koji mogu uticati na ponavljanje ovih kažnjivih dela.<sup>4</sup> U pitanju su *zaštitne mere* iz ZP i *mere bezbednosti* iz KZ. Zato

<sup>2</sup> Zakon o prekršajima – ZP, *Službeni glasnik RS*, br. 65/13, 13/16 i 98/16 – odluka Ustavnog suda.

<sup>3</sup> Krivični zakonik – KZ, *Službeni glasnik RS*, br. 85/05, 88/05-ispravka, 107/05-ispravka, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 i 35/19.

<sup>4</sup> Upor. definicije mera bezbednosti i zaštitnih mera: Zoran Stojanović, *Krivično pravo: Opšti deo*, Pravna knjiga, Beograd 2016, 343; Stanko Bejatović, *Osnovi prekršajnog prava (materijalni, procesni i izvršni aspekt)*, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu – Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd 2013, 88; Đorđe Đorđević, *Prekršajno pravo*, Kriminalističko-poličijska akademija, Beograd 2008, 95; Snježana Oset, „*Prekršajnopravne sankcije de lege lata i de lege ferenda – primjena i izvršenje*“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 2/2005, 526.

se u literaturi kaže da su zaštitne mere pandan,<sup>5</sup> odnosno ekvivalent<sup>6</sup> merama bezbednosti. To ima i svoju legislativnu potvrdu, jer je u čl. 233 Zakon o izvršenju krivičnih sankcija<sup>7</sup> propisano da će se odredbe tog Zakona kojima se uređuje izvršenje mera bezbednosti izrečenih za krivično delo shodno primeniti i na izvršenje zaštitnih mera izrečenih za prekršaj, ako posebnim zakonom nije drugačije određeno.<sup>8</sup>

Pre nego što se upustimo u razmatranje medicinskih zaštitnih mera iz našeg prekršajnog prava, *obaveznog lečenja zavisnika od alkohola i psihoaktivnih supstanci* iz čl. 59 ZP i *obaveznog psihijatrijskog lečenja* iz čl. 60 ZP, potrebno je ukratko analizirati odredbu čl. 51 st. 1 ZP kojom je propisna *svrha zaštitnih mera* i uporediti tu odredbu sa čl. 78 KZ kojom je propisana *svrha mera bezbednosti*. Jer, ukoliko je reč o „ekvivalentnim“ kaznenim sankcijama koje su, štaviše, nomenjene „opasnim učiniocima“, određene ideje bi morale imati isti ili sličan legislativni odraz prilikom propisivanja njihove svrhe. Upravo prilikom određivanja svrhe zaštitnih mera zakonodavac odstupa od koncepta koji prihvata u krivičnom pravu kada formuliše svrhu mera bezbednosti i to u onom delu koji se tiče ovih sankcija medicinske prirode.

Naime, prema čl. 51 st. 1 ZP svrha primene zaštitne mera je *otklanjanje uslova* koji omogućavaju ili podstiču učinioca na izvršenje novog prekršaja, dok se prema čl. 78 KZ svrha mera bezbednosti sastoji u *otklanjanju stanja* ili *uslova* koji mogu biti od uticaja da učinilac ubuduće ne vrši krivična dela. Prema tome, kod zaštitnih mera zakonodavac ima na umu samo uslove, a kod mera bezbednosti kako uslove tako i stanja kao faktore vršenja kažnjivih ponašanja. Međutim, nesporno je u krivičnopravnoj teoriji da se izraz „stanja“ odnosi na psihička stanja učinioca<sup>9</sup> (duševne bolesti, duševne poremećenosti, zavisnost od alkohola ili opojnih droga i sl.), dok se pod izrazom „uslovi“ misli na određene situacije koje stimulativno deluju na učinioca u pravcu vršenja krivičnog dela<sup>10</sup> (obavljanje određenih послова, posedovanje određenih predmeta i sl.). Postavlja se pitanje zašto zakonodavac nije isto postupio i prilikom formulisanja svrhe zaštitnih mera? Možda je zakonodavac stanovišta da zaštitne mere ne mogu otkloniti „stanja“

---

<sup>5</sup> Emir Čorović, *Mere bezbednosti obaveznog lečenja narkomana i alkoholičara*, Doktorska disertacija, Novi Sad 2010, 202.

<sup>6</sup> Branislav Ristivojević, Ivan Milić, *Osnovi prekršajnog prava*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad 2018, 76.

<sup>7</sup> Zakon o izvršenju krivičnih sankcija – ZIKS, *Službeni glasnik RS*, br. 55/14 i 35/19.

<sup>8</sup> Jednu ovaku odredbu izvršnog karaktera Pihler tumači pravnotehničkim razlozima i poštovanjem opšteg kursa približavanja prekršajnog prava krivičnom. Vid.: Stanko Pihler, „Osvrt na odredbe o prekršajnoj odgovornosti i prekršajnim sankcijama u novom Zakonu o prekršajima“, *Zbornik radova Novine u oblasti prekršajne prakse*, 2006., Beograd, Glosarijum, Beograd, 58.

<sup>9</sup> Z. Stojanović, 343.

<sup>10</sup> Nikola Srzentić, Aleksandar Stajić, Ljubiša Lazarević, *Krivično pravo SFRJ: Opšti deo*, Savremena administracija, Beograd 1997, 475.

koja utiču na učinioca prekršaja u pravcu njihovog ponovnog vršenja?! Time se, međutim, otvara pitanje zašto su onda ZP predviđene zaštitne mere koje ne mogu da udovolje svojoj ulozi da eliminišu odgovarajuće faktore prekršajnog ponašanja? Možda je, pak, zakonodavac smatrao da izraz „stanje“ nije prikladan!? Na to ukažuju pojedini autori u krivičnopravnoj teoriji, s obzirom da izraz „stanje“ po svom značenju podrazumeva nešto što je trajno i nepromjenjivo.<sup>11</sup> Ako se tako postave stvari, zaista je upitno kako se pred merama bezbednosti može postaviti zahtev da otklone nešto što je nepromjenjivo, tj. da otklone nešto neotklonjivo. Čak i ako ostavimo po strani značenje pojma stanje, teško je poverovati (da ne kažemo da je nemoguće) da se merama bezbednosti ili zaštitnim merama mogu otkloniti stanja u vidu zaostalog duševnog razvoja, brojnih duševnih bolesti (shizofrenije, manično-depresivne psihoze i sl.), drugih težih duševnih poremećenosti (na primer teži slučajevi psihopatija)! Ipak, nismo sigurni da je zakonodavac prilikom formulisanja svrhe zaštitnih mera imao u vidu ovo shvatanje, već se pre radi o tome da o navedenim formulacijama nije vođeno računa, ili su one preuzete iz uporednog zakonodavstva.<sup>12</sup> U svakom slučaju nije ispravno da se kod ekvivalentnih kaznenih sankcija, prilikom propisivanja njihovih svrha, ako se zakonodavac već odlučio za takav korak, pristupa različito, naročito u pogledu onih obeležja koja bi zaštitne mere/ mere bezbednosti trebalo da čine osobenim.

Na ovom mestu ukazaćemo još na dve stvari. Prvo, sve zaštitne mere, uključujući i one koje su predmet ovog rada, mogu se propisati samo zakonom i uredbom (čl. 51 st. 2 ZP), ne i propisima niže pravne snage. Drugo, medicinske zaštitne mere (i još neke) mogu se izreći pod uslovima koje propisuje ZP i kad nisu predviđene propisom kojim je određen prekršaj (čl. 52 st. 2 ZP).

---

<sup>11</sup> Vid.: Dragiša Drakić, *Mere bezbednosti psihijatrijskog karaktera u krivičnom pravu Srbije*, Prosveta, Novi Sad 2005, 19-21.

<sup>12</sup> Na primer, naš ZP iz 1989. godine (*Službeni glasnik SRS*, br. 44/89, *Službeni glasnik RS*, br. 21/90, 11/92, 6/93, 20/93, 53/93, 67/93, 28/94, 16/97, 37/97, 36/98, 44/98, 62/01, 65/01 i 55/04) nije određivao svrhu zaštitnih mera, ali jeste ZP iz 2005. godine (*Službeni glasnik RS*, br. 101/05, 116/08 i 111/09), a formulacija iz tog zakona je identična sadašnjoj. Ovakve formulacije odredaba o svrsi zaštitnih mera, stilski posmatrano, mogu se naći u zakonima o prekršajima Hrvatske iz 2002. i 2007. godine. Hrvatski kazneni (krivični) zakoni, prethodni iz 1997. i sadašnji iz 2011. godine, prilikom određivanja svrhe mera bezbednosti (mjera sigurnosti) takođe ne koriste formulaciju „stanje“. To nas nekako upućuje na zaključak, ako se pogleda hronologija ovih zakonskih rešenja, da je odredba o svrsi zaštitnih mera iz našeg prethodnog ZP iz 2005., a koja odgovara odredbi čl. 51 st. 1 važećeg ZP Srbije preuzeta iz hrvatskog prekršajnog zakonodavstva, koje pak, ima svoj uzor u KZ te zemlje iz 1997. godine. O tome vid.: E. Ćorović (2010), 203, fn. 943. Takođe upor.: čl. 66 KZ Hrvatske 2011. (<https://www.zakon.hr/z/98/Kazneni-zakon>, 10. oktobar 2019.); čl. 74 KZ Hrvatske iz 1997. ([https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/1997\\_10\\_110\\_1668.html](https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/1997_10_110_1668.html), 10. oktobar 2019.); čl. 51 Prekršajnog zakona Hrvatske iz 2007 (<https://www.zakon.hr/z/52/Prekr%C5%A1ajni-zakon>, 10. oktobar 2019.); čl. 37 Zakona o prekršajima Hrvatske iz 2002. ([https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2002\\_07\\_88\\_1462.html](https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2002_07_88_1462.html), 10. oktobar 2019.).

## 2. OBAVEZNO LEČENJE ZAVISNIKA OD ALKOHOLA I PSIHOAKTIVNIH SUPSTANCI

Za razliku od KZ koji predviđa dve mere bezbednosti, jednu namenjenu narkomanima (obavezno lečenje narkomana iz čl. 83) i drugu namenjenu alkoholičarima (obavezno lečenje alkoholičara iz čl. 84), a ovakav legislativni pristup se obrazlaže time da su narkomani i alkoholičari dve različite kategorije koje zahtevaju i drugačiji tretman,<sup>13</sup> ZP predviđa jedinstvenu zaštitnu mero koja se može izreći zavisnicima od alkohola i psihoaktivnih supstanci. U pitanju je zaštitna mera obavezognog lečenja zavisnika od alkohola i psihoaktivnih supstanci iz čl. 59 ZP. Smatramo da je, iako postoje suprotna mišljenja,<sup>14</sup> legislativni pristup iz ZP ispravniji od pristupa koji je prihvaćen u KZ iz sledećih razloga: prvo, akcenat kod sankcija ovakve vrste trebalo bi da bude na *činjenici zavisnosti*, a ne na sredstvu od kojeg je konkretni učinilac zavisan;<sup>15</sup> drugo, pristup koji je prihvaćen u KZ ne vodi računa o tzv. *politoksikomanima* u slučaju kada je učinilac zavisnik od alkohola i od druge psihoaktivne supstance;<sup>16</sup> treće, pristup kakav imamo u našem KZ *nije*, koliko nam je poznato, *prihvaćen u uporednom zakonodavstvu*, izuzev Crne Gore,<sup>17</sup> već se koristi koncept koji predviđa jedinstven tretman za zavisnike od alkohola i psihoaktivnih supstanci; četvrto, korišćenjem formulacije „*zavisnik*“ u naslovu predmetne zaštitne mere izbegava se korišćenje pojmove „*narkoman*“ i „*alkoholičar*“, što je možda medicinski ispravnije, a uz to formulačija „*narkoman*“ *nije ni najpreciznija*, jer postoje različiti oblici narkomanije, pa

---

<sup>13</sup> Z. Stojanović, 349.

<sup>14</sup> Vid.: ibid.; Stanko Pihler, „Novele opštih ustanova u krivičnom zakonodavstvu Srbije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu (Zbornik radova PFNS)* 3/2005, 55. U prekršajnopravnoj literaturi ima mišljenja da ova zaštitna mera u stvari obuhvata dve zaštitne mere: 1) obavezno lečenje alkoholičara i 2) obavezno lečenje narkomana. Tako: B. Ristivojević, I. Milić, 81.

<sup>15</sup> Vid.: E. Čorović (2010), 106-107.

<sup>16</sup> E. Čorović (2010), 108; Emir Čorović, *Sistem krivičnih sankcija Republike Srbije*, Autorsko izdanje-Sven, Novi Pazar – Niš 2015, 203; Snežana Soković, „Sporna pitanja izricanja mera bezbednosti medicinskog karaktera“, *Crimen* 3/2017 – Revija za krivično pravo i kriminologiju (RKK) 2-3/2017, 367. Pristup našeg zakonodavca koji je prihvaćen u KZ kritikuje se i zbog toga što različitost tretmana prema alkoholičarima i narkomanima ne može biti razlog za stvaranje nove krivične sankcije, već o različitosti tretmana treba voditi računa prilikom propisivanja odgovarajućih odredaba krivičnog izvršnog prava. Tako: Dragiša Drakić, „Mere bezbednosti obavezognog lečenja narkomana i alkoholičara u novom Krivičnom zakoniku Srbije“, *Zbornik radova PFNS* 1-2/2008, 615.

<sup>17</sup> Vid.: Darko Radulović, „Sistem krivičnih sankcija u Krivičnom zakoniku Crne Gore i zaštita od diskriminacije“, *Međunarodna naučna konferencija Pravni sistem i zaštita od diskriminacije*, jun 2015, Pravni fakultet Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, druga sveska, Kosovska Mitrovica, 134. Međutim, crnogorski zakonodavac je dosledan pa je u čl. 42 Zakona o prekršajima (<https://www.paragraf.me/propisi-crnegore/zakon-o-prekrasjima.html>, 12. oktobar 2019.), isto kao i u krivičnom pravu, predvideo dve zaštitne mere, jednu namenjenu alkoholičarima i drugu namenjenu narkomanima, a na iste se shodno primenjuju odredbe o predmetnim merama bezbednosti iz KZ te države (čl. 49 crnogorskog ZP).

time i različite vrste narkomana.<sup>18</sup> Dodajmo da postoje izvesne tendencije u uporednom prekršajnom zakonodavstvu da se primena jedne ovakve zaštitne mere proširi i na druge oblike zavisnosti, kao na primer na zavisnost od kladenja i sl.<sup>19</sup>

Zaštitna mera obaveznog lečenja zavisnika od alkohola i psihoaktivnih supstanci može se, na osnovu čl. 59 st. 1. ZP izreći pod sledećim uslovima:<sup>20</sup> 1) *učinilac mora biti zavisnik od alkohola ili psihoaktivnih supstanci; 2) prekršaj mora biti učinjen usled zavisnosti od „stalne“ upotrebe alkohola ili psihoaktivnih supstanci; 3) mora postojati opasnost da će učinilac usled zavisnosti i dalje činiti prekršaje.*

Činjenica zavisnosti se utvrđuje veštačenjem. Po prirodi stvari se radi o psihiatrijskom veštačenju i o tome će biti reči u narednom izlaganju. Može se raditi kako o fizičkoj tako i o psihičkoj zavisnosti.<sup>21</sup> Okolnost da je učinilac izvršio prekršaj pod dejstvom alkohola ili druge psihoaktivne supstance, a pri tome kod njega nije stvorena zavisnost, nije dovoljna za izricanje ove zaštitne mере.<sup>22</sup> Zakonodavac kod ove zaštitne mере koristi formulaciju „psihoaktivna supstanca“ što je svakako ispravnije nego formulacija „opojne droge“ koja se koristi u čl. 83 KZ, jer sve psihoaktivne supstance koje izazivaju zavisnost ne spadaju u krug „opojnih droga“, odnosno različite psihoaktivne supstance imaju različita psiho-farmakološka dejstva, tako da su opojne droge samo jedna vrsta psihoaktivnih supstanci.<sup>23</sup> Pored toga,

<sup>18</sup> Istiće se da narkomanija ne predstavlja jedinstvenu bolest ni „u pogledu etiologije, kliničke slike, pa ni izbora ličnosti“ pa je ispravnije govoriti o „raznim narkomanijama ili raznim pojavnim oblicima narkomanije“. O tome: Stevan Petrović, *Droga i ljudsko ponašanje*, Partenon, Beograd 2003, 244. Dalje, od koristi je i sledeće zapažanje: „Svetska zdravstvena organizacija (SZO) je 1951. godine odbacila termin „hronični alkoholizam“, jer je on bio različito tumačen i usvojila termin „alkoholizam“ podrazumevajući pod njim ekscesivno uzivanje alkoholnih pića koje postepeno dovodi do pojave zavisnosti. Četrdeset godina kasnije, 1992. godine, SZO je u Kliničkim opisima i dijagnostičkim uputstvima Desete klasifikacije mentalnih poremećaja i poremećaja ponašanja, termin „alkoholizam“ potisnula u drugi plan, uključivši ga u grupu poremećaja nastalih zbog upotrebe psihoaktivnih supstanci i u kategorije poremećaja kao što su akutna intoksikacija, štetna upotreba i sindrom zavisnosti“. Cit.: Petar Jovanović, Slobodan Ćurčić, Vidoje Milošević, „Prilog definiciji alkoholizma“, *Psihijatrija danas* 2-3/2000, 106.

<sup>19</sup> Tako: Lana Milivojević, *Prekršajno pravo i materijalnopravne odredbe Prekršajnog zakona*, Ministarstvo unutarnjih poslova Republike Hrvatske – Policijska akademija, Zagreb 2018, 49.

<sup>20</sup> Emir Čorović, *Prekršajno pravo (prema Zakonu o prekršajima iz 2013. godine)*, Autorizovana predavanja, Novi Pazar 2015, 71 ([http://www.dunp.np.ac.rs/wp-content/uploads/2018/11/prek-pra\\_ap.pdf](http://www.dunp.np.ac.rs/wp-content/uploads/2018/11/prek-pra_ap.pdf), 13.oktobar 2019).

<sup>21</sup> To je nesporno u sudskej praksi kada je reč o merama bezbednosti iz čl. 83 i 84 KZ. Kritički o tome da li je opravданo izricati ove mere bezbednosti (što bi se shodno moglo odnositi i predmetnu zaštitnu mjeru) licima kod kojih postoji psihička zavisnost vid.: D. Drakić (2008), 616-617; Emir Čorović, „Mere bezbednosti obaveznog lečenja narkomana i obaveznog lečenja alkoholičara u sudskej praksi“, *Zbornik radova PFNS* 3/2009, 378-380.

<sup>22</sup> Igor Vuković, *Prekršajno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015, 118.

<sup>23</sup> O tome: Vladimir Kušević, *Zloupotreba droga*, Republički sekreterijat za unutrašnje poslove SR Hrvatske, Zagreb 1988, 28-30.

takva formulacija je i u skladu sa terminologijom iz Zakona o psihoaktivnim kontrolisanim supstancama.<sup>24</sup> Međutim, ova zaštitna mera se može izreći i onda kada je učinilac zavisnik od neke psihoaktivne supstance koja ne podleže ZPAKS, kao na primer u slučaju zavisnika od „isparljivih rastvarača“ (lepk i sl.), što je barem hipotetički zamislivo, ili u slučaju zavisnika od određenih tableta (tzv. tabletomanija) koje u sebi sadrže psihoaktivne supstance, što i nije retka pojava u praksi, a iz razloga što je ova zaštitna mera usredsređena na čin zavisnosti, odnosno lečenje zavisnika (pod uslovom da su učinoci prekršaja), dok je svrha ZPAKS da, u najširem smislu reči, reguliše proizvodnju i promet psihoaktivnih kontrolisanih supstanci (čl. 1 ZPAKS). Ovim želimo da kažemo da je kod ove zaštitne mere relevantan čin zavisnosti, a ne sredstvo od koga je ona stvorena, pa u tom smislu ne treba mešati oblasti regulativa koje su predviđene u različitim zakonima i za različite potrebe, prilikom procene da li je neko sredstvo podobno da izazove zavisnost.

Drugi uslov, u stvari, govori o kauzalitetu između zavisnosti i učinjenog prekršaja, jer prekršaj mora biti izvršen „usled“ zavisnosti, što znači da između zavisnosti i učinjenog prekršaja mora postojati uzročno-posledična veza, tj. prekršaj je posledica učiniočeve zavisnosti. Suvršno je što zakonodavac koristi formulaciju „zavisnost od stalne upotrebe alkohola ili psihoaktivnih supstanci“, jer zavisnost kao poseban psiho-patološki proces i nastaje usled „stalne“ (kontinuirane) upotrebe navedenih sredstava.<sup>25</sup>

Treći uslov je prognostičke prirode i odnosi se na mogućnost da učinilac prekršaja, usled toga što je zavisnik, i dalje čini, tj. ponavlja prekršaje. Ova zaštitna mera se upravo i izriče da bi se predupredili eventualni budući prekršaji učinjoca. Međutim, zakonodavac ovde govori o „opasnosti“ daljem činjenju prekršaja, dok se u KZ kod ekvivalentnih mera bezbednosti govori o „ozbiljnoj opasnosti“. Ozbiljna opasnost se tumači kao visok stepen verovatnoće ponovljanja dela,<sup>26</sup> pa bi u tom smislu „opasnost“, bez njene dalje gradacije, tj. izostavljanjem izraza

<sup>24</sup> Zakon o psihoaktivnim kontrolisanim supstancama – ZPAKS, *Službeni glasnik RS*, br. 99/10 i 57/2018. Prema čl. 2 st. 2 ovog Zakona psihoaktivne kontrolisane supstance su: 1) opojne droge, odnosno narkotici; 2) psihotropne supstance; 3) proizvodi biološkog porekla koji imaju psihoaktivno dejstvo; 4) druge psihoaktivne kontrolisane supstance. Iz ovoga je jasno da termin „opojna droga“ ima uže značenje od pojma „psihoaktivna supstanca“.

<sup>25</sup> Ranije je u čl. 65 Krivičnog zakona Jugoslavije, kasnije Osnovnog krivičnog zakona – OKZ (*Službeni list SFRJ*, br. 44/76, 46/77, 34/84, 37/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90, 45/90 i 54/90, *Službeni list SRJ*, br. 35/92, 16/93, 31/93, 37/93, 24/94 i 61/01, *Službeni glasnik RS*, br. 39/03), kod nekada jedinstvene mere bezbednosti obaveznog lečenja alkoholičara i narkomana korišćena formulacija „stalna upotreba“ što je u krivičnopravnoj literaturi smatrano suvišnim i nepotrebним. Vid.: Zoran Stojanović, „Mere bezbednosti u jugoslovenskom krivičnom pravu“, *Zbornik PFNS* 1-3/1985, 286, fn 41; Ljubiša Lazarević, „Mere bezbednosti“, *Savetovanje Reforma opštег dela KZ SFRJ i savremene tendencije u jugoslovenskom krivičnom pravu*, maj 1991. godine, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Budva, 7.17.

<sup>26</sup> Z. Stojanović (2016), 346.

„ozbiljna“, mogla da označava neki niži stepen, na primer „običnu“ verovatnoću činjenja prekršaja. Otuda je opravdan prigovor da „opasnost može postojati kod svakog zavisnika..., a ozbiljna opasnost samo kod određenih zavisnika“.<sup>27</sup> Imajući u vidu da je ovaj uslov sam po sebi problematičan usled svoje prognostičke prirode, jer se odnosi na nešto što se u budućnosti može (ali i ne mora) dogoditi,<sup>28</sup> bilo je korisnije da je zakonodavac i kod ove zaštitne mere postavio standard „ozbiljne opasnosti“, tim pre što se radi o uslovu za izricanje jedne kaznene sankcije, što će reći jedne represivne mere. Opasnost se, takođe, ne bi smela odnositi na mogućnost vršenja prekršaja uopšte, već na mogućnost vršenja prekršaja određene vrste (ne primer protiv javnog reda i mira).<sup>29</sup>

Iz odredbe st. 1 čl. 59 ZP mogu se uočiti još dve stvari. Prvo, izricanje ove zaštitne mere je fakultativno,<sup>30</sup> jer se koristi formulacija „može se izreći“. Zbog toga je formulacija o fakultativnom izricanju predmetne zaštitne mere u koliziji sa njenim nazivom: obavezno lečenje čije izricanje je fakultativno!? Drugo, prema odredbi čl. 59 st. 1 ZP obavezno lečenje zavisnika od alkohola i psihoaktivnih supstanci se izriče „licu“. Zakonodavac u tom slučaju koristi jedan neodređeni pojam iako je reč o kaznenoj sankciji koja se može izreći samo „učiniocu“ prekršaja, pa bi i u tom smislu trebalo izvršiti izvesne zakonske korekcije.<sup>31</sup>

U st. 2 čl. 59 ZP je propisano da će sud pre izricanja ove zaštitne mere pribaviti „mišljenje veštaka, odnosno nadležne zdravstvene organizacije“. Odredba je procesne prirode i mesto joj je u delu ZP kojim se uređuje prekršajni postupak, a ne u delu koji propisuje materijalnopravne odredbe.<sup>32</sup> Pri tome, odredba je konfuzna. Ovde je moguće razlikovati dve mogućnosti koje su alternativno postavljene i obe su u najmanju ruku problematične. Prva se sastoji u pribavljanju „mišljenja veštaka“. Nedostaje, međutim, njegov *nalaz*!!! Takva formulacija je protivna čl. 218 st. 1 i čl. 221 ZP koje se odnose na veštačenje. Prema prvonavedenoj odredbi „veštačenje se određuje ... kada je za utvrđivanje ili ocenu neke važne činjenice neophodno pribaviti *nalaz i mišljenje* od lica koje raspolaže stručnim znanjem.“, dok se u potonjoj odredbi propisuje da će se veštak pozvati „...da predmet veštačenja brižljivo razmotri, da tačno navede sve što opazi i da nađe i da svoje

---

<sup>27</sup> Ivan Milić, „Novi Zakon o prekršajima i stari problemi sa zaštitnom merom obaveznog lečenja zavisnika od alkohola i psihoaktivnih supstanci“, *Zbornik radova PFNS* 1/2014, 267.

<sup>28</sup> „Jer, gde se „operiše“ sa mogućnošću i verovatnoćom, a ne sa izvesnošću, tu su otvorena vrata za proizvoljnosti i zloupotrebe“. Cit.: Dragiša Drakić, „Društvena opasnost“ učinioca i kriminalno pravo“, *Zbornik radova PFNS* 1/2007, 314.

<sup>29</sup> Tako Tomašević u vezi sa merama bezbednosti. Goran Tomašević, *Mjere sigurnosti u krivičnopravu*, Književni krug-Pravni fakultet, Split 1986, 59.

<sup>30</sup> Dragan Jovašević, Dušica Miladinović Stefanović, *Prekršajno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš 2018, 103.

<sup>31</sup> O korišćenju neujednačenih termina prilikom formulisanja ove zaštitne mere vid.: I. Milić, 266-267.

<sup>32</sup> Ibid., 267.

*mišljenje iznese nepristrasno* i u skladu s pravilima nauke ili veštine“. U svakom slučaju, pitanje je i kako veštak može dati mišljenje o bolesti zavisnosti, a da pre toga sam nije utvrdio relevantne činjenice, tj. da nije dao svoj nalaz. Druga mogućnost se sastoji u pribavljanju mišljenja „nadležne zdravstvene odorganizacije“. Nije jasno *o kojem dokaznom sredstvu je ovde reč*? Da li se ovde mislilo o veštačenju koje obavlja „nadležna zdravstvena organizacije“ kao odgovarajuća stručna ustanova, a da prethodna mogućnost označava veštačenje od strane pojedinog stručnjaka? Međutim, to nije potrebno naglašavati u ovoj odredbi, jer se pravila o određivanju veštaka nalaze u čl. 218 st. 4 ZP.<sup>33</sup> S druge strane, ako zakonodavac pod mišljenjem „nadležne zdravstvene organizacije“ nije mislio na veštačenje koje obavlja stručna ustanova, onda se postavlja pitanje koje je to dokazno sredstvo? Pošto se u predmetnoj odredbi govori o „pribavljanju mišljenja“ zdravstvene organizacije, ono mora biti u pisanoj formi, što će predstavljati javnu ispravu. Međutim, nejasno je na osnovu čega se jedna takva isprava izdaje? Da li je dovoljno da je neko lice evidentirano kao zavisnik kod nadležne zdravstvene ustanove da bi mu se na osnovu toga mogla izreći zaštitna mera obaveznog lečenja zavisnika od alkohola i psihohaktivnih supstanci? Bez daljeg obrazlaganja smatramo da bi jedno ovakvo tumačenje bilo štetno, čak i opasno, a u slučaju da učinilac prekršaja nije evidentiran kao zavisnik (a u postupku se iz drugih dokaza utvrdi da to jeste), ono je i beskorisno.

Imajući u vidu da je pitanje utvrđivanja činjenice zavisnosti od alkohola ili psihohaktivnih supstanci procesnog karaktera, trebalo bi, prema čl. 99 ZP, shodno primeniti odredbe čl. 131 i 533 Zakonika o krivičnom postupku.<sup>34</sup> U tom smislu, kada postoji sumnja da je okrivljeni izvršio prekršaj usled zavisnosti moralo bi se obaviti veštačenje (shodna primena čl. 131 ZKP) i veštak bi se morao izjasniti i o mogućnostima okrivljenog za lečenje (shodna primena čl. 533 st. 2 ZKP). Ovo poslednje treba razumeti kao izjašnjavanje veštaka o većim ili manjim izgledima o uspešnosti lečenja.<sup>35</sup> Prema tome, držimo da bi se ova zaštitna mera mogla izreći tek pošto se obavi veštačenje, tj. pribavi *nalaz i mišljenje*, a veštačenje može obaviti kako *stručna ustanova* (npr. zdravstvena organizacija) ili *stručnjak* (veštak psihijatar).

<sup>33</sup> Čl. 218 st. 4 ZP: „Veštačenje se može poveriti odgovarajućoj *stručnoj ustanovi*, državnom organu ili *stručnjaku*, prvenstveno sa liste stalnih sudskeih veštaka, a drugi organi ili lice se mogu odrediti samo ako postoji opasnost od odlaganja, ako su stalni veštaci sprečeni ili ako to zahtevaju druge okolnosti“.

<sup>34</sup> Zakonik o krivičnom postupku- ZKP, *Službeni glasnik RS*, br. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 55/14 i 35/19.

<sup>35</sup> Tako: Zvonimir Šeparović, „Sustav krivičnih sankcija u novom krivičnom zakonodavstvu Jugoslavije“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Banjoj Luci* 1977, 208. Detaljno o tome šta bi nalaz i mišljenje veštaka trebalo da sadrži vid.: Emir Ćorović, „Postupak izricanja mera bezbednosti obaveznog lečenja narkomana i obaveznog lečenja alkoholičara“, *Branič* 3-4/2009, 53-54.

Ova zaštitna mera je dopunskog karaktera. Nikad se ne izriče samostalno već uz kaznu, opomenu ili vaspitnu mera (čl. 53 st. 2 ZP). To opredeljuje i vrstu odluke kojom se izriče. Ukoliko je izrečena uz kaznu ili opomenu, izriče se odlukom u formi presude (čl. 249 i 251 ZP), a ako se izriče uz vaspitne mere onda se izriče odlukom u formi rešenja (čl. 297 st. 3 ZP). Kada je reč o maloletniku ZP ne predviđa da se ova zaštitna mera ne može izreći uz vaspitne mere posebnih obaveza, kao što to čini Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica.<sup>36</sup> Takvoj zabrani bi imalo mesta i u našem prekršajnom pravu, jer se odgovarajući tretman maloletnicima koji imaju problem sa zavisnošću može pružiti i vaspitnim merama posebnih obaveza (čl. 76 st. 1 tač. 4 ZP).

Ova zaštitna mera može najduže trajati do jedne godine, a njeno izvršenje će se obustaviti i pre isteka vremena određenog u presudi ako zdravstvena organizacija ustanovi da je lečenje završeno (čl. 59 st. 4 ZP). Nije jasno po kojem sistemu je uređeno njenо trajanje. Kod ekvivalentnih mera bezbednosti iz čl. 83 i 84 KZ prihvaćen je sistem relativno neodređenog trajanja, tako da one načelno traju dok postoji potreba za lečenjem, ali ne duže od njihovog zakonom predviđenog maksimuma, što dalje znači da se u presudi kojom se one izriču ne određuje, tj. ne precizira vreme njihovog konkretnog trajanja, već se samo konstatiše prethodno rečeno, tj. navodi se zakonski tekst kojim se uređuje vreme njihovog trajanja.<sup>37</sup> Odredba čl. 59 st. 4 ZP, međutim, dopušta da se u presudi tačno opredeli vreme koje je potrebno za lečenja, jer se kaže da se može obustaviti „pre isteka vremena određenog u presudi“. U literaturi se tim povodom navodi da sud ne treba da ograniči maksimalno trajanje ove mере, već ono treba da bude uslovljeno uspehom u lečenju, dok u pogledu minimuma njenog trajanja najčešće se koristi ono koje je prema mišljenju veštaka neophodno za otklanjanje opasnosti, ali da to minimalno vreme ne obavezuje zdravstvenu ustanovu, jer se izvršenje mере može obustaviti i pre vremena određenog u presudi, ukoliko zdravstvena ustanova utvrdi da je lečenje uspešno završeno.<sup>38</sup> Držimo da bi, imajući u vidu medicinsku prirodu ove zaštitne mере, najispravnije bilo, iako odredba čl. 59 st. 4 dopušta drugačije tumačenje, da se u presudi, isto kao kod ekvivalentnih mera bezbednosti, samo konstatiše da zaštitna mera obaveznog lečenja zavisnika od alkohola i psihohaktivnih supstanci traje najduže do jedne godine i da se njeno izvršenje može obustaviti i pre tog roka ako zdravstvena organizacija ustanovi da je lečenje završeno. Bilo bi korisno da se u nekoj budućoj reviziji ZP ovakav način trajanja ove zaštitne mere nedvosmisleno propiše, jer isti odgovara njihovoj medicinskoj prirodi, dok postojeća odredba dopušta različita tumačenja.

---

<sup>36</sup> Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005.

<sup>37</sup> O tome, kao i o primerima iz sudske prakse povodom ovog pitanja vid.: E. Ćorović (2009), 386-387.

<sup>38</sup> I. Vuković, 118.

Prilikom izricanja obaveznog lečenja zavisnika od alkohola i psihoaktivnih supstanci sud će naložiti obavezno lečenje u odgovarajućoj zdravstvenoj ili drugoj specijalizovanoj ustanovi (čl. 59 st. 3 ZP). Isto kao kod ekvivalentnih mera bezbednosti (čl. 83 st. 6 i čl. 84 st. 5 KZ) zakonodavac koristi formulaciju „zdravstvena ili druga specijalizovana ustanova“. Pošto je reč o lečenju zavisnika, logično bi bilo da se ono sprovodi u zdravstvenoj ustanovi, bilo opšteg tipa (gde postoje psihijatrijsko odjeljenje) bilo specijalizovanog tipa (psihijatrijskoj ustanovi ili, još uže, ustanovi za bolesti). Može se postaviti pitanje šta se smatra pod „drugom specijalizovanom ustanovom“? Ovu formulaciju treba razumeti na način da ona podrazumeva, na primer, Specijalnu zatvorskiju bolnicu, jer navedena ustanova nije zdravstvena već zatvorska (čl. 13 st. 1 tač. 4 ZIKS).<sup>39</sup>

Što se tiče izvršenja ove zaštitne mere, ono zavisi od vrste prekršajne sankcije uz koju je izrečeno, mada postoje izvesne nedoumice u ovom pravcu.<sup>40</sup> Ako je predmetna zaštitna mera izrečena uz zatvor ili maloletnički zatvor onda se izvršenje sprovodi „hospitalno“ tj. u odgovarajućoj zatvorskoj ustanovi.<sup>41</sup> To bi bila pomenuta Specijalna zatvorskija bolnica koja služi, između ostalog, i za izvršenje ekvivalentnih mera bezbednosti (čl. 13 st. 1 tač. 4 ZIKS), te bi se na osnovu čl. 233 ZIKS-a u njoj mogla izvršiti i zaštitna mera obaveznog lečenja zavisnika od alkohola i psihoaktivnih supstanci.<sup>42</sup> Treba imati u vidu i da je Uredbom o planu mreže zdravstvenih ustanova<sup>43</sup> predviđeno da određene zdravstvene ustanove namenjene psihijatrijskom lečenju pružaju usluge, između ostalog, za lečenje bolesti zavisnosti, kao i da služe potrebama forenzičke psihijatrije. U Uredbi su posebna pravila posvećena i organizaciji lečenja zavisnika od droga (čl. 35g-35d), koje se, između ostalog, može spovoditi i u stacionarnim zdravstvenim ustanovama i može, između ostalog, obuhvatati kratkotrajnu i produženu hospitalizaciju.

ZP ne daje odgovor na dva pitanja u slučaju kada je ova zaštitna mera izrečena uz kaznu zatvora: prvo, koja se od ove dve prekršajne sankcije prvo izvršava i da li se vrši uračunavanje jedne sankcije u drugu,<sup>44</sup> drugo, da li izrečena

---

<sup>39</sup> U čl. 36 st. 2 Zakona o zdravstvenoj zaštiti – ZZZ, *Službeni glasnik RS*, br. 25/2019, predviđeno je, između ostalog, da zavodi za izvršenje krivičnih sankcija mogu obavljati poslove zdravstvene delatnosti za korisnike usluga te ustanove, ako Ministarstvo zdravlja utvrdi da ispunjavaju propisane uslove za određenu vrstu zdravstvene ustanove.

<sup>40</sup> I. Milić, 269-270.

<sup>41</sup> I. Vuković, 119.

<sup>42</sup> Pravilnik o upućivanju osuđenih, prekršajno kažnjениh i pritvorenih lica u zavode za izvršenje krivičnih sankcija (*Službeni glasnik RS*, br. 31/2015) taksativno navodi za svaku ustanovu koje se krivične i prekršajne kazne, kao i mera pritvora, u njoj izvršavaju, ali u delu koji je posvećen Specijalnoj zatvorskoj bolnici navodi samo ekvivalentne mere bezbednosti, a ne i ovu zaštitnu mjeru.

<sup>43</sup> Uredba o planu mreže zdravstvenih ustanova, *Službeni glasnik RS*, br. 42/06, 119/07, 84/08, 71/09, 85/09, 24/10, 6/12, 37/12, 8/14, 92/15, 111/17, 114/17 – ispr., 13/18, 15/18 – ispr. i 68/2019.

<sup>44</sup> I. Milić, 268-269.

zaštitna mera može trajati druže od izrečene kazne zatvora.<sup>45</sup> U odsustvu izričitih zakonskih odredaba treba uzeti da se, u nekim slučajevima, zaštitna mera i zatvor paralelno izvršavaju, kao na primer u slučaju kada se izvršenje sprovodi u Specijalnoj zatvorskoj bolnici. Ako se pak ne izvršava u toj ustanovi, već u nekoj zdravstvenoj, a reč je o hospitalnom lečenju, prvo bi se trebala izvršiti zaštitna mera, a potom kazna zatvora (vikarijski sistem) u koju bi se uračunalo vreme provedeno na lečenju jer je ipak reč o odgovarajućem prinudnom lišenju slobode. U odsustvu izričite zakonske odredbe smatramo da lečenje u hospitalnim uslovima ne može trajati duže od izrečene kazne zatvora, jer bi se time *de facto* produžilo vreme lišenja slobode, što bi bilo na štetu prekršajno kažnjenog lica. U takvom slučaju trebalo bi prekršajno kažnjeno lice, po izdržanoj kazni zatvora, odnosno izvršenom hospitalnom lečenju koje se uračunava u kaznu, uputiti na lečenje na slobodi. Naravno, ova pitanja trebaju da budu predmet budućih novela ZP.

Ukoliko je ova zaštitna mera izrečena uz novčanu kaznu, rad u javnom interesu, opomenu ili vaspitnu meru treba uzeti da se ona izvršava na slobodi, tj. radi se o ambulantnom tretmanu u zdravstvenoj ili drugoj specijalizovanoj ustanovi (u ovom drugom slučaju ne može se raditi o Specijalnoj zatvorskoj bolnici). Ako učinilac prekršaja bez opravdanih razloga odbije lečenje, ZP propisuje da će se mera izvršiti prinudnim putem (čl. 59 st. 3). ZP ne određuje koliko u ovom slučaju prinudno lečenje može najduže trajati. U svakom slučaju ne može trajati duže od jedne godine koliko iznosi maksimalno trajanje ove mere. Ovde se radi o svojevrsnom „konvertovanju“ lečenja na slobodi u stacionarno lečenje „radi „disciplinovanja“ neposlušnog pacijenta koji ne sarađuje u procesu sopstvenog lečenja“.<sup>46</sup> Zato je legitimitet ove odredbe prilično sporan.

### 3. OBAVEZNO PSIHIJATRIJSKO LEČENJE

Ova zaštitna mera je uvedena važećim ZP iz 2013. godine. Naše ranije prekršajno zakonodavstvo nije je poznavalo. Svoj uzor (model) ima u meri bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja na slobodi. Namenjena je neuračunljivim i bitno smanjeno uračunljivim učiniocima prekršaja.

Prema odredbama čl. 60 st. 1 i 3 ZP obavezno psihijatrijsko lečenje može se izreći pod sledećim uslovima:<sup>47</sup> 1) *učinilac mora u vreme izvršenja prekršaja biti neuračunljiv ili bitno smanjeno uračunljiv; 2) mora se utvrditi da postoji ozbilj-*

---

<sup>45</sup> I. Vuković, 119.

<sup>46</sup> Tako Drakić u vezi sa merom bezbednosti iz čl. 82 KZ i zaštitnom merom iz čl. 60 ZP. Vid.: Dragiša Drakić, „Prinudno zadržavanje lica sa duševnim poremećajima u kaznenom pravu Srbije“, *Zbornik radova PFNS* 2/2015, 643-644. Isto se, međutim, odnosi i na situaciju koju obraćalažemo.

<sup>47</sup> D. Jovašević, D. Miladinović Stefanović, 104.

*na opasnost da će učinilac ponoviti prekršaj; 3) da je radi otklanjanja opasnosti potrebno učinioćevo psihijatrijsko lečenje.*

Neuračunljivost odnosno bitno smanjenu uračunljivost treba razumeti u smislu čl. 19 st. 2 i 3 ZP. Ovi instituti su regulisani identično kao u KZ i postoje kada učinilac usled duševne bolesti, privremene duševne poremećenosti, zaostalog duševnog razvoja ili druge teže duševne poremećenosti nije mogao da shvati značaj svog postupka ili nije mogao da upravlja svojim postupcima (neuračunljivost), odnosno kada mu je sposobnost da shvati značaj svog dela ili sposobnost da upravlja svojim postupcima bila bitno smanjena usled nekog od pomenutih uzroka (bitno smanjena uračunljivost). U slučaju neuračunljivosti učinilac nije prekršajno odgovoran (čl. 19 st. 1 ZP), tako da obavezno psihijatrijsko lečenje predstavlja jedinu prekršajnu sankciju koja se samostalno može izreći jednom ovakvom učiniocu (čl. 60 st. 2 ZP). Međutim, ZP ne navodi koje se sve zaštitne mere mogu izreći uz obavezno psihijatrijsko lečenje neuračunljivom učiniocu, kao što je to predviđeno u čl. 80 st. 2 KZ za slučaj kada je neuračunljivom učiniocu izrečena neka od psihijatrijskih mera bezbednosti. Otuda se može izvesti zaključak da se neuračunljivom učiniocu prekršaja kome je izrečeno obavezno psihijatrijsko lečenje mogu izreći sve ostale zaštitne mere pod uslovom da su ispunjeni zakonski uslovi (čl. 53 st. 1 ZP). Bilo bi korisno preispitati da li je ovako rešenje dobro, jer nije baš logično da se prema neuračunljivom učiniocu prekršaja može izreći širi opseg zaštitnih mera od neuračunljivog učinioca u krivičnom pravu za koga je predviđen uži spektar mera bezbednosti.

S druge strane, ukoliko je učinilac prekršaja u vreme njegovog izvršenja bio bitno smanjeno uračunljiv on je prekršajno odgovoran i njemu se obavezno psihijatrijsko lečenje može izreći uz novčanu kaznu, rad u javnom interesu, opomenu i oslobođenje od kazne (čl. 60 st. 3 ZP). To znači da je u ovom slučaju predmetna mera supplementarnog karaktera.

Za razliku od prethodne mera, kod obavezognog psihijatrijskog lečenja zakonodavac zahteva ozbiljnu opasnost ponavljanja prekršaja, što u smislu već rečenog treba razumeti kao visok stepen verovatnoće ponavljanja prekršaja. Ako nije utvrđen visok stepen verovatnoće ponavljanja prekršaja, onda se ova zaštitna mera ne može izreći.<sup>48</sup>

Sledeći uslov zahteva da je, radi otklanjanja učiniočeve opasnosti, potrebno njegovo psihijatrijsko lečenje. Ovaj uslov je postavljen na sličan način kao kod mera bezbednosti obavezognog psihijatrijskog lečenja i čuvanja u zdravstvenoj ustanovi iz čl. 81 KZ. Uslov treba razumeti u smislu da otklanjanje opasnosti nije moguće bez određivanja mere lečenja.<sup>49</sup>

<sup>48</sup> I. Vuković, 120.

<sup>49</sup> Ibid.

Da bi se utvrdilo da li je učinilac neuračunljiv ili bitno smanjeno uračunljiv, neophodno je da se obavi psihijatrijsko veštačenje. U čl. 222 st. 3 ZP je propisano da će se odrediti psihijatrijsko veštačenje pregledom ili posmatranjem u zdravstvenoj ustanovi ukoliko postoji sumnja u uračunljivost okrivljenog. Bliže odredbe o ovoj vrsti veštačenja nisu propisane. Shodnom primenom čl. 132 st. 1 ZKP veštak bi trebao: 1) ustanovi da li je u vreme izvršenja prekršaja kod okrivljenog postojala duševna bolest, privremena duševna poremećenost, zaostali duševni razvoj ili druga teža duševna poremećenost, 2) da odredi prirodu, vrstu, stepen i trajnost poremećenosti i 3) da dâ mišljenje o uticaju takvog duševnog stanja na sposobnost okrivljenog da shvati značaj svoga dela ili da upravlja svojim postupcima. S obzirom da ZP ne predviđa koliko može trajati psihijatrijsko veštačenje koje se obavlja posmatranjem u zdravstvenoj ustanovi, ima mesta i shodnoj primeni čl. 122 ZKP, tako da prema st. 2 ovog člana smeštaj može trajati najduže do 15 dana, s tim da se izuzetno, na obrazloženi predlog veštaka i po pribavljenom mišljenju rukovodioca zdravstvene ustanove, može produžiti najduže za još 15 dana.

Kod ove zaštitne mere postoje brojni procesni problemi ukoliko se ona izriče neuračunljivom licu koje je učinilo prekršaj. ZP ne propisuje poseban postupak za tu pravnu situaciju, a shodna primena ZKP teško da bi mogla doći u obzir. Naime, ZKP kod izricanja psihijatrijskih mera bezbednosti neuračunljivim učiniocima protivpravnih dela koja su zakonom određena kao krivična dela predviđa posebnu vrstu optužbe (predlog za izricanje mere bezbednosti, čl. 2 st. 1 tač. 10 ZKP), titular ove optužbe je jedino javni tužilac, okrivljeni mora imati branioca (obavezna odbrana), mera bezbednosti se izriče rešenjem i postoje još neka procesna pravila tog postupka koja se razlikuju od osnovne krivične procedure.<sup>50</sup> S druge strane, ZP poznaje samo jednu vrstu prekršajne optužbe, to je zahtev za pokretanje prekršajnog postupka, javni tužilac je samo jedan od mogućih podnosioca ovog zahteva, u prekršajnom postupku ne postoji obavezna odbrana niti se punoletnim licima mogu izricati prekršajne sankcije odlukom u formi rešenja. O ovim okolnostima se očigledno nije vodilo računa prilikom propisivanja predmetne zaštitne mere.<sup>51</sup> Ovih problema neće biti ukoliko se prekršajni postupak vodi protiv bitno smanjeno uračunljivog učinioca, jer je u tom slučaju ova sankcija dopunskog karaktera i nema odstupanja od opšte prekršajne procedure (izuzev što mora biti psihijatrijskog veštačenja), a prekršajni sud bi ovu zaštitnu meru mogao (tačnije dužan je, jer ZP koristi formulaciju „sud će izreći“) izreći presudom i kada njeno izricanje nije predloženo od strane podnosioca zahteva za pokretanje prekršajnog postupka.<sup>52</sup>

<sup>50</sup> Detaljno o tom postupku: Snežana Brkić, „Postupak za izricanje mera bezbednosti obveznog psihijatrijskog lečenja i njegov odnos prema opštem i skraćenom krivičnom postupku“, *Zbornik radova PFNS* 2/2018, 477-490.

<sup>51</sup> O tome vid.: I. Vuković, 121.

<sup>52</sup> Ovo važi za krivični postupak ukoliko je okrivljeni bitno smanjeno uračunljiv, pa se shodno treba primeniti i na prekršajni postupak. Vid.: S. Brkić (2018), 478; Snežana Brkić, *Krivično procesno pravo II*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad 2013, 279.

Obavezno psihiatrijsko lečenje se sprovodi na slobodi i traje dok postoji potreba lečenja, ali ne duže od jedne godine (čl. 60 st. 4 ZP). Prema tome, zakonodavac prihvata sistem relativno neodredenog trajanja, što znači da se u sudske odluci ne određuje konkretno trajanje ove mere (traje dok postoji potreba za lečenjem), ali je limitirano njeno maksimalno trajanje (do jedne godine). Međutim, ZP ne određuje period u kojem se obavlaju periodične kontrole na osnovu kojih se procenjuje da li je psihiatrijsko lečenje i dalje potrebno. Zato bi trebalo shodno primeniti čl. 204 ZIKS-a po kojoj je zdravstvena ustanova obavezna da najmanje svakih šest meseci obaveštava prekršajni sud koji je izrekao ovu zaštitnu meru o zdravstvenom stanju lica koje je na lečenju, kao i o eventualnom završetku lečenja.

S obzirom da se lečenje sprovodi na slobodi, ZP u čl. 60 st. 6 propisuje da će se odrediti da se zaštitna mera sprovede u zdravstvenoj ustanovi (ne spominju se druge ustanove) ukoliko se učinilac ne podvrgne lečenju na slobodi ili ga samovoljno napusti. Pri tome, u potonjoj odredbi se upućuje na st. 4 istog člana koji je prethodno naveden. Time se lečenje na slobodi „konvertuje“ u stacionarno lečenje koje takođe traje „dok postoji potreba za lečenjem, ali ne duže od jedne godine“.<sup>53</sup> Takvo rešenje je protivrečno istoj toj odredbi st. 4, jer u njoj izričito stoji da se ova zaštitna mera sprovodi na slobodi. Legitimitet ovog rešenja je sporan, jer se stacionarno lečenje određuje iz disciplinskih razloga.<sup>54</sup>

Pored navedenog, ZP u st. 5 čl. 60 propisuje da se, radi uspešnijeg lečenja, može odrediti da se povremeno lečenje sprovede u zdravstvenoj ustanovi (ne i u nekoj drugoj ustanovi) s tim da neprekidno lečenje u ustanovi ne može trajati duže od 15 dana, a može biti preduzeto najviše dva puta u toku godine.

U literaturi se spominje jedna prilično sporna situacija koja se može ticati neuračunljivih učinilaca prekršaja. Naime, može se desiti da se neuračunljivom učiniocu izda prekršajni nalog za prekršaj za koji je propisana novčana kazna u fiksnom iznosu.<sup>55</sup> Time dolazi do kažnjavanja lica koje je nije prekršajno odgovorno, a ono bi, eventualno, moglo biti samo subjekt zaštitne mere o kojoj je ovde reč. Ovim se otvara pitanje kako treba urediti postupak sa prekršajnim nalogom ukoliko službeno lice koje je ovlašćeno da ga izda posumnja u uračunljivost učinjocu? Navedenoj problematici takođe treba posvetiti pažnju, jer se postojećim rešenjem zadire u princip individualne subjektivne odgovornosti u meri u kojoj to ne bi smelo biti dopušteno.

#### 4. UMESTO ZAKLJUČKA

Postojeća regulativa medicinskih zaštitnih mera u srpskom prekršajnom zakonodavstvu nije zadovoljavajuća. Videli smo da neka pitanja nisu uopšte regulisana,

<sup>53</sup> Isto: Igor Vuković, 121; Branislav Ristivojević, Ivan Milić, 83.

<sup>54</sup> D. Drakić (2015), 644.

<sup>55</sup> Branislav Ristivojević, Ivan Milić, 82-83.

određene odredbe su pravno-tehnički veoma loše postavljene, a neke su prilično nedorečene. Nismo ulazili u neka suštinska pitanja koja pojedini teoretičari postavljaju, kao na primer, da li je maksimalni rok od godinu dana koliko ove mere mogu trajati dovoljan za lečenje (da ne kažemo izlečenje) učinilaca prekršaja prema kojima se izvršavaju, naročito ukoliko se radi o psihijatrijskom lečenju.<sup>56</sup> S druge strane, toliki (kratki) rok trajanja ovih mera otvara pitanje da li je celishodna primena odredaba o periodičnoj kontroli medicinskih mera bezbednosti na medicinske zaštitne mere, koja je, kao što je predstavljeno, (najmanje) šestomesecna tako se formalno posmatrano može samo jednom izvršiti tokom njihovog trajanja (u prvih šest meseci, jer protekom narednih šest „istiće“ njihov zakonom predviđeni maksimum). To nije samo tehničko pitanje. To je pitanje ljudskih prava, prava lica lišenih slobode, kao i prava na adekvatnu zdravstvenu zaštitu.

Zbog toga se u nekoj narednoj reformi našeg prekršajnjog zakonodavstva mora voditi računa o svemu prethodno rečenom. Jer, ne treba zaboraviti da smo na polju kaznenog prava i primene represivnih mera, tako da se ova materija mora urediti na pravno zadovoljavajući način i, s obzirom da je reč o lečenju odrđenih lica, uz poštovanje dostignuća medicinske nauke i prakse.

## LITERATURA I IZVORI

- Bejatović Stanko, *Osnovi prekršajnjog prava (materijalni, procesni i izvršni aspekt)*, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu – Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, Beograd 2013.
- Brkić Snežana, *Krivično procesno pravo II*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad 2013.
- Brkić Snežana, „Postupak za izricanje mera bezbednosti obaveznog psihijatrijskog lečenja i njegov odnos prema opštem i skraćenom krivičnom postupku“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2018.
- Vuković Igor, *Prekršajno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015.
- Drakić Dragiša, *Mere bezbednosti psihijatrijskog karaktera u krivičnom pravu Srbije*, Prosveta, Novi Sad 2005.
- Drakić Dragiša, „„Društvena opasnost“ učinioца i krivično pravo, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2007.
- Drakić Dragiša, „Mere bezbednosti obaveznog lečenja narkomana i lakoholičara u novom Krivičnom zakoniku Srbije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1-2/2008.
- Drakić Dragiša, „Prinudno zadržavanje lica sa duševnim poremećajima u kaznenom pravu Srbije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 2/2015.
- Đordjević Đorđe, *Prekršajno pravo*, Kriminalističko-poličijska akademija, Beograd 2008.

---

<sup>56</sup> D. Drakić (2015), 643-644; B. Ristivojević, I. Milić, 83, fn. 171.

- Jovanović Petar, Ćurčić Slobodan, Milosavčević Vidoje, „Prilog definiciji alkoholizma“, *Psihijatrija danas* 2-3/2000.
- Jovašević Dragan, Stefanović Miladinović Dušica, *Prekršajno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, Niš 2018.
- Kušević Vladimir, *Zlopotreba droga*, Republički sekreterijat za unutrašnje poslove SR Hrvatske, Zagreb 1988.
- Lazarević Ljubiša, „Mere bezbednosti“, *Savetovanje Reforma opšteg dela KZ SFRJ i savremene tendencije u jugoslovenskom krivičnom pravu*, maj 1991. godine, Institut za kriminološka i sociološka istraživanja, Budva.
- Milivojević Lana, *Prekršajno pravo i materijalnopravne odredbe Prekršajnog zakona*, Ministarstvo unutarnjih poslova Republike Hrvatske – Policijska akademija, Zagreb 2018.
- Milić Ivan, „Novi Zakon o prekršajima i stari problemi sa zaštitnom merom obaveznog lečenja zavisnika od alkohola i psihoaktivnih supstanci“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1/2014.
- Oset Snežana, „Prekršajnopravne sankcije de lege lata i de lege ferenda – primjena i izvršenje“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* 2/2005.
- Pihler Stanko, „Novele opštih ustanova u krivičnom zakonodavstvu Srbije“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2005.
- Pihler Stanko, „Osrt na odredbe o prekršajnoj odgovornosti i prekršajnim sankcijama u novom Zakonu o prekršajima“, *Zbornik radova Novine u oblasti prekršajne prakse*, 2006., Beograd, Glosarium, Beograd.
- Petrović Stevan, *Droga i ljudsko ponašanje*, Partenon, Beograd 2003.
- Radulović Darko, „Sistem krivičnih sankcija u Krivičnom zakoniku Crne Gore i zaštita od diskriminacije“, *Međunarodna naučna konferencija Pravni sistem i zaštita od diskriminacije*, jun 2015, Pravni fakultet Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, druga sveska, Kosovska Mitrovica.
- Ristivojević Branislav, Milić Ivan, *Osnovi prekršajnog prava*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad 2018.
- Soković Snežana, „Sporna pitanja izricanja mera bezbednosti medicinskog karaktera“, *Crimen* 3/2017 – *Revija za krivično pravo i kriminologiju* (RKK) 2-3/2017, Srzentić Nikola, Stajić Aleksandar, Lazarević Ljubiša, *Krivično pravo SFRJ: Opšti deo*, Savremena administracija, Beograd 1997.
- Stojanović Zoran, „Mere bezbednosti u jugoslovenskom krivičnom pravu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1-3/1985.
- Stojanović Zoran, *Krivično pravo: Opšti deo*, Pravna knjiga, Beograd 2016.
- Tomašević Goran, *Mjere sigurnosti u krivičnom pravu*, Književni krug-Pravni fakultet, Split 1986.
- Ćorović Emir, „Postupak izricanja mera bezbednosti obaveznog lečenja narkomana i obaveznog lečenja alkoholičara“, *Branič* 3-4/2009.
- Ćorović Emir, „Mere bezbednosti obaveznog lečenja narkomana i obaveznog lečenja alkoholičara u sudskoj praksi“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 3/2009.
- Ćorović Emir, *Mere bezbednosti obaveznog lečenja narkomana i alkoholičara*, Doktorska disertacija, Novi Sad 2010.

Ćorović Emir, *Prekršajno pravo (prema Zakonu o prekršajima iz 2013. godine)*, Autorizovana predavanja, Novi Pazar 2015, [http://www.dunp.np.ac.rs/wp-content/uploads/2018/11/prekpra\\_ap.pdf](http://www.dunp.np.ac.rs/wp-content/uploads/2018/11/prekpra_ap.pdf), 13.10.2019.

Ćorović Emir, *Sistem krivičnih sankcija Republike Srbije*, Autorsko izdanje-Sven, Novi Pazar – Niš 2015.

Šeparović Zvonimir, „Sustav krivičnih sankcija u novom krivičnom zakonodavstvu Jugoslavije“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Banjoj Luci* 1977.

### *Propisi*

Krivični zakonik, *Službeni glasnik RS*, br. 85/05, 88/05-ispravka, 107/05-ispravka, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 i 35/19.

Krivični zakon Jugoslavije – Osnovni krivični zakon, *Službeni list SFRJ*, br. 44/76, 46/77, 34/84, 37/84, 74/87, 57/89, 3/90, 38/90, 45/90 i 54/90, *Službeni list SRJ*, br. 35/92, 16/93, 31/93, 37/93, 24/94 i 61/01, *Službeni glasnik RS*, br. 39/03.

Zakon o zdravstvenoj zaštiti, *Službeni glasnik RS*, br. 25/2019

Zakon o izvršenju krivičnih sankcija, *Službeni glasnik RS*, br. 55/14 i 35/19

Zakon o maloletnim učinocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005.

Zakon o prekršajima, *Službeni glasnik SRS*, br. 44/89, *Službeni glasnik RS*, br. 21/90, 11/92, 6/93, 20/93, 53/93, 67/93, 28/94, 16/97, 37/97, 36/98, 44/98, 62/01, 65/01 i 55/04.

Zakon o prekršajima, *Službeni glasnik RS*, br. 101/05, 116/08 i 111/09.

Zakon o prekršajima, *Službeni glasnik RS*, br. 65/13, 13/16 i 98/16 – odluka Ustavnog suda.

Zakon o psihoaktivnim kontrolisanim supstancama, *Službeni glasnik RS*, br. 99/10 i 57/2018

Zakonik o krivičnom postupku- ZKP, *Službeni glasnik RS*, br. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 55/14 i 35/19.

Uredba o planu mreže zdravstvenih ustanova, *Službeni glasnik RS*, br. 42/06, 119/07, 84/08, 71/09, 85/09, 24/10, 6/12, 37/12, 8/14, 92/15, 111/17, 114/17 – ispr., 13/18, 15/18 – ispr. i 68/2019.

Pravilnik o upućivanju osuđenih, prekršajno kažnjениh i pritvorenih lica u zavode za izvršenje krivičnih sankcija, *Službeni glasnik RS*, br. 31/2015.

Kazneni zakon Hrvatske (1997), [https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/1997\\_10\\_110\\_1668.html](https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/1997_10_110_1668.html) 10. oktobar 2019.

Kazneni zakon Hrvatske (2011), <https://www.zakon.hr/z/98/Kazneni-zakon>, 10. oktobar 2019.

Zakon o prekršajima Hrvatske (2002), [https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2002\\_07\\_88\\_1462.html](https://narodne-novine.nn.hr/clanci/sluzbeni/2002_07_88_1462.html), 10. oktobar 2019.

Prekršajni zakon Hrvatske (2007), <https://www.zakon.hr/z/52/Prekr%C5%A1ajni-zakon>, 10. oktobar 2019.

Zakon o prekršajima Crne Gore, <https://www.paragraf.me/propisi-crnegore/zakon-o-prekrasajima.html>, 12. oktobar 2019.

Emir A. Ćorović, Ph.D., Associate Professor  
State University of Novi Pazar  
Department of Law Sciences  
ecorovic@np.ac.rs

## Reflection upon Protective Measures of Medical Character in Serbian Misdemeanor Law<sup>57</sup>

**Abstract:** In the system of protective measures, the Serbian Law on Misdemeanor stipulates two measures of medical character: mandatory treatment of alcohol and psychoactive substances addicts (article 59) and mandatory psychiatric treatment (article 60). This last protective measure was not recognized by previous misdemeanor legislature, so it was introduced by the current Law on Misdemeanor back in 2013. Mandatory treatment of alcohol and psychoactive substances addicts is designed for misdemeanor perpetrators who are addicted to them, and mandatory psychiatric treatment is designed for incalculable perpetrators and perpetrators with significantly decreased sanity. These protective measures have similarities with medical security measures from Criminal Code, such as mandatory psychiatric treatment and confinement in a psychiatric institution (article 82), mandatory psychiatric treatment at large (article 82), mandatory treatment of drug addicts (article 83) and mandatory treatment of alcohol addicts (article 84). Their similarity also has a legislative cover, for in article 233 of the Law on Implementation of Criminal Sanctions of Serbia it is stipulated that legal provisions of this law about security measures are accordingly applied on implementation of protective measures issued for a misdemeanor.

Regardless of conceptual similarity between medical protective measures and medical security measures, there are certain significant differences in their regulative. Firstly, the purpose of security measures is to remove “a states” or “conditions” which can affect the repeated crime (article 78 of The Criminal Code), while the purpose of protective measures is to remove “conditions” which can affect repeated misdemeanor (article 51, §1 of The Law on Misdemeanor). It is not clear why the legislator did not stipulate with protective measures as well that they remove “a states”, for this is exactly the basis for medical security measures, which should relate to medical protective measures. Secondly, the Criminal Code has formally separated drug addict treatment from alcohol addict treatment, under the excuse that these are two different types of addiction, while the

---

<sup>57</sup> This paper has been presented at the International Scientific Conference *Legal Tradition and New Legal Challenges*, held on October 3<sup>rd</sup> and 4<sup>th</sup>, 2019, at the University of Novi Sad Faculty of Law.

*Law on Misdemeanor stipulated a single protective measure for both these categories of addicts. One can ask why the legislator stipulated two different concepts for similar measures? In the end, with protective measure of mandatory psychiatric treatment the legislator did not stipulate a separate procedure of requirement, what was the case with psychiatric security measures in the Criminal Procedure Code, which regulates the procedure of their provision in detail. Although the Law on Misdemeanor in its processual provisions leads to an adequate application of the Criminal Procedure Code, stipulations of the Code which refer to the procedure of introducing psychiatric security measures can hardly be applied on the procedure of introduction of protective measure of mandatory psychiatric treatment. This comes from the fact that the Criminal Procedure Code stipulated special processual rules referring to psychiatric security measures (the so-called special criminal procedure), which largely differ from general criminal procedure. These differences in procedure apparently were not been considered when the protective measures of mandatory psychiatric treatment were passed.*

**Keywords:** *misdemeanor law, medical protective measures, medical security measures.*

Datum prijema rada: 18.10.2019.

*Dr Katarina G. Dolović Bojić, docent  
Univerzitet u Beogradu  
Pravni fakultet u Beogradu  
k.dolovic@ius.bg.ac.rs*

## ODRŽAJ KAO NAČIN STICANJA PRAVA STVARNE SLUŽBENOSTI\*

**Sažetak:** Stvarne službenosti su, čini se, tema koja je neopravданo zapostavljena u teorijskim radovima naših pravnika. Oblast stvarnih službenosti mnogi smatraju suviše „ruralnom“ i ne toliko korisnom za današnje vreme, te iz tog razloga i nezanimljivom da bi se njome bavili. S druge strane, institut održaja polako odlazi u istoriju, kao kategorija koja gubi svoj značaj u vremenu uredno vođenih registara nepokretnosti, ali naglašavamo, ipak je to više slučaj kod sticanja prava svojine.

Upravo zapostavljenost pomenuta dva instituta inspirisala je autora da ih spoji u jednu temu te pokuša da pokaze da institut održaja kod stvarnih službenosti ima značajno polje primene, imajući u vidu brojnost situacija na koje se u praksi može primeniti, kao i da stvarne službenosti kao stvarna prava na tuđim stvarima, te svojevrstan vid opterećenja prava svojine, sa specifičnom pravnom prirodom negativnih stvarnih službenosti i te kako zavređuju pažnju.

**Ključne reči:** stvarne službenosti, održaj, ispravnost državine, savesnost državine, zakonitost državine.

### 1. UVOD

Stvarne službenosti kao stvarna prava na tuđim stvarima regulisane su Zakonom o osnovama svojinsko-pravnih odnosa<sup>1</sup>. Članom 51 Zakona propisano je da se stvarne službenosti zasnivaju pravnim poslom, odlukom državnog organa i

---

\* Rad predstavlja rezultat rada na projektu Pravnog fakulteta pod nazivom „Identitetski preobražaj Srbije“.

Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa – ZOSO, *Službeni list SFRJ*, br. 6/80 i 36/90, *Službeni list SRJ*, br. 29/96 i *Službeni glasnik RS* br. 115/2005 – dr. zakon.

održajem. Održaju kao načinu sticanja prava stvarne službenosti posvećen je čl. 54 ZOSO. Na prvi pogled, moglo bi se reći da je pomenuti član najblaže rečeno „jasan“. Međutim, uprkos postojećoj jasnoći koja nenedostaje citiranoj odredbi, nesporno je da čl. 54 otvara niz pitanja u vezi sa tim originarnim načinom sticanja stvarnih službenosti, koja zakonodavac ostavlja otvorenim.

Analiza domaćih i uporednopravnih propisa, sudske prakse, kao i teorijskih stavova, na temu održaja kao načina sticanja stvarnih službenosti nužno nas dovodi do jednog od suštinskih pitanja stvarnog prava – nepovredivosti prava svojine<sup>1</sup>. S jedne strane, same stvarne službenosti predstavljaju stvarno pravo na tuđoj stvari, pa samim tim dovode do opterećenja prava svojine, a s druge strane održaj kao originarni način sticanja prava koji će ograničiti vlasnika u svojim ovlašćenjima, i to pretvaranjem fakata u subjektivno pravo, sam po sebi je „udar“ na pravo svojine.

Tekstovi postojećih Nacrta (Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima<sup>2</sup> i Građanskog zakonika Republike Srbije) koji svakako nisu, i ne zna se da li će ikada postati, deo pozitivnog prava Republike Srbije u mnogome odstupaju od čl. 54 ZOSO. Ideja koja provejava odredbama pomenutih Nacrta posvećenim održaju kod stvarnih službenosti je u, pre svega, detalnjem regulisanju tog pitanja, i to, čini se, po ugledu na regulisanje održaja kao načina sticanja prava svojine na nepokretnostima. Međutim, neka pitanja i dalje ostaju otvorena, a „nova“ rešenja koja Nacrti nude mogu biti dovedena u pitanje.

Temi ćemo pristupiti, najpre, na način što ćemo analizirati odredbe našeg Zakona posvećene održaju kao načinu sticanja prava stvarne službenosti, da bismo nakon toga odredbe tog zakona uporedivali sa odredbama pomenutih Nacrta Zakonika. Zatim ćemo analizirati situacije u kojima sudska praksa smatra da ima mesta primeni instituta održaja kao načina sticanja stvarnih službenosti, te ukazati na probleme sa kojima se sudovi sreću u primeni odredbe čl. 54 ZOSO. Dalje, nastojaćemo da istražimo koji uslovi se u uporednom pravu zahtevaju za primenu instituta održaja u slučaju stvarnih službenosti. Na kraju, nakon analize primene pomenutog instituta na polju stvarnih službenosti, kako u našem tako i u uporednom pravu, iz ugla zakonskih rešenja, sudske prakse i teorije, pokušaćemo da ponudimo način za regulisanje pomenutog instituta u našem pravu.

---

<sup>1</sup> Vid. Dragor Hiber, *Svojina u tranziciji*, Beograd 1988, 9. Izraz „nepovredivost“ autor upotrebljava da označi osobinu svojine izvedenu iz pojma „neograničenosti“ svojine, te naglašava da je „svako ograničenje potencijalna povreda svojine“.

<sup>2</sup> O regulisanju stvarnih službenosti u Nacrtu Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima vid. kod: Danica Popov, „Načela stvarnih službenosti u budućoj kodifikaciji građanskog prava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu (Zbornik radova PFNS)* 2/2014, 117 – 130.

## 2. ODRŽAJ KAO NAČIN STICANJA STVARNIH SLUŽBENOSTI U DOMAĆEM PRAVU

Održaju kao načinu sticanja prava stvarne službenosti Zakon posvećuje samo jedan član. Zakonodavac propisuje da se stvarna službenost stiče održajem „kada je vlasnik povlasnog dobra faktički ostvarivao službenost za vreme od dvadeset godina, a vlasnik poslužnog dobra se tome nije protivio“<sup>3</sup>, te da se stvarna službenost ne može stići na taj način ukoliko je vršena „zlopotrebom poverenja vlasnika ili držaoca poslužnog dobra, silom, prevarom ili ako je službenost ustupljena do opoziva“.<sup>4</sup> U delima naših pravnih teoretičara, ali i presudama sudova naše zemlje, nema spora oko uslova koje zakonodavac zahteva za sticanje službenosti održajem. Naime, u pogledu kvaliteta državine zahteva se samo da državina bude prava, to jest, da ne bude manljiva.<sup>5</sup>

Za razliku od čl. 54 ZOSO, Nacrt Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima<sup>6</sup> posvećuje održaju 4 člana, razlikujući pritom dve vrste održaja – registarski (čl. 328 Nacrta) i vanregistarski (čl. 329 Nacrta). Nacrt posvećuje poseban član dejstvu održaja,<sup>7</sup> ali i roku, priračunavanju, zastoju i prekidu.<sup>8</sup>

Za razliku od Nacrta, a slično čl. 54 ZOSO, Nacrt Građanskog zakonika Republike Srbije<sup>9</sup> ne razlikuje registarski i vanregistarski održaj, ali s druge strane, za razliku od ZOSO (a opet slično Nacrta), u okviru vanregistarskog održaja propisuje različite rokove za sticanje prava u zavisnosti od kvaliteti državine u

---

<sup>3</sup> Čl. 54 st. 1 ZOSO.

<sup>4</sup> Čl. 54 st. 2 ZOSO.

<sup>5</sup> Kada je u pitanju institut održaja čini se da zakonodavac još jedan član posvećuje upravo tom načinu sticanja prava stvarne službenosti. Naime, čl. 56 Zakona predviđeno je da vlasnik povlasnog dobra može zahtevati da se prema vlasniku poslužnog dobra utvrdi postojanje stvarne službenosti. Pravni interes, u smislu citiranog člana, čini se da može imati samo vlasnik povlasnog dobra koji je službenost stekao održajem, a u cilju mogućnosti upisa stečenog prava u katastar nepokretnosti, koji bi mu obezbedio mogućnost suprotstavljanja službenosti svim trećim licima. Nesporno je da ovaj interes neće imati vlasnik povlasnog dobra koji je službenost stekao na osnovu pravnog posla, budući da je u tom slučaju upis u katastar neophodan da bi se službenost uopšte i stekla. S druge strane, imalač službenosti stečene na osnovu sudske odluke trenutkom pravnosnažnosti iste ne samo da stiče službenost, već stiče i mogućnost njenog suprotstavljanja trećima. Vid.: Radenka Cvetić, *Savremena evidencija nepokretnosti*, Novi Sad 2016, 108. Autor ukazuje na specifičnost nastanka službenosti na osnovu sudske odluke. Više o načelu upisa u katastar nepokretnosti vid: Radenka Cvetić, „Domašaj načela upisa i načela pouzdanja u katastar nepokretnosti u našoj sudskoj praksi“, *Zbornik radova PFNS 3/2015*, 1017 – 1036. Vid. i: Jovan Jerković, „Održaj kao osnov sticanja prava realne službenosti“, *Glasnik advokatske komore Vojvodine 9/1994*, Novi Sad, 17.

<sup>6</sup> Ka novom stvarnom pravu Srbije, Nacrt Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima – Nacrt, Ministarstvo pravde Republike Srbije i Nemačka organizacija za tehničku saradnju (GTZ), Beograd 2007.

<sup>7</sup> Čl. 330 Nacrta.

<sup>8</sup> Čl. 331 Nacrta.

<sup>9</sup> <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, 20. februar 2019.

konkretnom slučaju. Oba Nacrta su, čini se, bila vođena idejom skraćivanja rokova u situaciji kada je državina većeg kvaliteta, a po ugledu na podelu na redovni i vanredni održaj kao način sticanja prava svojine.

Takva rešenja pomenutih Nacrta, ipak, nisu nešto novo za naše pravo. U pitanju je „vraćanje“ (odredbe naravno nisu identične budući da srpski<sup>10</sup> i austrijski<sup>11</sup> Građanski zakonici predviđaju analognu primenu odredaba o sticanju prava svojine, ali je ideja ista – razlikovanje više vrsta održaja uz propisivanje različitih rokova s obzirom na kvalitet državine) na odredbe srpskog Građanskog zakonika (i austrijskog) koje su se primenjivale kao pravna pravila na osnovu čl. 4 Zakona o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije, pa sve do 1980. godine kada je stupio na snagu Zakon o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima.

### 3. ODRŽAJ KAO NAČIN STICANJA STVARNIH SLUŽBENOSTI – UPOREDNOPRAVNO

Pođimo najpre od zakonskih rešenja zemalja u regionu. Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske<sup>12</sup> smatra održaj sticanjem prava službenosti na osnovu zakona, te zahteva da državina imaoca povlasnog dobra bude „poštena“. U pogledu ostalih uslova (rok od dvadeset godina, nemanljivost državine, neprotivljenje vlasnika poslužnog dobra) hrvatski Zakon se ne razlikuje od odredbe čl. 54 ZOSO. Dakle, savesnost se zahteva kao nužan uslov, a zakonodavac ne razlikuje više vrsta održaja s obzirom na kvalitete državine. S druge strane, Crna Gora od 2009. godine, donošenjem Zakona o svojinsko-pravnim odnosima,<sup>13</sup> u potpunosti drugačije reguliše ovu materiju. Naime, do donošenja pomenutog Zakona službenost se mogla steći pod istim uslovima kao u našem pravu, a naime, na snazi je bio raniji savezni Zakon o osnovama svojinsko – pravnih odnosa, koji se u Srbiji i dalje primenjuje, samo danas kao republički. U Crnoj Gori, međutim, i dalje postoji mogućnost sticanja službenosti ukoliko je državina samo prava (čl. 54 ZOSO), ali uz još dva nova vida održaja sa propisanim rokovima od deset (zakonita, savesna i prava državina), odnosno petnaest godina (savesna i prava državina). Stvarnopravni zakonik Republike Slovenije ne smatra savesnost neophodnim uslovom za sticanje službenosti održajem, te dozvoljava

---

<sup>10</sup> [https://sr.wikisource.org/sr/Srpski\\_gradanski\\_zakonik\\_-\\_original](https://sr.wikisource.org/sr/Srpski_gradanski_zakonik_-_original).

<sup>11</sup> Austrijski građanski zakonik, preveo Dragoljub Arandelović, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd 1906.

<sup>12</sup> Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatse, Narodne novine br. 81/2015., prečišćen tekst.

<sup>13</sup> Zakon o svojinsko-pravnim odnosima Republike Crne Gore, Službeni list Crne Gore, br. 19/2009.

da službenost bude stečena na isti način kao u našem pravu, protekom roka od deset godina, dok u slučaju savesnosti državine zahteva duplo kraći rok.<sup>14</sup>

Uporedimo li zakonska rešenja Hrvatske, Crne Gore, Slovenije i Srbije videćemo da je pitanje savesnosti kao uslova shvaćeno, a samim tim i regulisano potpuno drugačije. Jedna mogućnost je da, kao što čini domaći zakonodavac, uopšte ne zahteva, a samim tim i ne pominje značaj savesnosti u slučaju sticanja prava stvarne službenosti održajem. Druga mogućnost je da se, kao što čini hrvatski zakonodavac, pojmu savesnosti da značaj neophodnog uslova. Treća mogućnost je ono što čine crnogorski i slovenački zakonodavac, uvođenje više vrsta održaja, s obzirom na ispunjenost/neispunjerenost uslova savesnosti. U poslednjem slučaju moguće su opet dve podvarijante, a u zavisnosti od toga da li se uvodi i treći vid održaja ukoliko je uz savesnost prisutan kvalitet i zakonitosti državine (crnogorski zakon) ili ne (slovenački zakonik). Treća podvarijanta koju ne sadrži nijedan od navedenih zakona/zakonika bila bi uvođenje vrste održaja koja bi propisivala poseban rok u situaciji kada bi državina bila zakonita i prava, ali nesavesna.

Nemački Građanski zakonik poznaje samo registarski ili tzv. tabularni održaj i u slučaju sticanja prava svojine<sup>15</sup> i u slučaju sticanja službenosti<sup>16</sup> održajem.

Anglosaksonsko pravo takođe prihvata održaj kao način sticanja prava stvarne službenosti uz faktičko ostvarivanje prava stvarne službenosti tokom dvadeset godina i ispunjenost uslova u pogledu saglasnosti i korisnosti.<sup>17</sup>

Članom 639 francuskog Code Civila, čiju sadržinu mnogi osporavaju smatrajući je pogrešnom (ne postoji razlog za razdvajanjem službenosti koje nastaju iz prirodnog odnosa nepokretnosti i onih koje nastaju na osnovu zakona) i nepotpunom (ne sadrži sudske, kao ni službenosti nastale na osnovu održaj), propisani su načini za nastanak službenosti.<sup>18</sup> Ipak, Code Civil ne ignoriše službenosti nastale na osnovu održaja (pravne činjenice), već ih razmatra uz one nastale na osnovu pravnog posla (pravnog akta) svrstavajući ih tako u službenosti nastale radnjom čoveka, te propisujući rok od trideset godina za sticanje službenosti održajem.<sup>19</sup>

Francuski građanski zakonik smatra samo vidljive i trajne (kontinuirane)<sup>20</sup> službenosti<sup>21</sup> podobnim za sticanje održajem, a motiv zakonodavca da ne dozvo-

---

<sup>14</sup> Vid. čl. 217 Stvarnopravnog zakonika Republike Slovenije, Uradni list RS, br. 87/02 u 91/13.

<sup>15</sup> Par. 900 st. 1 nemačkog Građanskog zakonika.

<sup>16</sup> Par. 900 st. 2 nemačkog Građanskog zakonika.

<sup>17</sup> Simon Gardner with Emily MacKenzie, *An Introduction To Land Law*, Oxford and Portland 2012, 301.

<sup>18</sup> Christian Larroumet, *Droit Civil, Les Biens, Droit réels principaux*, Paris 2006, 511. Po čl. 639 francuskog Građanskog zakonika stvarne službenosti nastaju iz prirodnog položaja nepokretnosti, na osnovu zakona ili sporazuma između dva vlasnika.

<sup>19</sup> Vidi čl. 686 i 690 francuskog Građanskog zakonika.

<sup>20</sup> Na primer: postavljanje vodovodnih, kanalizacionih cevi, pogled i slično. Christian Atias, *Droit civil, Les biens*, Paris 2014, 326.

<sup>21</sup> Marie – Laure Mathieu, *Droit civil, Les biens*, Paris 2013, 282.

li da nevidljive i povremene službenosti nastanu održajem nalazi se u nedostatku kontinuiteta i publiciteta.<sup>22</sup>

Takav stav zakonodavca je uglavnom kritikovan od strane sudske prakse.<sup>23</sup> Mnogi smatraju da takva pravna strogost ne bi trebalo da spreči „ublažavanja“ koja bi mogla da čini sudska praksa,<sup>24</sup> a posebno iz razloga što motivi pravne strogosti danas polako iščezavaju.<sup>25</sup>

#### 4. NEOPHODNI USLOVI ZA STICANJE PRAVA STVARNE SLUŽBENOSTI PRIMENOM INSTITUTA ODRŽAJA

##### 4.1. Uvod

Uslove neophodne za sticanje službenosti održajem mogli bismo podeliti u dve grupe. U prvoj grupi nalazili bi se uslovi koji nose epitet opštosti, to jest uslovi koji moraju uvek biti ispunjeni da bi pravo službenosti nastalo, i to bez obzira na pravni osnov sticanja. Pored tih opštih morali bi biti ispunjeni i posebni uslovi koji bi se zahtevali samo u slučaju da službenost nastaje održajem.

O opštим uslovima nećemo pisati, jer bismo se tako udaljili od osnovne teme rada. Ipak, istakli bismo da bi u okviru opštih uslova trebalo krenuti od pojma načela restrikcije oličenog u stavu zakonodavca da se „stvarna službenost vrši na način kojim se najmanje opterećuje poslužno dobro“.<sup>26</sup> Pomenuto načelo osim tog svog aspekta, koji bismo mogli nazvati „načelo restrikcije u primeni“ ima još dva svoja aspekta – načelo restrikcije u nastanku i prestanku službenosti. Upravo iz aspekta načela restrikcije u nastanku proizlazi jedan od opštih uslova za nastanak službenosti, koji bismo najkraće opisali pojmom „nužnosti“.<sup>27</sup> O samom odnosu pomenuta dva aspekta, te analogiji koja očigledno postoji u odredbama o nastanku i prestanku službenosti pisaćemo nešto kasnije.<sup>28</sup>

---

<sup>22</sup> Philippe Malaurie, Laurent Aynes, *Les Biens*, Paris 2010, 792.

<sup>23</sup> Jean – Louis Bergel, Marc Bruschi, Sylvie Cimamonti, *Traité de droit civil, Les Biens*, Paris 2010, 388.

<sup>24</sup> P. Malaurie, L. Aynes, *op. cit.*, 355.

<sup>25</sup> *Ibid.*, 357.

<sup>26</sup> Čl. 50 st. 1 ZOSO.

<sup>27</sup> U tom smislu vid: Dragoljub Lazarević, *Službenosti i susedsko pravo*, Beograd 2011, 152. „Faktičko ostvarivanje stvarne službenosti bez stvarne potrebe za njom, ma koliko dugo trajalo, ne može dovesti do sticanja prava stvarne službenosti održajem“.

<sup>28</sup> U tom smislu vid.: Presuda Okružnog suda u Valjevu, Gž. br. 730/93 od 30. juna 1993. godine. „Ako je prema čl. 58 st. 2 ZOSPO sopstvenik poslužnog dobra ovlašćen da zahteva prestanak stvarne službenosti kada ona postane nepotrebna za korišćenje povlasnog dobra onda se samo po sebi razume, a imajući u vidu i princip poštede poslužnog dobra, izražen u čl. 50 Zakona, da se pravo stvarne službenosti u slučaju nepostojanja njegove potrebe za korišćenjem povlasnog dobra ne može ni steći“. Potpuno suprotan i po nama neprihvatljiv stav vid. kod: Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž.

Posebnim uslovima, koji se tiču kvaliteta državine prava stvarne službenosti, propisanih rokova, stava vlasnika poslužnog dobra u pogledu ograničenja vlastitog prava svojine od strane držaoca prava stvarne službenosti, podobnosti pojedinih službenosti da budu stečene održajem, posvetićemo naredna poglavља u radu.

#### **4.2. Državina prava stvarne službenosti**

Članom 70 st. 3 ZOSO propisano je da državinu prava stvarne službenosti ima lice koje faktički koristi nepokretnost drugog lica u obimu koji odgovara sadržini te službenosti. Očigledno je da naš zakonodavac značajno sužava pojam državine prava, svodeći ga samo na državinu prava stvarne službenosti. Državina prava stvarne službenosti mogla bi se definisati kao „relativno trajno stanje u socijalnim odnosima“ u kojem vlasnik jedne nepokretnosti ima takvu faktičku vlast u pogledu tude nepokretnosti koja odgovara sadržini prava odredene stvarne službenosti.<sup>29</sup>

Pitanje koje se nužno nameće jeste pitanje načina na koji je stečena državina prava stvarne službenosti<sup>30</sup>, odnosno šta je „pozadina“ činjenice da vlasnik jedne nepokretnosti vrši faktičku vlast na tdujoj nepokretnosti koja po obimu odgovara pravu neke stvarne službenosti. Neposredna državina prava stvarne službenosti može se steći derivativno ili originarno.<sup>31</sup> Naš zakonodavac ne zahteva zakonitost državine kao uslov za primenu instituta održaja, jer se državina najčešće stiče izvorno. Po samoj prirodi stvari, stvarne službenostima se mogu steći samo na jedan od dva moguća načina izvornog sticanja. Naime, državina prava stečena jednostranim činom uspostavljanja faktičke vlasti u pogledu stvari koja ne pripada nikome ne može biti podobna za sticanje prava službenosti održajem, budući da stvarne službenosti jesu prava kojima se ograničava/opterećuje nečije pravo svojine, što ovde ne bi bio slučaj. Dakle, u pravo stvarne službenosti će održajem najčešće prerasti ona državina koja je stečena izvorno, i to tako što je vlasnik jedne nepokretnosti samovlasno (ali uz neprotivljenje vlasnika druge nepokretnosti!) zasnovao faktičku vlast u pogledu tude nepokretnosti koja po sadržini odgovara pravu konkretne stvarne službenosti.<sup>32</sup>

---

6553/2014 od 27. aprila 2016. godine. Naime, ne možemo se složiti sa stavom prisutnim u jednom delu sudske prakse „da za sticanje stvarne službenosti prolaza održajem nije od značaja da li je sticalac imao mogućnost da dode do svoje povlašne parcele nekim drugim putem“ a iz prostog razloga što bi onda bilo dovedeno u pitanje načelo poštede, odnosno restrikcije poslužnog dobra.

<sup>29</sup> Nikola Gavella, *Posjed stvari i prava*, Narodne novine, Zagreb 1990, 68.

<sup>30</sup> Primećujemo da naš zakonodavac prilikom definisanja državine prava stvarne službenosti ima u vidu samo pozitivne službenosti, jer pod državinom prava podrazumeva samo faktičko korišćenje tude nepokretnosti, a ne i mogućnost zabrane upućene vlasniku poslužnog dobra da na određeni način upotrebljava svoju nepokretnost. Ukoliko je zakonodavac svesno iz definicije izostavio negativne službenosti znači li to da naše pravo samo pozitivne službenosti smatra podobnim za sticanje održajem? Čini se da bi ovakav zaključak bio preuranjen.

<sup>31</sup> Više o sticanju državine prava vid. kod: N. Gavella, *op. cit.*, 68–79.

<sup>32</sup> *Ibid.*

Moguće je i da državina prava stvarne službenosti bude stečena derivativnim putem, dakle, bilo tako što bi na osnovu pravnog posla uz državinu nepokretnosti držalač sticao i državinu prava stvarne službenosti, bilo tako što bi samo državini prava stvarne službenosti sticao pravnim poslom. U prvom slučaju bi se radilo o tome što držalač povlasnog dobra, a samim tim i državine prava stvarne službenosti nije postao vlasnik povlasnog dobra i imalač prava stvarne službenosti na osnovu preduzetog pravnog posla. Razlog bi mogao ležati u tome što lice koje se pretstavljalio kao vlasnik povlasnog dobra nije bilo vlasnik već samo držalač nepokretnosti. Moguće bi bilo i da uprkos postojećem punovažnom pravnom poslu, nije stečena ni svojina ni pravo stvarne službenosti jer nije izvršen upis oba prava u registar nepokretnosti. U drugom slučaju radilo bi se o tome da vlasnik povlasnog dobra nije stekao pravo već samo državinu prava stvarne službenosti, uprkos zaključenom ugovoru, odnosno postojećem testamentu, a iz istih razloga kao u prethodnom slučaju (ili je ugovor zaključen sa nevlasnikom poslužnog dobra ili je testament sastavljen od strane nevlasnika poslužnog dobra ili je, pak, izostao upis u registar nepokretnosti). Ipak, u oba slučaja državina prava službenosti bila bi zakonita.<sup>33</sup>

Za razliku od sticanja službenosti pravnim poslom i sudscom odlukom gde je nesporno da se u prvom slučaju stiče ona službenost koja je navedena u ugovoru ili testamentu (to jest obim službenosti zavisi od usaglašene volje oba ugovornika ili, pak, volje ostavioca),<sup>34</sup> a u drugom slučaju ona koja je navedena u sudskej presudi (obim službenosti zavisi od „volje“ suda), postavlja se pitanje koju službenost će steći držalač prava stvarne službenosti ukoliko je održaj osnov sticanja. Naime, održajem se stvarne službenosti mogu steći u obimu u kome su se vršile,<sup>35</sup> pa će se istekom roka od dvadeset godina službenost steći u onom obimu i u onim razmerama u kojim je faktički i vršena.<sup>36</sup>

#### **4.3. Savesnost državine kao uslov za sticanje stvarne službenosti održajem**

Naš zakonodavac ne zahteva savesnost državine kao neophodan uslov za sticanje službenosti održajem. Takođe, ne razlikuje ni više vrsta održaja s obzirom na pojedine kvalitete državine, te u slučaju postojanja savesnosti državine ne propisuje kraće rokove za sticanje prava održajem.

---

<sup>33</sup> Više o sticanju i prenosu državine vid. umesto mnogih: Obren Stanković, Miodrag Orlić, *Stvarno pravo*, Beograd 1999, 40 – 42.

<sup>34</sup> Dragutin Vasilić, *Službenosti sa sudscom praksom i propisima*, Beograd 2004, 33.

<sup>35</sup> Duško Medić, „Novo Stvarno pravo Republike Srpske“, Banja Luka 2016, 348.

<sup>36</sup> Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž. 4238/14 od 1. jula 2015, Zbirka sentenci iz građanskog prava i građanskog procesnog prava, knjiga 1, redaktor Gordana Stanković, Beograd 2018, 50.

Postavlja se pitanje zbog čega čl. 54 ZOSO nije predviđena savesnost kao neophodan uslov za primenu instituta održaja. Jedno od mogućih objašnjenja bilo bi da je naš zakonodavac smatrao da su situacije na koje se može primeniti čl. 54 upravo ono što je najčešće u praksi, to jest faktičko ostvarivanje prava službenosti u dužem vremenskom periodu. Drugo moguće objašnjenje, koje upravo proizlazi iz prvog, je u tome što je zakonodavac možda smatrao da je nemoguće<sup>37</sup> (ili bar teško i retko) ostvariti uslov savesnosti državine prava stvarne službenosti. Odluka zakonodavca da pojmu savesnosti ne da značaj neophodnog uslova za sticanje službenosti održajem možda bi se i mogla opravdati upravo navedenim razlozima. S druge strane, čini se da nema prepreka za uvođenje još nekog vida održaja, što bi značilo da u slučaju postojanja savesne i prave državine rok za održaj bude kraći.

Definicija savesne državine sadržana je u glavi V ZOSO, posvećenoj Državini, tačnije čl. 72 st. 2. U pitanju je, međutim, definicija savesnosti državine stvari, a ne, kako bi trebalo, jedna opšta definicija koja bi se odnosila i na savesnost svojinske i na savesnost državine prava. Ipak, u našoj teoriji nema sporo oko toga da se savesnim držaocem prava stvarne službenosti smatra onaj koji ne zna ili ne može znati da nije imalač prava stvarne službenosti koju vrši. Trenutak u kojem bi saznao da mu to pravo ne pripada prekinuo bi njegovu savesnost.<sup>38</sup> Na ovom mestu bi možda bilo umesno napomenuti da bi u čl. 72 st. 2, u definiciji savesne državine trebalo umesto veznika ili da stoji veznik i, jer je bitno da se u konkretnom slučaju niti zna niti da se moglo znati da se ne poseduje pravo čija se sadržina vrši.<sup>39</sup> Suprotno, nesavestan držalac bio bi onaj koji bilo zna, bilo ne zna, ali je mogao i morao saznati da nije titular prava konkretnе stvarne službenosti čiju sadržinu vrši.<sup>40</sup>

U analiziranju situacija u kojima bi držalac prava stvarne službenosti bio savestan, odnosno nesavestan poći ćemo od ugovornog<sup>41</sup> sticanja stvarne službenosti. Punovažno zaključen ugovor predstavlja samo osnov sticanja, tako da će tek upis prava službenosti u katastar nepokretnosti dovesti do sticanja prava.<sup>42</sup> Da bi držalac prava stvarne službenosti bio savestan neophodno je da veruje da je zaključio ugovor sa licem koje ima ovlašćenje da mu prenese „deo svog prava svojine“, to jest da mu na teret svog prava svojine konstituiše pravo stvarne službenosti. Držalac ne može biti savestan ukoliko je u katastru nepokretnosti upi-

<sup>37</sup> Radmila Kovačević Kuštrimović, Miroslav Lazić, *Stvarno pravo*, Niš 2009, 179.

<sup>38</sup> D. Medić, *op. cit.*, 349.

<sup>39</sup> Katarina Dolović Bojić, „Održaj kao način sticanja prava svojine na nepokretnosti“, Analisi Pravnog fakulteta u Beogradu 1/2019.

<sup>40</sup> Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž 3539/2013 od 8.4.2015. godine.

<sup>41</sup> Vid. čl. 93 Zakona o javnom beležništvu, Službeni glasnik RS, br. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – dr. zakon, 93/2014 – dr. zakon, 121/2014, 6/2015 i 106/2015. Ugovor mora biti zaključen u formi javnobeležnički potvrđenje (solemnizovane) isprave.

<sup>42</sup> Čl. 52 ZOSO.

sano neko drugo, a ne lice koje se pretstavljalo kao vlasnik nepokretnosti koja će, konstituisanjem službenosti, eventualno postati poslužno dobro. Moguće je ipak da se vlasnik poslužnog dobra legitimise kao vanknjižni vlasnik, te da u tom slučaju vlasnik povlasnog dobra (tačnije, dobra koje će tek postati povlasno eventualnim konstituisanjem službenosti) bude savestan i u slučaju da je u katastru upisano neko drugo lice kao vlasnik poslužnog dobra, a ne njegov ugovornik.

Dalje, da bi držalač prava stvarne službenosti bio savestan nije dovoljno da njegova savesnost bude ispitivana samo iz ugla postojanja prava svojine vlasnika poslužnog dobra, već ona mora biti posmatrana i iz ugla sopstvenog sticanja prava, što je u ovom slučaju pravo službenosti. Naime, ne može se pozivati na sopstvenu savesnost držalač koji nije upisao svoje pravo službenosti, stečeno po osnovu ugovora, u katastar nepokretnosti. Nepoznavanje prava škodi, te ne može predstavljati opravdanje za izostanak upisa. Na ovom mestu bi trebalo napomenuti da je ovaj razlog nesavesnosti danas postao praktično teško ostvariv s obzirom na ulogu javnih beležnika kao obveznika dostave isprava u postupku upisa u katastar nepokretnosti.<sup>43</sup> Time *modus acquirendi* polako izlazi iz polja uticaja stranaka, s obzirom na činjenicu da stranke ne mogu niti sprečiti niti odložiti upis prava u katastar nepokretnosti.

U slučaju testamenta kao osnova za nastanak službenosti, situacija je ista kao u slučaju ugovornog sticanja. Da bi držalač bio savestan, neophodno je da je ostavilac lice koje je u registru upisano kao vlasnik nepokretnosti koju je opteretio i samim tim pretvorio u poslužno dobro (uz izuzetak u slučaju postojanja vanknjižne svojine, te mogućnosti da je ostavilac bio vanknjižni vlasnik). Takođe, stvarna službenost mora biti upisana u katastar u korist naslednika da bi se on smatrao savesnim.

U situaciji, pak, kada je službenost nastala na osnovu sudske odluke, trenutak pravnosnažnosti nije samo trenutak sticanja, već i čas od kojeg se pravo stvarne službenosti može suprotstavljati svim trećim licima. Stoga, u ovom slučaju ne samo da je iluzorno postavljati pitanje savesnosti i zakonitosti državine, jer državina jeste nesporno i savesna i zakonita, već nema mesta primeni instituta održanja budući da je pravo službenosti nesporno stečeno.

Imajući u vidu osobinu akcesornosti službenosti, te njenu neodvojivost od prava svojine, o savesnosti se kod ugovornog sticanja može raspravljati i u slučaju kada ugovor ne predstavlja samo osnov sticanja službenosti, već i prava svojine na dobru koje je povlasno. Tada bi pravo službenosti kao akcesorno prešlo na pribavioca zajedno sa pravom svojine na povlasnom dobru. U tom slučaju, pribavilac ne bi bio savestan u slučaju da je znao ili mogao znati da zaključuje ugovor sa nevlasnikom povlasnog dobra. Kao i kod ugovornog sticanja o savesnosti se

---

<sup>43</sup> Čl. 22 Zakona o postupku upisa u katastar nepokretnosti i vodova, *Službeni glasnik RS*, br. 41 od 31. maja 2018.

može raspravljati i u slučaju da ostavilac testamentom ne konstituiše službenost, već raspolaže pravom svojine na dobru koje je povlasno, a samim tim i pravom stvarne službenosti. Da bi se moglo govoriti o savesnosti naslednika, neophodno je da je on verovao da je ostavilac vlasnik povlasnog dobra, a to je moguće samo ukoliko je ostavilac bio vanknjižni vlasnik ili, ono što je češće, ukoliko je u katastru bio upisan kao vlasnik.

Međutim, na ovom mestu ne bi više bilo reči o održaju kao načinu nastanka prava stvarne službenosti, već o održaju kao načinu nastanka prava svojine na povlašnom dobru, koji će uzukapijentu osim prava svojine „doneti“ i pravo stvarne službenosti kao akcesorno.

#### **4.4. Zakonitost državine kao uslov sticanja stvarne službenosti održajem**

Naš zakonodavac ne zahteva zakonitost kao neophodan uslov za sticanje prava stvarne službenosti održajem, niti propisuje kraći rok u slučaju da državina prava stvarne službenosti poseduje kvalitet zakonitosti. Pojedini autori smatraju ne samo da bi ovaj uslov bio teško ostvariv,<sup>44</sup> već i da bi tako bilo znatno suženo polje primene instituta održaja. Verovatno zato i smatraju da je nepotrebno uvođiti novi vid održaja sa eventualno kraćim rokom u slučaju postojanja kvaliteta zakonitosti. Vidimo da je argumentacija ista kao u slučaju savesnosti, o čemu smo pisali u prethodnom poglavlju.

Definiciju zakonitosti nalazimo u čl. 72 st. 1 ZOSO koji pod zakonitom državinom podrazumeva onu državinu koja se zasniva na punovažnom pravnom osnovu koji je potreban za sticanje prava svojine, a pod uslovom da nije pribavljenia silom, prevarom ili zloupotrebotom poverenja. Kako se ova definicija nalazi u okviru glave koja je posvećena državini, a ne svojini, moglo bi se očekivati da bude uopštenija, te da se ne svodi samo na pojам svojinske državine. Očigledno je da naš zakonodavac pojmom zakonite državine svodi na pojmom zakonite svojinske državine (pa čak i prave!), što je netačno. Naime, državina može biti zakonita, a da nije svojinska, već državina prava (što je upravo slučaj kod sticanja službenosti održajem). Dalje, zakonodavac pogrešno smatra da je uslov zakonitosti i to da državina nije manljiva. Naime, državina se po kriterijumu njene pravne zasnovanosti deli na zakonitu i nezakonitu, a po kriterijumu načina na koji je pribavljena na pravu i manljivu.<sup>45</sup> Jedino opravdanje za takvo zakonodavno rešenje moglo bi biti u tome da je zakonodavac na ovom mestu imao samo u vidu redovni održaj kao način sticanja prava svojine, kod kojeg se zahteva i zakonitost i nemanljivost

---

<sup>44</sup> R. Kovačević Kuštrimović, M. Lazić, *op. cit.*, 179.

<sup>45</sup> Staniša Paunović, „Održaj (Usucatio)“, Branić, Časopis Advokatske komore Srbije 1-2/2008, 135.

državine, te istovremeno izrazio stav da u slučaju vanrednog održaja (a što smatramo diskutabilnim) prava državina nije uslov sticanja prava svojine. Ukoliko bi se ovo objašnjenje prihvatile, ostala bi ipak još jedna kritika pomenutog člana, a naime, čl. 72 bi trebalo da bude opšti član kada je u pitanju institut održaja, te da se može primeniti ne samo na situacije sticanja svojine održajem, već i na stvarne službenosti, jer se kod njih zahteva samo prava državina i protek roka.<sup>46</sup>

Zakonita državina prava stvarne službenosti bila bi, dakle, ona državina koja je zasnovana na takvom pravnom osnovu koji je podoban da prenese pravo službenosti. Pod pravnim osnovom podobnim da prenese pravo službenosti smatra se pravni posao, tačnije ugovor ili testament.

Osim pravnim posлом, službenost se može steći i sudske odlukom, ali u tom slučaju državina prava bi se smatrala uvek zakonitom, s jedne strane, a s druge strane, trenutkom pravnosnažnosti sudske odluke bez potrebe za upisom u registar nepokretnosti sticalo bi se i samo pravo stvarne službenosti, te u tom slučaju nema mesta primeni instituta održaja.

Stoga, kada govorimo o zakonitosti državine prava stvarne službenosti govorimo o situacijama kada uprkos postojećem punovažnom ugovoru ili testamentu nije stečeno pravo stvarne službenosti već samo državina prava, koja tek uz ispunjenost drugih uslova može putem instituta održaja prerasti u jedno subjektivno pravo – stvarnu službenost. To bi bilo u slučaju kada bi držaocu prava stvarne službenosti pravo na vršenje službenosti priznalo lice koje nije bilo vlasnik poslužnog dobra.<sup>47</sup> Osim u toj situaciji (zaključenja ugovora sa nevlasnikom ili sastavljanja testamenta od strane nevlasnika), zakonita državina postojala bi i onda kada pravo stvarne službenosti nije stečeno jer je izostao upis u katastar nepokretnosti.

Ukoliko se u slučaju testamentalnog nasleđivanja držalac prava stvarne službenosti javlja kao legatar, njegova državina kao singularnog sukcesora je uvek zakonita s obzirom na postojanje testamenta kao osnova sticanja, a za razliku od univerzalnog testamentalnog sukcesora koji sa gledišta zakonitosti ima onaku državinu kakvu je imao i ostavilac.<sup>48</sup>

Dakle, u slučaju da zakonodavac zahteva zakonitost državine prava kao uslov za sticanje održajem službenosti to bi znatno sužavalo polje primene instituta održaja. Naravno, zakonita državina postoji i u slučaju da je pravo službenosti stečeno na osnovu pravnog posla, ali onda ne bi bilo mesta primeni instituta održaja, već bi se radilo o derivativnom sticanju. Otuda o pojmu zakonitosti državi-

---

<sup>46</sup> K. Dolović Bojić, *op. cit.*

<sup>47</sup> Dragoljub Stojanović, *Stvarno pravo*, Kragujevac 1998, 189. Autor dodaje da su ovakve situacije veoma retke.

<sup>48</sup> Georges Riper, Jean Boulanger, *Traité de droit civil: d'après le Traité de Planiol*, II, Paris, 1957, 2698 -2699.

ne ima svrhe govoriti samo onda kada pravnim poslom konkretno pravo iz određenog razloga nije stečeno.

#### **4.5. Nemanljivost državine kao uslov za sticanje stvarne službenosti održajem**

Članom 54 st. 2 ZOSO propisano je da se stvarna službenost ne može steći održajem ako je vršena zloupotrebotom poverenja, silom, prevarom ili ukoliko je službenost bila ustupljena do opoziva. Uslov ispravnosti državine zahteva se uvek, bez obzira na to da li ga zakonodavci zahtevaju kao jedini kvalitet državine ili pak kao jedan od kvaliteta državine podobne za održaj. Trebalo bi objasniti svaki od ovih pojmljiva koji u svojoj ukupnosti čine pojma prave državine.

Na ovom mestu ne posmatramo samo ponašanje vlasnika povlasnog dobra, već nam je za ispitivanje ispravnosti državine neophodan i stav vlasnika poslužnog dobra u pogledu toga da li je dopustio držaocu prava stvarne službenosti vršenje prava službenosti. Ukoliko mu je dopustio, prvo, da li je to učinio za tačno određeni vremenski period ili, pak, do opoziva i drugo, da li mu je dopustio vršenje službenosti iz straha, odnosno kao posledica upotrebe sile od strane držaoca. Ako je reč o dopuštenju za određeni period, ili do opoziva ili jednostavno na osnovu poverenja koje vlasnik poslužnog dobra ima kada je u pitanju njegov sused, onda bi se u slučaju da se sused pozove na održaj radilo o manljivoj državini iz razloga zloupotrebe poverenja, prevare (u slučaju kada je vlasnik poslužnog dobra doveden ili održavan u zabludi da vlasnik povlasnog dobra nema nameru da održajem stekne službenost) ili ustupljenosti do opoziva.<sup>49</sup> U drugom slučaju, državina bi bila manljiva iz razloga upotrebe sile.<sup>50</sup>

#### **4.6. Neprotivljenje vlasnika poslužnog dobra**

Postavlja se pitanje da li sticanje prava stvarne službenosti održajem predstavlja sticanje protivno volji vlasnika poslužnog dobra ili uz njegovu saglasnost. Neophodno je, najpre, pojasniti pojам „neprotivljenja“. Naime, da bi se moglo smatrati da se nečemu ne protivi, pretpostavka je da o nečemu ima saznanja. Pojam neprotivljenja svakako razlikujemo od pojma izričitog saglašavanja sa nečim, ali i od situacije kada smo o nečemu neobavešteni te naše ponašanje ne može biti smatrano iznošenjem stava po tom pitanju. Dakle, vlasnik poslužnog dobra upoznat je sa time da se vlasnik povlasnog dobra ponaša kao da ima pravo službenosti, iako to pravo nema. Neprotivljenje podrazumeva nesprečavanje vlasnika povlasnog dobra u preduzimanju radnji koje čine sadržinu prava konkretnе stvarne službenosti. Vlasnik poslužnog dobra, međutim, ne daje izričito svoju

---

<sup>49</sup> J. Jerković, *op. cit.*, 14.

<sup>50</sup> *Ibid.*

saglasnost vlasniku povlasnog dobra, jer bi se u tom slučaju radilo o ugovoru kao osnovu nastanka stvarne službenosti, a ne održaju. Stoga bi se moglo zaključiti da se pod neprotivljenjem podrazumeva „prečutna saglasnost“ vlasnika poslužnog dobra koja se ogleda u njegovom znanju i trpljenju,<sup>51</sup> te da u situaciji kada protivljenje nije manifestovano „aktivnim držanjem i iskazano izričito ili posredno, ima se smatrati neprotivljenjem“<sup>52</sup>

Smatram da opšteprihvaćena terminologija („izričita saglasnost“ vlasnika poslužnog dobra kod ugovornog sticanja i njegova „prečutna saglasnost“ kod održaja) nije najsjrećnije rešenje, budući da se volja kod zaključenja ugovora može izjaviti i izričito i prečutno, a da se kod održaja pre radi o „čutanju“, jer se pod prečutnim izjavljivanjem volje smatraju konkudentne radnje koje ulaze u pojam aktivnog ponašanja, za razliku od pojma čutanja koji podrazumeva pasivno poнаšanje, odnosno odsustvo bilo kakve aktivnosti.

S druge strane, pod protivljenjem se ne bi podrazumevalo samo podizanje tužbe vlasnika poslužnog dobra protiv vlasnika povlasnog dobra zbog uz nemiravanja (negatorna tužba za zaštitu svojine), već bi pojam protivljenja trebalo shvatiti znatno šire.<sup>53</sup> Ono može biti i verbalno.<sup>54</sup> Dakle, vlasnik poslužnog dobra ima na raspolaganju više mogućnosti da spreči vlasnika povlasnog dobra da stekne službenost održajem. Prvo, može mu zabraniti da vrši određeno pravo na njegovom dobru, na primer „kopanjem kanala, postavljanjem preskakala, kapije, vrljike, oranjem trase puta i sadenjem bagrema“<sup>55</sup> Drugo, može mu jasno staviti do znanja da mu dozvoljava nešto iz proste uslužnosti/ tolerancije. Čak i da se uzdrži od toga, može kasnije u slučaju spora istaći da se radilo samo o prostoj uslužnosti i toleranciji.<sup>56</sup>

#### **4.7. Dužina propisanih rokova za sticanje stvarne službenosti održajem**

Uporedimo li odredbe koje regulišu pitanje nastanka i prestanka prava stvarne službenosti, možemo uočiti određenu pravilnost. Naime, pravo stvarne službenosti nastaje pravnim poslom, sudscom odlukom i održajem, a može prestati, između ostalog i ugovorom, jednostranim odricanjem, sudscom odlukom i nevršenjem.

Duža neupotreba prouzrokuje prestanak službenosti, upravo kao što službenosti mogu i nastati upotrebom tuđe nepokretnosti u dužem vremenskom periodu.<sup>57</sup>

<sup>51</sup> *Ibid.*, 13.

<sup>52</sup> Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž. 158/13 od 5. februara 2013, Zbirka sentenci iz građanskog prava i građanskog procesnog prava, knjiga 1, redaktor Gordana Stanković, Beograd 2018, 50.

<sup>53</sup> D. Medić, *op. cit.*, 349; D. Lazarević, *op. cit.*, 153.

<sup>54</sup> *Ibid.*, 349.

<sup>55</sup> Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž. 5465/2013 od 29. aprila 2014. godine.

<sup>56</sup> C. Larroumet, *op. cit.*, 529.

<sup>57</sup> Roger Smith, London and New York, *Property Law*, 1998, 512.

Tako po našem zakonu službenost prestaje „ako se ne vrši za vreme potrebno za njeno sticanje održajem“.<sup>58</sup> Dakle, faktičko vršenje prava stvarne službenosti u periodu od dvadeset godina, bez protivljenja vlasnika poslužnog dobra dovodi do nastanka stvarne službenosti, a nevršenje istog prava u istom vremenskom periodu i pod istim uslovom neprotivljenja vlasnika poslužnog dobra dovodi do prestanka službenosti.

Ono što nas na ovom mestu zanima jeste čl. 58 st. 1 koji predviđa poseban način prestanka prava stvarne službenosti nevršenjem – tzv. liberatorna uzukapija. Taj način prestanka u našem pravu nema „svog para“ kada su u pitanju načini nastanka prava stvarne službenosti, iako bi možda bilo opravdano da analogni način sticanja službenosti postoji.<sup>59</sup> Naime, nevršenje prava stvarne službenosti tokom tri godine, ali uz protivljenje vlasnika poslužnog dobra vršenju službenosti dovodi do prestanka prava stvarne službenosti na osnovu samog zakona. Postavlja se pitanje, da li ima mesta uvođenju još nekog vida održaja u naše pravo, a koje bi se od postojećeg razlikovalo po mogućnosti sticanja prava stvarne službenosti protekom roka kraćeg od dvadeset godina, ali uz kvalifikovaniju državinu prava na strani vlasnika povlasnog dobra.

Na primer, u slučaju postojanja zakonite, savesne i prave državine propisati odgovarajući rok za održaj, svakako kraći od dvadeset godina. Da li se, prateći analogiju sa liberatornom uzukapijom, opredeliti za rok od tri godine, ili pak, za duži rok, od na primer deset godina, prateći trend zastupljen u uporednom pravu ostavili bismo kao otvoreno pitanje. Dalje, nema razloga da se ne promisli i mogućnost uvođenja održaja za koji bi se zahtevala prava i savesna državina. U ovom slučaju rok bi mogao iznositi deset godina, ukoliko se u prethodnom slučaju opredelimo za analogiju sa liberatornom uzukapijom, ili, pak, rok od petnaest godina, ukoliko u prethodnom slučaju odstupimo od analogije.

Čini se da u sličnom pravcu razmišljaju i kritičari francuskog Građanskog zakonika koji smatraju da ne postoji nijedan argument koji bi opravdao postojeću razliku u tretmanu prava službenosti i prava svojine u pogledu rokova neophodnih za sticanje putem održaja, te da bi bilo logično i opravdano da u slučaju savesne i zakonite državine budu propisani kraći rokovi.<sup>60</sup> Drugi idu i dalje pa smatraju da ne postoji valjan razlog da se i kod službenosti ne primene odredbe Zakonika koje regulišu sticanje svojine održajem i propisuju kraće rokove.<sup>61</sup>

<sup>58</sup> Čl. 58 st. 3 ZOSO.

<sup>59</sup> Za anglosaksonsko pravo vid: R. Smith, *op. cit.*, 500. „Za razliku od sticanja službenosti održajem kada je rok u većini slučajeva dvadeset godina, anglosaksonski pravnici smatraju da na planu prestanka službenosti protekom vremena usled neupotrebe ne može postojati takva pravilnost u pogledu roka, već da će sud ceniti svaki slučaj ponaosob. Ipak, nevršenje prava službenosti u svakom slučaju, posle dužeg niza godina, može predstavljati pretpostavku prestanka prava službenosti.“.

<sup>60</sup> J. L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, *op. cit.*, 386

<sup>61</sup> C. Larroumet, *op. cit.*, 528.

## 5. VRSTE SLUŽBENOSTI PODOBNE ZA STICANJE ODRŽAJEM

Naš zakonodavac se ne izjašnjava po pitanju vrsta službenosti<sup>62</sup> koje mogu biti stečene održajem, iz čega bi se mogao izvesti zaključak da su sve službenosti podobne za sticanje održajem. Postoje ipak pojedine vrste službenosti koje zbog svoje specifične prirode rađaju sumnju u adekvatnost primene instituta održaja. Ukoliko se usudimo poći tom tamanom linijom razgraničenja koja razdvaja službenosti koje su podobne za sticanje održajem od onih drugih, koje to iz određenog razloga nisu, ne bi se smelo zastraniti kao što to čini francuski zakonodavac, zabranjujući primenu održaja kod svih povremenih i nevidljivih službenosti,<sup>63</sup> ili, pak italijanski zakonodavac zabranjujući sticanje nevidljivih službenosti održajem.<sup>64</sup>

Francuski zakonodavac polazi od činjenice da se povremene službenosti vrše u manjim ili većim razmacima, te da je stoga, prvo, nemoguće sa sigurnošću utvrditi da li akt koji predstavlja vršenje određene službenosti – na primer, prelazak preko susedne nepokretnosti, nije možda tolerisan od strane vlasnika te nepokretnosti, a drugo, da li takav akt podrazumeva volju držaoca da se ponaša kao imalač prava stvarne službenosti.<sup>65</sup> Kada su u pitanju, pak, nevidljive službenosti<sup>66</sup> nesporno je da nema svaki držalač prava nevidljive službenosti namjeru da istu vrši tajno, ali razlozi zaštite svojine naspram državine nevidljivih službenosti ili naspram tajne državine su isti: ne može se održaj zasnivati na aktima za koje vlasnik verovatno nije ni znao, pa samim tim nije mogao ni da im se suprotstavi.<sup>67</sup>

Neki opet svesni rigidnosti francuskog zakonodavca, pokušavaju da taj, kako sami kažu „paradoks“ donekle objasne time što se vlasniku poslužnog dobra mora omogućiti da se usprotivi aktima druge osobe koja nastoji održajem da stekne pravo službenosti, a posebno imajući u vidu da su u pitanju akti koji su generalno manje vidljivi,<sup>68</sup> te da je stoga neophodno zahtevati kontinuitet i publicitet u vršenju.<sup>69</sup> Akti vlasnika povlasnog dobra moraju biti takve prirode da privlače pažnju vlasniku poslužnog dobra, te samim tim što je on sada upoznat sa njima može im se i usprotiviti.<sup>70</sup>

Koliko god se činilo da ima argumenata u prilog takvog stava francuskog zakonodavca, ipak smo bliži ideji da svako uopštavanje može biti opasno, a sama zabrana sticanja održajem obuhvatiti i one slučajeve kada bi po samoj prirodi

<sup>62</sup> Više o vrstama stvarnih službenosti vid. kod: Danica Popov, „Vrste stvarnih službenosti“, *Zbornik radova PFNS* 3/2015, 945 – 961.

<sup>63</sup> François Terré, Philippe Simler, *Droit civil, Les biens*, Paris 2014, 791 – 794.

<sup>64</sup> Čl. 1061 italijanskog Građanskog zakonika.

<sup>65</sup> Henri et Leon Mazeaud, Jean Mazeaud, *Lecons de Droit civil*, tome deuxième, Paris 1976, 388.

<sup>66</sup> Vid. i: G. Ripert, J. Boulanger, *op. cit.*, 1089 – 1090.

<sup>67</sup> H., L., J. Mazeaud, *op. cit.*, 388.

<sup>68</sup> M. L. Mathieu, *op. cit.*, 282.

<sup>69</sup> P. Malaurie, L. Aynes, *op. cit.*, 792.

<sup>70</sup> M. L. Mathieu, *op. cit.*, 282.

stvari bilo mesta za primenu instituta održaja. Pomislimo samo na pravo prolaza, možda najtipičnije i najčešće pravo stvarne službenosti koje bi se i te kako ponekad, ukoliko nema spoljnih obeležja, moglo podvesti pod nevidljivu, a svakako povremenu službenost.

Drugi opet smatraju da bi trebalo poći od podele na negativne i pozitivne službenosti, te imajući u vidu specifičnu prirodu negativnih službenosti ispitati njihovu podobnost da budu stečene održajem.<sup>71</sup> Naime, svrha održaja je u tome da se pravno odenu situacije koje traju već duže vreme, a pod kojim se podrazumeva državina prava, to jest faktičko ostvarivanje prava stvarne službenosti.<sup>72</sup> Postavlja se pitanje da li kod negativnih službenosti postoji državina kao faktička vlast, odnosno da li se pod pojmom državine prava može podvesti i mogućnost zabrane upućene vlasniku poslužnog dobra, od strane vlasnika povlasnog dobra, da na određeni način ne upotrebljava svoju nepokretnost.<sup>73</sup> Bliži smo upravo takvom, elastičnijem, shvatanju pojma faktičke vlasti. Još jedna stvar može biti problematična kod negativnih službenosti, a to je sam način na koji je učinjena zabrana, čime otvaramo pitanje eventualne manljivosti državine ukoliko je zabrana praćena upotrebom fizičke sile ili uz pretnju.

Ukoliko, ipak, ne postoji način da se zakonskom normom ustanovi adekvatan kriterijum u pogledu podobnosti pojedinih vrsta službenosti da budu stečene održajem, čini se da je onda celishodnije da zakonodavac ostavi sudske prakse da sama stvara kriterijume i posmatra svaki slučaj zasebno, te da kao u slučaju našeg ZOSO i ne sadrži normu po tom pitanju.

## ZAKLJUČAK

Održaj predstavlja originarni način sticanja prava stvarne službenosti. Kako se pravo službenosti stiče trenutkom ispunjenja uslova propisanih zakonom, tačnije protekom propisanog roka uz uslov postojanja državine određenog kvaliteta, upis u katastar nepokretnosti nije neophodan, tačnije nema konstitutivno dejstvo. Međutim, pogrešno je zanemariti značaj njegovog deklarativnog dejstva, budući da se vanknjižna službenost ne može suprotstaviti trećim licima jer njih štiti načelo pouzdanja u katastar nepokretnosti.

Naš zakonodavac za sticanje stvarne službenosti održajem zahteva samo ispravnost državine, polazeći od toga da bi zahtevi u pogledu savesnosti i zakonitosti značajno sužavalii polje primene održaja u praksi. Uporedno pravo nudi

---

<sup>71</sup> O specifičnoj prirodi negativnih službenosti vid: Miloš Živković, „*O pravnoj prirodi negativnih stvarnih službenosti*“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1-2/2002, 109-127.

<sup>72</sup> R. Smith, *op. cit.*, 500.

<sup>73</sup> Umesto mnogih vid: O. Stanković, M. Orlić, *op. cit.*, 196.

bogatstvo najraznovrsnijih rešenja kada je u pitanju ova tema – od poznavanja samo registarskog bez mogućnosti vanknjižnog održaja, do uvođenja više vrsta održaja s obzirom na različite kvalitete državine, do poznavanja samo jednog viđa održaja. Iako naše pravo pripada ovoj grupi zemalja, smatramo da ipak ne bi bilo uzaludno promisliti o tome da se možda i naš zakonodavac prikloni zagovornicima ideje o postojanju više vrsta održaja, a s obzirom na kvalitet državine. Razlozi su brojni – ozakoniti rešenja sadržana u Nacrtu Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima, Nacrtu Gradanskog zakonika, prikloniti se zemljama u regionu i njihovim modernim zakonima/zakonicima, izvući pouku iz loših rešenja sadržanih u uporednom pravu (francusko pravo), te „poslušati“ kritičare francuskog Gradanskog zakonika, poći od ideje da bi bilo logično „nagraditi“ savesnog i/ili zakonitog sticaoca kraćim rokom za sticanje službenosti i slično. Međutim, smatramo da svi ovi razlozi, koliko god se činili opravdanim, nisu toliko uverljivi.

Postoji ipak jedan razlog koji izvire iz odredaba našeg Zakona, tačnije duha i logike koji proizlaze iz normi posvećenih stvarnim službenostima. Pisali smo već o tome da osnovno načelo u oblasti stvarnih službenosti – načelo poštede ili restrikcije ima različita polja primene. Naime, ono ima svoju primenu kako na polju nastanka tako i na polju prestanka stvarnih službenosti. Nastavimo li tako da analiziramo odredbe o nastanku i prestanku službenosti, uočićemo još neke sličnosti pored primene pomenutog načela. Uočićemo pravilnosti u formulisanju načina za nastanak i prestanak službenosti, te činjenicu da svaki način nastanka ima svog „para“ u načinima za prestanak službenosti. Ipak postoji odstupanje na jednom mestu, a to je ono što predstavlja ideju vodilju našeg rada. Naime, liberalna uzukapija nema svog „para“ na polju nastanka službenosti, dok zastarelost ima. Upravo tu vidimo prostor za uvođenje makar još jednog vida održaja u naše pravo, koji bi predstavljao „par“ liberatornoj uzukapiji. Na taj način ćemo „obogatiti“ odredbe našeg Zakona, a nećemo poremetiti njegovu logiku u regulisanju stvarnih službenosti, već, naprotiv, dodaćemo „kockicu“ koja pomenutim odredbama nedostaje.

## LITERATURA I IZVORI

Dragor Hiber, *Svojina u tranziciji*, Beograd 1988.

Danica Popov, „Načela stvarnih službenosti u budućoj kodifikaciji građanskog prava“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu (Zbornik radova PFNS) 2/2014*.

Radenka Cvetić, *Savremena evidencija nepokretnosti*, Novi Sad 2016.

Radenka Cvetić, „Domašaj načela upisa i načela pouzdanja u katastar u našoj sudskoj praksi“, *Zbornik radova PFNS 3/2015*.

Jovan Jerković, „Održaj kao osnov sticanja prava realne službenosti“, *Glasnik advokatske komore Vojvodine 9/1994*, Novi Sad.

- Ka novom stvarnom pravu Srbije, Nacrt Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima – Nacrt, Ministarstvo pravde Republike Srbije i Nemačka organizacija za tehničku saradnju (GTZ), Beograd 2007.
- Simon Gardner with Emily MacKenzie, An Introduction To Land Law, Oxford and Portland 2012.
- Christian Larroumet, Droit Civil, Les Biens, Droit réels principaux, Paris 2006.
- Christian Atias, Droit civil, Les biens, Paris 2014.
- Marie – Laure Mathieu, Droit civil, Les biens, Paris 2013.
- Philippe Malaurie, Laurent Aynes, Les Biens, Paris 2010.
- Jean – Louis Bergel, Marc Bruschi, Sylvie Cimamonti, Traité de droit civil, Les Biens, Paris 2010.
- Dragoljub Lazarević, Službenosti i susedsko pravo, Beograd 2011.
- Nikola Gavella, Posjed stvari i prava, Narodne novine, Zagreb 1990.
- Obren Stanković, Miodrag Orlić, Stvarno pravo, Beograd 1999.
- Dragutin Vasilić, Službenosti sa sudskom praksom i propisima, Beograd 2004.
- Duško Medić, Novo Stvarno pravo Republike Srpske“, Banja Luka 2016.
- Zbirka sentenci iz građanskog prava i građanskog procesnog prava, knjiga 1, redaktor Gordana Stanković, Beograd 2018.
- Radmila Kovačević Kuštrimović, Miroslav Lazić, Stvarno pravo, Niš 2009.
- Katarina Dolović Bojić, „Održaj kao način sticanja prava svojine na nepokretnosti“, Analji Pravnog fakulteta u Beogradu 1/2019.
- Staniša Paunović, „Održaj (Usucapio)“, Branič, Časopis Advokatske komore Srbije 1-2/2008.
- Dragoljub Stojanović, Stvarno pravo, Kragujevac 1998.
- Georges Riper, Jean Boulanger, Traité de droit civil: d'après le Traité de Planiol, II, Paris, 1957.
- Roger Smith, London and New York, Property Law, 1998.
- Danica Popov, „Vrste stvarnih službenosti“, Zbornik radova PFNS 3/2015.
- François Terré, Philippe Simler, Droit civil, Les biens, Paris 2014.
- Henri et Leon Mazeaud, Jean Mazeaud, Leçons de Droit civil, tome deuxième, Paris 1976.
- Miloš Živković, „O pravnoj prirodi negativnih stvarnih službenosti“, Analji Pravnog fakulteta u Beogradu 1-2/2002.

Katarina G. Dolović Bojić, Ph.D., Assistant Professor  
University of Belgrade  
Faculty of Law Belgrade  
*k.dolovic@jus.bg.ac.rs*

## **Acquisitive Prescription as a Way of Acquiring Real Servitude**

**Abstract:** *Real servitude seems to be an unjustifiably neglected topic in theoretical works of our lawyers. Many people consider them too „rural“ and of almost no practical interest nowadays. On the other hand, the institute of prescription slowly goes to history, as a category that loses its importance (but, in our opinion, only in the field of real estate ownership).*

*For these reasons the author was inspired to connect the abovementioned institutes in one topic and try to show that prescription, as a way of acquiring real servitude, has a significant field of application.*

**Keywords:** *real servitude (easements), prescription, bona fides, correctness and legality of possession.*

Datum prijema rada: 20.03.2019.

*Dr Senad F. Ganić, docent*

*Državni univerzitet u Novom Pazaru*

*Departman za pravne nauke*

*sganic@np.ac.rs*

## OSVRT NA RASPRAVU O POTREBI REFORME SAVETA BEZBEDNOSTI UJEDINJENIH NACIJA

**Sažetak:** *Osnivanjem Ujedinjenih nacija, čovečanstvo je doživelo civilizacijski pomak i po prvi put u istoriji, učinjen je ozbiljan korak u pokušajima da se organizovanjem na planetarnom nivou, spreče ratovi i uspostavi trajan mir i bezbednost u svetu. Ratovi međutim nisu sprečeni, a Ujedinjene nacije pokazale su svoju nemoć da reaguju, čak i u onim situacijama u kojima je došlo do stradanja neprihvatljivih razmara, i to na raznim meridijanima naše planete. U situacijama u kojima se očekivala promptna reakcija, ova organizacija ostajala je nema, a njena aktivnost svela se na donošenje rezolucija i dokumenata kojima se nisu mogli postići željeni efekti. Razlog tome u najvećem broju slučajeva bila je činjenica protivljenja neke od stalnih članica Saveta bezbednosti korišćenjem prava veta. Na taj se način, Savet bezbednosti umesto tela koje je trebalo da obezbedi svetski mir i sigurnost, polako pretvorilo i popriše sukoba interesa velikih sila. Tako se je vremenom shvatilo, da ovaj organ UN-a, ne samo da ne doprinosi uspostavljanju mira i bezbednosti u svetu, što je trebala biti njegova primarna uloga, već naprotiv, postaje nemir posmatrač globalne nesigurnosti, ratova i stradanja kojima i danas svedočimo. Iz tog razloga, ali i iz razloga suštinskih promena koje je međunarodna zajednica pretrpela od momenta osnivanja UN-a pa do današnjih dana, sve je veći broj zemalja koje smatraju da ovo telo mora doživeti korenitu reformu. U ovom radu, pokušali smo da ukazemo na neke od ključnih kritika koje su upućene na račun rada ovog organa, te predloga u vezi sa tim, na koji način bi on u budućnosti trebao biti organizovan.*

**Ključne reči:** *Ujedinjene nacije, Reforma Saveta bezbednosti, mir i bezbednost u svetu, pravo veta.*

## 1. UVODNA RAZMATRANJA

Ideja međunarodnog prava, ideja je poretka koji bi trebalo da uspostavi harmoniju u međunarodnoj zajednici, te da na bazi uvažavanja postojanja pluraliteta civilizacija, po maksimi *e pluribus unum*, dostigne ideal misilaca humanističke provenijencije, na koje nailazimo u svim civilizacijama, a to je jedna *civitas maxima*, odnosno zajednica građana sveta. Taj ideal međunarodnog prava ipak, nikada nije doveo u pitanje državu kao nesporognog aktera u međunarodnim odnosima, premda jeste uticao na to da se redefiniše njena uloga kako u savremenom trenutku a tako i u budućnosti. Naprotiv, svojim mnogobrojnim dokumentima, međunarodno pravo je dodatno potvrđivalo državu kao neupitnog subjekta na međunarodnoj sceni, a dogovor oko načina na koji će biti ustrojeni međudržavni odnosi, u velikoj je meri determinisao i kakva će biti pravila samog međunarodnog prava. Proklamovano načelo suverene jednakosti država, koje je kasnije potvrđivano, iako nikada nije značilo i istinsku odn.*de facto* jednakost, ipak je u normativnom smislu pružilo neke garancije malim članicama međunarodne zajednice. Međutim, ovo načelo se nikada nije moglo istinski uspostaviti jer, međunarodno pravo, kao deo svekolikog prava, samo je odraz postojećih odnosa snaga, gde velike države uspevaju da nametnu svoju volju.

Očiti primer koliko pozicija nekih zemalja može biti snažnija od pozicija onih drugih, imamo u načinu na koji je predviđeno funkcionisanje jednog od glavnih organa UN, a to je Savet bezbednosti. Kako su ovom telu Ujedinjenih nacija data najveća ovlašćenja koje savremeni međunarodnopravni poredak poznaje, to smatramo izuzetno važnim ukazati na osnovne probleme sa kojima se ovo telo suočava, što u konačnom ishodu ima za posledicu to, da ono ne ispunjava svoje primarne obaveze predviđene Poveljom. Da bismo potpuno razumeli eventualnu ulogu ovog tela u budućnosti, kao i moguće konsekvence ali i pravce u kojima se može očekivati njegova reforma, moramo se vratiti barem malo u prošlost. Jer, kako to ističe Koks (*Brian Cox*) pišući o istom problemu: „Bilo kakav pogled unapred, mora biti upotpunjeno pogledom unazad, i u motive koji leže u formiranju Saveta bezbednosti“.<sup>1</sup> Mi ćemo to u narednim redovima učiniti u onoj meri, koja nam je potrebna da bismo pravilno razumeli problem koji na ovom mestu raspravljamо.

---

<sup>1</sup> Brian Cox, “United Nations Security Council Reform: Collected Proposals and Possible Consequences,” *South Carolina Journal of International Law and Business*: Vol. 6: Iss.1, Article 4, 2009, 89.

## 2. SAVET BEZBEDNOSTI: ISTORIJSKI KONTEKST

S obzirom na doprinos pobedi protiv sila osovine u Drugom svetskom ratu, pet članica međunarodne zajednice, ali u isto vreme i osnivača UN-a, dobilo je retku privilegiju ekskluzivnih prava u međunarodnopravnom poretku. Istiće se i da je sama Povelja proizvod teških pregovora između Sjedinjenih Država, Ujedinjenog Kraljevstva i Sovjetskog Saveza. „Tri države stvorile su delikatnu ravnotežu koja je štitila specifične interese svake strane, ostavivši kao krajnji cilj osnivanje organizacije sposobne da obezbedi mir u svetu. Ugovor koji je iz toga proizšao bio je otvoren za sve narode i države koje su bile voljne da se pridruže ali samo pod uslovom da pridružene zemlje žrtvuju silama potpisnicama svoja suverena prava na rat. Filozfski osnovi Ujedinjenih nacija su stoga zasnovani na sporazumu koje su Sile Alijanse ponudile svetu, dajući jedinstvenu moć jednom telu koje je trebalo da zaštiti svet od rata“.<sup>2</sup>

Ideja je bila, da se državama koje su dale najveći doprinos okončanju rata, omogući da i ubuduće, kada god to bude bilo potrebno, udruženo reaguju protiv svih neprijatelja mira. Naravno, članstvo u ovom organu omogućeno je i drugim zemljama članicama, ali samo u formi nestalnih članica čiji je mandat ograničen na period od dve godine. Takođe, ovim drugim, nestalnim članicama, nisu data ni približno jednakra prava, a ta nejednakost ne ogleda se samo u ograničenom trajanju njihovog članstva, već i u njihovoj nemogućnosti da utiču na donošenje bilo kakve odluke u vezi sa pitanjima iz nadležnosti saveta, ako se sa odlukom ili merom o tom pitanju, ne složi makar i jedna članica međunarodne zajednice, sa privilegovanim statusom u Savetu bezbednosti. Postojanje stalnih članica sa pravom veta na odluke o važnim pitanjima u Savetu bezbednosti, ispostaviće se, postaće jedan od ključnih problema u efektivnom funkcionisanju Ujedinjenih nacija. Nemogućnost ovog tela da deluje čak i u situacijama masovnih zločina i krvoprolića do kojih dolazi širom sveta, dovila je do oštре kritike na račun rada i svrhe postojanja ove organizacije. Tako se može čuti da su „Ujedinjene nacije neuspeli projekat svetskog mira koji nije imao veći efekat od Lige naroda“<sup>3</sup> Ili da je, kako je to još sedamdesetih godina upozoravao profesor Gunter (*Michael M. Gunter*) „Povelja postala delimično zastarela već i pre njenog stupanja na snagu. To se desilo usled eksplozije prve atomske bombe i sloma sovjetsko-američke saradnje, što je pojava koja je radikalno izmenila svet u kome je Povelja trebala da se primenjuje, a obe pojave su se desile ubrzo nakon što je ovaj dokument potpisana u San Francisku“.<sup>4</sup> Pobednički i saveznički duh, koji je provejavao u mesecima i godinama koje su nakon rata usledile, veremenom je bledeo, a ideološka i

<sup>2</sup> Ibid, 93.

<sup>3</sup> Robert C. Hildebrand, *Dumbarton Oaks*, The University of North Carolina Press, 1990, 184.

<sup>4</sup> Michael M. Gunter, „Recent Proposals in the United Nations to Amend the Charter“, *Case Western Reserve Journal of International Law*, 10/3, 1978, 763.

blokovska polarizacija međunarodne scene, postala je dominantna determinanta odnosa u Ujedinjenim nacijama, naročito u Savetu bezbednosti, mestu susreta suprotstavljenih ideoloških divova sa nesputanim pravima. Sve to, dovelo je do brojnih zahteva za revizijom Povelje, i to pre svega u pravcu reforme Saveta bezbednosti.

### 3. PROBLEMI SA KOJIMA SE SUOČAVA SAVET BEZBEDNOSTI

Čini se da je već i pre potpisivanja Povelje bilo jasno da su njene odredbe u dobroj meri plod stava u vezi sa kojim se nije mogao postići nikakav kompromis. Pa ipak, najozbiljnije kritike radu Saveta bezbednosti upućuju se ne toliko zbog povlašćene pozicije „privilegovane petorice“ u njegovom sastavu, već na njihovu nespremnost da vrše osnovnu poverenu im ulogu. Stoga se ističe da „ne postoji tolika potreba za revizijom Povelje, koja je osmišljena tako da bude fleksibilan instrument sposoban da se prilagodi promenjivim okolnostima u svetu, koliko potreba da se modifikuje ponašanje država koje krše njene odredbe“.<sup>5</sup> To kršenje se u javnosti očituje kroz prekomernu upotrebu prava veta, ali i kroz neadekvatnost i neučinkovitost mera koje ovo telo preduzima.

*Pravo veta*, „kao rezultat kompromisa između Sjedinjenih Američkih Država, Sovjetskog Saveza i Ujedinjenog Kraljevstva na konferenciji na Jalti februara 1945. godine je bilo kontroverzno i kritikovano od samog početka.<sup>6</sup> Pa ipak, njegovo instaliranje u sistem Povelje bilo je nešto oko čega se sa velikim silama nije moglo ni pregovarati. O tome slikovito svedoče i reči koje je Tom Koneli (*Tom Connally*) američki senator iz vremena osnivanja Ujedinjenih nacija jednom prilikom izgovorio: „Možete otici iz San Franciska i izvestiti vaše vlade da ste porazili veto, ali takođe možete reći i da smo mi pocepali Povelju“ čiju kopiju je nakon toga pocepao.<sup>7</sup> Smatralo se da ako sve velike sile nisu na istoj strani, postoji opasnost da će neka od sila biti na suprotnoj, što će samo povećati šanse za globalni rat. Neki su bili stava, da bi, ako bi se ograničavanjem prava veta dala snaga odlučivanja malim državama u Savetu bezbednosti, i to državama koje nemaju odgovarajuće resurse za nametanje mira, osim nesigurnosti za svetski mir, to značilo i obaranje principa po kome oni koji rizikuju najviše, odlučuju i o tome

---

<sup>5</sup> Ibid, 764.

<sup>6</sup> Jan Wouters, Tom Ruys, *Security Council Reform: A New Veto For A New Century*, Royal Institute for International Relations, Brussels, 2005, 5.

<sup>7</sup> Florence Emmanuela Dallas, „The Security Council's sine qua non: The Veto Power“, *Rutgers School of Arts and Sciences*, Rutgers University, 2018, 8. Dostupno na: <https://polisci.rutgers.edu/news-publications/occasional-paper-series/346-occasional-paper-8-florence-emmanuela-emmy-dallas/file>, pristup na dan :01.09.2019.

koji rizik da se preduzme.<sup>8</sup> Možda bi način na koji sagledavamo ulogu ovog operativnog, i po svojoj prirodi političkog organa UN bio drugačiji, da je ovo telo, u decenijama nakon osnivanja OUN opravdalo svoje postojanje. Međutim, Savet bezbednosti, ne samo da nije uspeo da sačuva međunarodni mir i bezbednost, nego je naprotiv, od strane velikih sila dogovorenim načinom donošenja važnih odluka, koji uključuje i veto ugrožena i sama ideja međunarodne sigurnosti. O tome poslednjih godina svedoči gljanjanje Rusije i Kine spram pokušaja da se osudi i zaustavi upotreba hemijskog oružja od strane Aasadovog (*Bashar al-Assad*) režima u Siriji, ali i držanje i glasanje Sjedinjenih Američkih Država spram upotrebe prekomerne sile nad civilima od strane Izraela, na okupiranoj palestinskoj teritoriji.<sup>9</sup> Svi ovi pokušaji, osuđeni usled upotrebe prava veta. Treba spomenuti i to, da je sistem glasanja za donošenje suštinskih odluka u Savetu bezbednosti takav, da se može očekivati, da se protiv stalne članice Saveta bezbednosti koja ugrožava mir i bezbednost u svetu ne mogu primeniti nikakve mere protiv njene volje. Ali ne samo protiv nje, nego ni protiv bilo koje druge države pod njenom „zaštitom“. Ili, kako ističe Raisman (*Michael Reisman*): „Kada se jezgro Saveta ne složi, Organizacija ne može delovati. Pravo veta dozvoljava njegovom nosiocu ili nosiocima da zaustave rad Organizacije ako smatraju da bi predložena akcija bila u suprotnosti sa nekim od njihovih vitalnih interesa. Prema tome, Organizacija se ne može direktno suprotstaviti nekom od centara moći, ili, još uopštenije, efektivnom procesu moći. Priznavanje ovih uslova se čini neophodnim, jer bi u suprotnom, Organizacija bila žrtvovana“<sup>10</sup>.

Govoreći o *merama* koje preduzima i donosi Savet bezbednosti UN-a, ne mali broj autora podseća i na njihovu neučinkovitost pa čak i kontraproduktivnost. Tako su svojevereno kritikovane ekonomski sankcije protiv Savezne Republike Jugoslavije a kasnije i sankcije protiv Iraka. Sve to je „navelo međunarodnu zajednicu na pitanje o adekvatnosti primene mera, koje, uprkos tome što su uperene ka sankciranju vlada, završavaju, gotovo neizbežno, pogadajući živote civila“.<sup>11</sup> Kako bi se izbegle ovako pogubne posledice koje mere Saveta bezbednosti imaju na nedužno stanovništvo država čije su vlade na udaru, učinjeni su pokušaji da se uvođenjem takozvanih „pametnih mera“ smanje negativni efekti na stanovništvo. Poznate su, primera radi, finansijske i putne sankcije

<sup>8</sup> R. C. Hildebrand, p. 183.

<sup>9</sup> Videti listu dokumenata i odluka čije donošenje je sprečeno usled upotrebe prava veta od strane stalnih članica Saveta bezbednosti na: [https://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/2018/516](https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/2018/516), pristup na dan 20.10.2019.

<sup>10</sup> Michael Resiman, „The Constitutional in the United Nations“, *American Journal of International Law*, 84/93, 98.

<sup>11</sup> Andrea Binachi, “Assessing the Effectiveness of the UN Security Council’s Anti-terrorism Measures: The Quest for Legitimacy and Cohesion”, *The European Journal of International Law* Vol. 17 no.5 ,2006, 881.

koje su primenjene na članove „Nacionalne unije za potpunu nezavisnost Angole“ (UNITA).<sup>12</sup>

Još i dalje, blokovska i ideološka podeljenost međunarodne zajednice koja je trajala sve do raspada „istočnog bloka“, a koja se reflektovala u radu Saveta bezbednosti, ne samo da je destabilizovala međunarodnu zajednicu, nego je u prvim godinama rada Organizacije, obesmišljavala ideju o univerzalnosti ove organizacije, koja se reflektovala kroz zastoj u prijemu novih članica UN-a.<sup>13</sup>

Ta paraliza Ujedinjenih nacija koja se ispoljavala kroz neprimerenu upotrebu veta od strane stalnih članica SB-a, čak i onda kada se od Organizacije s pravom očekivalo da zaustavi akte nasilja i agresije, uticala je na to, da se mehanizam Povelje UN počinjao otvoreno zaobilaziti, a mnoge države su tražile načina da pravno opravdaju svoje vojno delovanje. Jedan od prvih pokušaja deblokade rada Saveta bezbednosti usledio je nakon bezuspešnih pokušaja da se deluje povodom izbijanja rata u Koreji 1950-1953. godine. Reč je o Rezoluciji Generalne skupštine UN br. 377 (1950) poznatoj pod imenom „Ujedinjeni za mir“. Ovom Rezolucijom je izvršena faktička revizija Povelje UN-a na način suprotan odredbama iz člana 109. Povelje, što je takođe predstavljalo opasnost za međunarodnopravni poredak uspostavljen nakon Drugog svetskog rata.<sup>14</sup> Iako doneta suprotno odredbama Povelje, ova rezolucija je ukazala na hronični problem koji karakteriše rad Saveta bezbednosti UN-a a glasovi koji su tražili reviziju Povelje bili su sve glasniji. Autoritet UN je vremenom počeo da slabi i velike sile su sve češće zaobilazile mehanizme Povelje kada je reč o upotrebe sile u međunarodnim odnosima. Među zemljama zapadnog bloka, oružane akcije u suverenim zemljama su se počele pravdati još uvek spornim, i od velikog broja država neprihvaćenim konceptom „humanitarne intervencije“. Čak su učinjeni brojni naporci da se ova, u svojoj suštini *contra legem* upotreba sile u međunarodnim odnosima, opravda maglovitim koncem međunarodnog običaja. Ovakva arbitrena i samovoljna upotreba sile u

<sup>12</sup> Videti rezoluciju Saveta bezbednosti 1176 od 24. 06. 1998 dostupna na: <https://www.un.org/securitycouncil/content/resolutions-0>, pristup na dan 01.09.2019.

<sup>13</sup> „U prvoj deceniji života Organizacije praksa prijema novih država obeležena je izuzetnom restriktivnošću. U periodu između 1946. i 1955. godine, primljeno je u članstvo samo 9 država mada je preko 20 podnelo zahtev za prijem. Razlog ovakvoj restriktivnoj praksi ležao je u hladnoratovskoj tenziji koja je izbila između dva suprostavljena vojno politička, bloka koja se u konkretnoj stvari izražavala kroz blokadu prijema u Savetu bezbednosti“; Milenko Kreća, *Međunarodno javno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012, 533.

<sup>14</sup> „Ukoliko Savet bezbednosti, usled nedostatka jednoglasnosti stalnih članova, propusti da izvrši svoju prvenstvenu odgovornost u vezi sa održavanjem međunarodnog mira i bezbednosti u slučaju svake pretnje miru, narušavanja mira ili čina agresije, Generalna skupština mora odmah razmotriti taj predmet kako bi članovima dala odgovarajuće preporuke za kolektivne mere uključujući, u slučaju narušavanja mira i čina agresije, i upotrebu oružanih snaga, kada je to potrebno za održavanje i uspostavljanje međunarodnog mira i bezbednosti“; General Assembly resolution 377 (v) „Uniting for Peace“ od 03.11.1950; dostupna na: <https://unispal.un.org/DPA/DPR/unispal.nsf/0/55C2B84DA9E0052B05256554005726C6>, pristup na dan 01. 09. 2019.

međunarodnim odnosima sa sobom nosi veliku opasnost po suverenost slabijih država. U tom smislu države sa pravom veta u Savetu bezbednosti UN ponašaju se na skoro identičan način. Tako se ističe da je „Rusija u svojoj skorašnjoj politici prema Ukrajini pokazala kako humanitarna intervencija može lepo da se uklopi u agendu spoljne politike koju sprovodi moćni sused prema svom nedorašlom komšiji“.<sup>15</sup> Pa ipak, nezadovoljstvo dela međunarodne zajednice koje se odnosi na rad Saveta bezbednosti UN, nije vezano samo za njegovu neučinkovitost, ako se njegov rad sagledava kroz prizmu zadatka koji ovaj organ treba da ostvaruje. Prisutna je i stalna kritika na račun njegovog nereprezentativnog karaktera, i ta kritika njegove nereprezentativnosti, ne odnosi se više samo na geografsku zastupljenost. Sve više se ističu razlozi, da raspodela stalnih mesta u Savetu bezbednosti ne uvažava u dovoljnoj meri kulturološku i versku raznolikost sveta u kome živimo, što su novi momenti u ovoj debati, na koje ćemo u nastavku ukazati.

#### 4.OSVRT NA RANIJE PREDLOGE REFORME I TRENTUTNE POZICIJE NEKIH DRŽAVA SPRAM OVOG PITANJA

Kako je već istaknuto, broj stalnih članica Saveta bezbednosti sa ovlašćenjima koje im daje Povelja UN-a oslikavao je odnose na međunarodnoj sceni, pre, u toku, i u kratkom periodu nakon Drugog svetskog rata. Ti odnosi su se međutim, u decenijama koje su usledile korenito promenili, i kako je postajalo očigledno da je rad Saveta bezbednosti praktično obesmišljen ponašanjem stalnih članica, tako su se javljali i predlozi za njegovom reformom. Uspeh je doživela jedino inicijativa za proširenjem broja nestalnih članica Saveta bezbednosti. Tako je jedina uspešna reforma Saveta bezbednosti bila ona iz 1963, kada je u Generalnoj skupštini UN usvojena Rezolucija 1991-XVIII koja je stupila na snagu dve godine kasnije i kojom je došlo do proširenja broja nestalnih članica sa 6 na 10.<sup>16</sup> Predloga za suštinskom reformom Saveta bezbednosti koji su predviđali i proširenje broja njegovih stalnih članica je bilo mnogo i oni su stizali sa raznih strana, a na ovom mestu ćemo se ukratko osvrnuti na neke od njih. Tako je, primera radi, predlog malezijskog diplomata Razalija (*Ismail Razali*) tzv. „*Razalijev plan*“, uvažavajući argumente velikog broja država, zagovarao proširivanje članstva u Savetu bezbednosti i to za novih pet stalnih i još četiri nestalne članice. Ovaj plan

---

<sup>15</sup> Mihajlo Vučić, „Podobnost humanitarne intervencije kao pravne norme“, *Upotreba sile u međunarodnim odnosima* (ur. Žaklina Novičić), Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd 2018, 251.

<sup>16</sup> Natalino Ronzitti, *The Reform of the UN Security Council*, Instituto Affari Internazionali, Documenti IAI 10/13, 2010, 4; dostupno na: <http://www.iai.it/sites/default/files/iai1013.pdf>, pristup na dan: 10.10.2019.

uvažavao je kako argumente nezadovoljavajuće reprezentacije u Savetu, tako i argument anahronosti kao i štetnosti prava veta. Tako je ovim planom bilo predviđeno stalno mesto u Savetu za po jednu zemlju u razvoju iz Afrike, Azije i Latinske Amerike, dok bi preostale dve bile iz reda razvijenih zemalja.<sup>17</sup> Kada je reč o pravu veta, on se kao „anahron“ kako je u ovom predlogu označen, način odlučivanja ne bi primenjivao na nove stalne članice, dok se od postojećih tražilo da se uzdrže od njegove upotrebe.<sup>18</sup>

U brojnim dokumentima i izveštajima kao što je izveštaj Generalnog sekretara UN Kofi Anana (*Kofi Annan*) iz 2002. pod nazivom „*Jačanje Ujedinjenih nacija: agenda za dalje promene*“ se napominje da „se u očima velikog dela sreća, veličina i sastav Saveta bezbednosti vidi kao nedovoljno reprezentativan“ te potvrđeno da „nijedna reforma Ujedinjenih nacija ne može biti kompletna bez reforme Saveta bezbednosti“.<sup>19</sup> Važno je napomenuti da je plan tadašnjeg Generalnog sekretara UN-a Kofi Anana u Izveštaju Visokog Panela predviđao dva modela proširenja Saveta bezbednosti.<sup>20</sup> Model A predviđao je šest novih stalnih članica bez prava veta uz još tri nestalne članice koje bi se birale na period od dve godine. Model B, nije pak predviđao povećanje broja stalnih članica, već proširenje Saveta bezbednosti za još osam novih članica koje bi se birale na period od četiri godine te još jednom nestalnom članicom koja bi se birala na period od dve godine.<sup>21</sup> I svi naknadni predlozi koji su se odnosili na reformu Saveta bezbednosti ticali su se pre svega proširenja broja stalnih i nestalnih članica, kao i reformom načina glasanja.<sup>22</sup> Ipak, izgleda da idealna formula koja bi pomirila različita stajališta država članica UN spram reforme jednog od njenih glavnih organa još uvek nije pronađena. Ono što se međutim da primetiti, jesu, sada već tipična stajališta i pozicije država u pogledu ovog pitanja, pa ćemo se osvrnuti na ista. Obzirom na nove momente u argumentaciji, posebno nam je zanimljivo tursko stajalište, pa ćemo mu posvetiti i adekvatnu pažnju.

---

<sup>17</sup> B. Cox, 104.

<sup>18</sup> Ibid, 105.

<sup>19</sup> Strengthening of the United Nations: an agenda for further change, Report of the Secretary General, A/57/387, p.8, dostupno na: <https://www.globalpolicy.org/images/pdfs/0909change.pdf>, pristup na dan: 08.09.2019.

<sup>20</sup> Videti: U.N. GA, High Level Panel on Threats, Challenges and Change, A More Secured World: Our Shared Responsibility, 256, U.N. Doc. A/59/565 (Dec. 2, 2004), dostupno na: <http://www.un.org/secureworld/report.pdf>

<sup>21</sup> Francesco Ancona, Eleonora Piergallini, *Change the World, Model United Nations*, „The reform of the Security Council, Barcelona, 2019, p. 7-8, dostupno na: <http://www.cwmun.org/wp-content/uploads/2018/12/BGG-Security-Council-B-Reform-of-the-security-council.pdf> na dan 08.09.2019.

<sup>22</sup> Videti: United for Consensus Draft Res, U.N. Doc. A/59/L.68 od 21. Jula 2005; dostupna na: <https://www.auswaertiges-amt.de/blob/231614/9d4e7fc050f08852ebe373cb7e6ed006/draft-resolution-uniting-for-consensus-data.pdf>

#### 4.1. Pozicija Turske

Poslednja decenija, decenija je ubrzanog ekonomskog jačanja i političkog uticaja Turske u regionu i svetu. Njena geografska pozicija, kao i zainteresovanost turske spoljne politike za delovanje u okruženju koji obuhvata uticaje na tri kontinenta, uticali su na to, da Turska sve glasnije izražava nezadovoljstvo svojom međunarodnom pozicijom i, na izvestan način, marginalnom ulogom koja joj je dodeljena u međunarodnim odnosima uspostavljenim nakon Drugog svetskog rata. Jedan od ciljeva turske spoljne politike jeste i njeno pozicioniranje u Savetu bezbednosti UN, u kome Turska želi svoje stalno članstvo. Tako je u govoru na 73. Zasedanju Generalne skupštine Ujedinjenih nacija, njen predsednik Redžep Tajip Erdoan (*Recep Tayyip Erdoğan*) rekao sledeće: „Nesumnjivo je da su Ujednjene nacije u periodu njihovog sedamdesetgodišnjeg postojanja postigle ogroman uspeh. Ipak, takođe je činjenica da su se Ujedinjene nacije udaljile od svojih mogućnosti da ispune očekivanja koja se odnose na mir i blagostanje u svetu. Konkretno, Savet bezbednosti je zadobio takav oblik, da služi samo inetersima pet stalnih članica koje poseduju pravo veta, i koje ostaju pasivne na ugnjetavanja koja se događaju širom sveta“.<sup>23</sup>

Govoreći na turskoj nacionalnoj televiziji, oktobra 2018. godine, turski predsednik je istakao da je „svet veći od pet stalnih članica Saveta bezbednosti“ i da je „era pet stalnih članica Saveta bezbednosti završena“.<sup>24</sup> U nastojanjima Turske da zadobije poziciju stalnog člana SB nisu istaknuti samo argumenti pravilne geografske raspodele, već i to, da islamski svet koji u tom telu nema svog predstavnika, zaslužuje da u njemu bude zastupljen. Ovaj argument ne bi se trebao potcenjivati obzirom na to, da se teorija prava već neko vreme ozbiljno bavi pitanjima zajedničkih vrednosti u kulturno pluralnim društvima, što međunarodno društvo svakako jeste. Tako Ristivojević podseća na to da bi norme međunarodnog prava bile privatljive za veliki broj subjekata, one moraju nastajati usaglašavanjem stavova koji su u velikoj meri uslovljeni odlikama preovlađujuće kulture dotičnih subjekata.<sup>25</sup> „Nesporno je da jedno opšte, svetsko društvo sa istorodnom kulturom ne postoji“.<sup>26</sup> Podseća i na to da, što je neko društvo veće i u sebi obuhvata više pojedinaca ili zajednica to je veća šansa da je društvo u kulturnom smislu raznorodno.<sup>27</sup> „Samim

<sup>23</sup> Presidency of the Republic of Turkey, The UNSC has taken such a form, only serving the interests of its 5 permanent members, but standing idle to the oppressions, <https://www.tccb.gov.tr/en/news/542/98750/-the-unsc-has-taken-such-a-form-only-serving-the-interests-of-its-5-permanent-members-but-standing-idle-to-the-oppressions->, 10. maj 2019.

<sup>24</sup> Rudaw, Turkey's president argues for larger UN Security Council, <http://www.rudaw.net/english/middleeast/turkey/05102018>, 10. maj 2019.

<sup>25</sup> Branislav Ristivojević, „Uticaj vrednosnih sadržaja kulture na razvoj i uobličavanje međunarodnog krivičnog prava, *Zbornik radova u Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3/2011, 453.

<sup>26</sup> Ibid. 455.

<sup>27</sup> Ibid.

tim je teže stvoriti pravnu celinu u kojoj će se ogledati interesi i vrednosti najvećeg broja pripadnika tog društva. Kada se pređe na međunarodnu ravan, stanje postaje složeno u najvećoj mogućoj meri. Međunarodna zajednica se sastoji od različitih civilizacija i kultura. Stoga je vrlo teško stvoriti zaokruženu vrednosnu celinu koja će imati isto značenje kod najvećeg broja pripadnika različitih kultura koji čine međunarodnu zajednicu<sup>28</sup>. Stoga bi poziciju Turske trebalo sagledavati u kontekstu ovih argumenata.<sup>29</sup> Konačno, ona je i u skladu sa novom strategijom turske spoljne politike u kojoj bi, kako to u svojim analizama ističe bivši turski ministar Ahmet Davutoglu (*Ahmet Davutoğlu*), Turska trebala da ima ulogu kulturnog, političkog i ekonomskog mosta između Istoka i Zapada, te Azije i Evrope.<sup>30</sup>

#### 4.2. Pozicije Nemačke i Italije

Nemačka je poslednjih decenija označena kao zemlja koja čini mnogo na baštinjenju multikulturalizma i nesporno je jedna od najuticajnijih država sveta kako u političkom, tako i u ekonomskom smislu. U skladu sa promenjenim okolnostima nakon Drugog svetskog rata i izrastanja Nemačke u jednu od najdemokratskijih, ali i u ekonomskom smislu najuticajnijih država sveta, pojavili su se glasovi koji ukazuju na to, da je možda došlo vreme za njenim boljim pozicioniranjem i u Savetu bezbednosti. Tako se sve češće čuju stavovi koji ukazuju na želju Nemačke da postane stalna članica ovog tela. Njeni zahtevi temelje se sva-kako i na ogromnom finansijskom doprinisu ove zemlje Ujedinjenim nacijama i aktivnostima ove organizacije u svetu.<sup>31</sup>

Zanimljiv predlog koji se ticao prekompozicije stalnih članica Saveta bezbednosti stigao je od strane nemačkog ministra finansija Olafa Šolca (*Olaf Scholz*). Naime, on smatra da bi u budućnosti Francuska svoje mesto u tom organu trebalo da prepusti Evropskoj uniji.<sup>32</sup> Ovaj zahtev možemo tumačiti ne samo činjenicom da se Francuska uloga u Savetu bezbednosti već neko vreme

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> Naravno, važno je napomenuti, da Turska nije jedina, dominantno muslimanska velika zemlja koja ističe ovu argumentaciju kada je reč o proširenju članstva u Savetu bezbednosti. Tako primera radi Indonezija već neko vreme nudi sličnu arumentaciju u prilog sopstvenog pozicioniranja kao velike muslimanske države sa stalni članstvom u Savetu bezbednosti: Videti: <https://www.voanews.com/east-asia-pacific/indonesia-put-muslim-issues-forward-un-security-council-pristup-na-dan-01.09.2019>.

<sup>30</sup> Ahmet Davutoglu, *Strategijska dubina*, Službeni glasnik, Beograd 2014, 248-249.

<sup>31</sup> Videti: Deutsche Welle, Germany Sets Sights on Permanent UN Seat, <https://www.dw.com/en/germany-sets-sights-on-permanent-un-seat/a-1336552>, 10. maj 2019.

<sup>32</sup> France 24, Germany calls for France to give its UN Security Council seat to the EU, <https://www.france24.com/en/20181128-paris-france-german-proposal-un-eu-macron-merkel-security-council-nations>, 10. maj 2019.

osporava, već i iz razloga tendencija koje su u poslednje vreme malo splase, a koje su ukazivale na to, da se EU u procesima svojih integracija, polako kreće u pravcu neke vrste federalizma, te prerastanja u jedinstvenog subjekta međunarodnog prava sa sopstvenom spoljnom politikom. Ovi zahtevi izazvali su očekivano negodovanje u Francuskoj, ali svakako dodatno ukazuju na značaj pitanja o kojem raspravljamo kao i na moguće pravce u kojima može ići dalja debata o ovom pitanju.

Zanimljivo je primetiti i to, da se zahtevi Italije i Nemačke, iako obe članice Evropske unije poprilično razlikuju kada je reč o predlozima reforme kompozicije Saveta bezbednosti. Naime, dok Nemačka traži svoje mesto među stalnim članicama, Italija zastupa stav o novim članovima koji bi predstavljali grupe država u Savetu bezbednosti, što se od nekih autora tumači kao pripremanje terena za potencijalno članstvo Evropske unije u savetu.<sup>33</sup>

#### **4.3. Zahtevi Indije, Japana i Brazila**

Svoje zahteve za stalnim članstvom u Savetu bezbednosti već izvesno vreme ističu i države koje sa Nemačkom čine takozvanu grupu G4. Tako se i Japan poput Nemačke u svom zahtevu poziva na doprinos finansiranju Organizacije, dok zemlje poput Brazilia i Indije ističu geografsku nezastupljenost kao i brojnu populaciju koju predstavljaju.<sup>34</sup> Mogu se takođe čuti i stari argumeti koje ističu i mnoge druge zemlje a to je, da sadašnji broj stalnih članica oslikava ishod Drugog svetskog rata i da on ne služi trenutnom međunarodnopravnom poretku, te da bi se proširenjem broja stalnih članica Saveta bezbednosti povećala reprezentativnost ovog tela.<sup>35</sup> Ipak, ovi zahtevi za sada nailaze na otpor postojećih stalnih članica Saveta, koje upravo koristeći se osporavanim mehnizima u Savetu, zaustavljaju traženu reformu.

Postoje i ideje da bi Savet bezbednosti trebalo da funkcioniše po principu podeljenih odnosno rotirajućih stalnih članica,<sup>36</sup> međutim, to za sada ostaje na nivou ideje. Ostaje da se vidi, da li će se i na koji način, neki od ovih zahteva u budućnosti i ostvariti.

---

<sup>33</sup> Roberto Falchi, *Germany, Italy and the Reform of the UN Security Council*, Lund University, 2006, 2.

<sup>34</sup> The Economic Times, India, Germany, Brazil, Japan ‘absolutety needed’ at UNSC as permanent members: France, <https://economictimes.indiatimes.com/news/defence/india-germany-brazil-japan-absolutely-needed-at-unsc-as-permanent-members-france/articleshow/69211253.cms>, 10. maj 2019.

<sup>35</sup> Carlos Enrique Ruiz Ferreira, *Brazils a Non-Permanent Member of the UN Security Council During the 2010-2011 Term*, Freidrich Ebert Stiftung, 2012, 3.

<sup>36</sup> M. Kreća, 548.

## 5. UMESTO ZAKLJUČKA

O učincima Ujedinjenih nacija u odnosu na proklamovane ciljeve može se diskutovati na mnogo načina, i gotovo da ne postoji sfera delovanja ove Organizacije koja nakon više od sedam decenija njenog postojanja nije podložna kritici. Pa ipak, kako je još pre nekoliko decenija isticala profesorka Avramov, „kritika nije uvek najpodesniji način da se objasni sva složenost savremenog sveta, naročito ne kada se vodi praznim frazama i jednostranim merilima“.<sup>37</sup> Ne može se osporiti činjenica da je danas situacija u mnogim segmentima međunarodnih odnosa čak i gora nego što je bila u vreme nastanka UN. Ipak, neprihvatljiv je stav da se negativan plitički balans proteklih decenija može mehanički preneti u prostor Povelje.<sup>38</sup>

„Ujedinjene nacije su proizvod istorijske nužnosti, u pitanju je jedan grandiozan poduhvat, u čijim je temeljima ugrađen jedan nov filozofski pogled na svet, koji je u procesu pravno-norativnog uobličavanja pretrpeo izvesna ograničenja, diktirana političkim odnosima njenih osnivača“.<sup>39</sup>

Osnivanjem Ujedinjenih nacija, bez obzira na sve kritike koje se upućuju na račun ove organizacije, međunarodna zajednica je pretrpela korenite promene, a sama Organizacija uticala je na razvoj međunarodnog prava na način, na koji se to nije moglo učiniti u vekovima koji su prethodili njenom osnivanju. Konačno, u dinamičnim društvenim tokovima ne postoji konačan odgovor i rešenje za svaki problem, već je nekada suština tragati za rešenjima. Tako Inis Klod (*Inis L. Claude*), kojeg navodi profesor Rakić ističe da „međunarodno organizovanje mora prvenstveno da bude posmatrano kao izraz traganja za svetskim mirom“.<sup>40</sup> Očito je da se za tim mirom još uvek traga. U tom smislu i kritike koje su u ovom radu iznete, a tiču se načina na koji je organizovana najznačajnija svetska organizacija, s posebnim osvrtom na Savet bezbednosti kao njen operativni organ sa ovlašćenjima koja su mu data Poveljom UN, nikako ne treba shvatiti kao diskurs koji aludira na bilo kakvo odustajanje od traganja za mirom i međunarodnim organizovanjem. Naprotiv, jasno jeda su te kritike samo odraz zabrinutosti za budućnost međunarodnopravnog poretku, te izraz želje da međunarodnopravno organizovanje bude odraz realnih potreba savremene međunarodne zajednice. U ovom trenutku, on na žalost to nije, a jedan od razloga takvog stanja jeste neučinkovitost

---

<sup>37</sup> Smilja Avramov, „Ujedinjene nacije 1945-1985“, *Glasnik Pravnog fakulteta u Kragujevcu* 1984/85, 5.

<sup>38</sup> Ibid.

<sup>39</sup> Ibid.

<sup>40</sup> Branko Rakić, *Ostvarivanje mira preko međunarodnog organizovanja i integrisanja država*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009, 17.

Saveta bezbednosti kao posledica, reklo bi se, neodgovornog odnosa njegovih stalnih članova, kojima je Povelja dala najšira ovlašćenja. Međutim, upozorava se da bi kritike upućene na račun velikih sila, trebalo prihvati sa dozom opreza, jer je uspostavljanje mira u svetu bez njih nemoguće. „Sigurnost u konačnici, nije verbalno pitanje, već i pitanje upotrebe sile u odbrani javnog reda. Bez sile, sigurnost je samo reč. Dizajniranje realnog međunarodnog sistema sigurnosti ne može ignorisati realnost odnosno trenutnu raspodelu moći u svetu.<sup>41</sup> Ovaj neumitni aspekt međunarodne političke realnosti se u međunarodnom pravu priznaje, te u skladu s ovom činjenicom, i odgovarajuća ovlašćenja i autoritet i to kroz formu stalnog članstva ovih država u Savetu bezbednosti UN.<sup>42</sup>

Živimo u svetu, koji je opterećen brojnim problemima i izazovima koji ga u budućnosti očekuju. Čini se, da je izazov reforme Saveta bezbednosti, samo jedan od mnogih sa kojim se međunarodno društvo mora suočiti. Stoga nam je bila želja, da se zbog važnosti pitanja, dodatno osvrnemo na ovaj problem.

## LITERATURA I IZVORI

- Smilja Avramov, „Ujedinjene nacije 1945-1985“, *Glasnik Pravnog fakulteta u Kragujevcu* 1984/85. 5-11
- Francesco Ancona, Eleonora Piergallini, „The reform of the Security Council, Change the World, Model United Nations Barcelona, 2019, <http://www.cwmun.org/wp-content/uploads/2018/12/BGG-Security-Council-B-Reform-of-the-security-council.pdf>
- Andrea Bianchi, “Assessing the Effectiveness of the UN Security Council’s Anti-terrorism Measures: The Quest for Legitimacy and Cohesion”, *The European Journal of International Law* Vol. 17 no.5, 2006, 881-919.
- Jan Wouters, Tom Ruys, *Security Council Reform: A New Veto For A New Century*, Royal Institute for International Relations, Brussels, 2005.
- Mihajlo Vučić, „Podobnost humanitarne intervencije kao pravne norme“, *Upotreba sile u međunarodnim odnosima* (ur: Žaklina Novičić), Institut za međunarodnu politiku i privrednu, Beograd 2018.276-293.
- General Assembly resolution 377 (v) „Uniting for Peace“ od 03.11.1950; <https://unesdoc.un.org/DPSIR/UNISPAL.NSF/0/55C2B84DA9E0052B05256554005726C6>
- Michael M. Gunter, „Recent Proposals in the United Nations to Amend the Charter“, *Case Western Reserve Journal of International Law*, 10/3, 1978. 763-783.
- Ahmet Davutoglu, *Strategijska dubina*, Službeni glasnik, Beograd 2014.
- Florence Emmanuela Dallas, *The Security Council’s sine qua non: The Veto Power*, Rutgers School of Arts and Sciences, Rutgers University, 2018, Dostupno na: <https://polisci.rutgers.edu/news-publications/occasional-paper-series/346-occasional-paper-8-florence-emmanuela-emmy-dallas/file>, na dan 01.09.2019.

<sup>41</sup> Michael Reisman, „The Constitutional in the Unitet Nations“, *American Journal of International Law*, 84/93, p. 97.

<sup>42</sup> Ibid.

- Deutsche Welle, Germany Sets Sights on Permanent UN Seat, <https://www.dw.com/en/germany-sets-sights-on-permanent-un-seat/a-1336552>
- The Economic Times, India, Germany, Brazil, Japan ‘absolutely needed’ at UNSC as permanent members: France, <https://economictimes.indiatimes.com/news/defence/india-germany-brazil-japan-absolutely-needed-at-unsc-as-permanent-members-france/articleshow/69211253.cms>
- Milenko Kreća, *Međunarodno javno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2012.
- Security Council Resolution 1176 „Measurers against UNITA in Angola“ od 24.06.1998.
- Brian Cox, “United Nations Security Council Reform: Collected Proposals and Possible Consequences,” *South Carolina Journal of International Law and Business*: Vol. 6: Iss. 1, Article 4, 2009. 89-128
- Middle East Monitor, Turkey minister: UNSC should have permanent Muslim member, <https://www.middleeastmonitor.com/20181004-turkish-parliament-speaker-says-security-council-should-have-permanent-muslim-member/>
- Presidency of the Republic of Turkey, The UNSC has taken such a form, only serving the interests of its 5 permanent members, but standing idle to the oppressions, <https://www.tccb.gov.tr/en/news/542/98750/-the-unsc-has-taken-such-a-form-only-serving-the-interests-of-its-5-permanent-members-but-standing-idle-to-the-oppressions->
- Branko Rakić, *Ostvarivanje mira preko međunarodnog organizovanja i integrisanja država*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009.
- Michael Reisman, „The Constitutional in the United Nations“, *American Journal of International Law*, 84/93. 83- 100.
- Branislav Ristivojević, „Uticaj vrednosnih sadržaja kulture na razvoj i uobličavanje međunarodnog krivičnog prava, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 3/2011. 443-468.
- Natalino Ronzitti, *The Reform of the UN Security Council*, Instituto Affari Internazionali, Documenti IAI 10/13, 2010, <http://www.iai.it/sites/default/files/iai1013.pdf>
- Carlos Enrique Ruiz Ferreira, *Brazil as a Non-Permanent Member of the UN Security Council During the 2010-2011 Term*, Freidrich Ebert Stiftung, 2012.
- Strengthening of the United Nations: an agenda for further change, Report of the Secretary General, A/57/387; <https://www.globalpolicy.org/images/pdfs/0909-change.pdf>, pristup na dan: 08.09.2019.
- U.N. GA, High Level Panel on Threats, Challenges and Change, A More Secured World: Our Shared Responsibility, 256, U.N. Doc. A/59/565 (Dec. 2, 2004); <http://www.un.org/secureworld/report.pdf>
- United for Consensus Draft Res, U.N. Doc. A/59/L.68 od 21. Jula 2005; <https://www.auswaertigesamt.de/blob/231614/9d4e7fc050f08852ebe373cb7e6ed006/draft-resolution-uniting-for-consensus-data.pdf>
- Roberto Falchi, *Germany, Italy and the Reform of the UN Security Council*, Lund University, 2006.
- Carlos Enrique Ruiz Ferreira, *Brazils a Non-Permanent Member of the UN Security Council During the 2010-2011 Term*, Freidrich Ebert Stiftung, 2012.
- Robert C. Hildebrand, *Dumbarton Oaks*, The University of North Carolina Press, 1990

Rudaw, Turkey's president argues for larger UN Security Council, <http://www.rudaw.net/english/middleeast/turkey/05102018>,

The Economic Times, India, Germany, Brazil, Japan ‘absolutety needed’ at UNSC as permanent members: France, <https://economictimes.indiatimes.com/news/defence/india-germany-brazil-japan-absolutely-needed-at-unsc-as-permanent-members-france/articleshow/69211253.cms>

France 24, Germany calls for France to give its UN Security Council seat to the EU, <https://www.france24.com/en/20181128-paris-france-german-proposal-un-eu-macron-merkel-security-council-nations>,

<https://www.voanews.com/east-asia-pacific/indonesia-put-muslim-issues-forward-un-security-council>,

[https://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=S/2018/516](https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/2018/516), dana 20.10.2019.

*Senad F. Ganić, Ph.D., Assistant Professor  
State University of Novi Pazar  
Department of Law Sciences  
sganic@np.ac.rs*

## **Review on the Discussion of the Need for United Nations Security Council Reform**

**Abstract:** *By establishing the United Nations, mankind experienced a civilization shift, and for the first time in history, a serious step was made in attempts to, by organizing international legal order at the planetary level, prevent wars and establish lasting peace and security in the world. But wars have not been prevented, and the United Nations has shown its inability to react, even in those situations where an unacceptable amount of suffering has occurred on various meridians of our planet. In situations when a prompt reaction was expected, this organization remained passive, and its reactions were reduced to the adoption of resolutions and documents that could not achieve the desired effects. The reason for this in most cases was the fact of opposing coming from some of the permanent members of the Security Council by using their “veto power”. In this way, the Security Council, instead of being a body that should suppose to provide peace and security to the world, slowly turned into arena of conflict of interest of states with great powers. So it became clear over time, that this UN body not only contributed to the establishment of peace and security in the world, which should have been its primary role, but on the contrary, it becomes mute observer of global insecurity, wars and suffering that we are witnessing even today. For this reasons, but also because of the fundamental changes that the international community has suffered since the founding of the UN to the present day, there is an increasing number of countries that believe that this body must undergo a radical reform. In this paper, we have tried to point out some of the key critics that have been addressed to this body, as well as the suggestions regarding the way it should be organized in the future.*

**Keywords:** *United Nations, Security Council Reform, peace and security in the world, veto power.*

Datum prijema rada: 15.05.2019.

*Dr Samir O. Manić, docent*

*Državni univerzitet u Novom Pazaru*

*Departman za pravne nauke*

*manicsamir@hotmail.com*

## OBJEKTIVNA ODGOVORNOST ZBOG ŠTETE IZAZVANE UPOTREBOM MEDICINSKIH SREDSTAVA\*

**Sažetak:** U radu se razmatra mogućnost primene objektivne odgovornosti za opasne stvari i opasne delatnosti i na odgovornost zdravstvenih radnika/zdravstvenih ustanova za štetu koja se pacijentima prouzrokuje primenom opasnih medicinskih sredstava. Pored francuskog i mađarskog prava, kao primera za tzv. otvoreni sistem objektivne odgovornosti, analizirano je i ranije jugoslovensko, kao i aktuelno hrvatsko i srpsko pravo i sudska praksa. Na kraju rada, autor daje niz argumenata na osnovu kojih opravdava primenu objektivne odgovornosti za štetu i na odgovornost zdravstvenih radnika/zdravstvenih ustanova.

**Ključne reči:** Zdravstveni radnici/zdravstvene ustanove, medicinska sredstva, opasna stvar, objektivna odgovornost.

### 1. UVODNA RAZMATRANJA

Medicinska sredstva, pored znanja i veštine zdravstvenih radnika, predstavljaju osnovni razlog efikasnosti zdravstva širom sveta. Nekada je znanje zdravstvenog radnika bilo ključ svake zdravstvene intervencije. Danas, na savremenom nivou razvoja zdravstvenih usluga, znanje zdravstvenih radnika gotovo je neupotrebljivo ukoliko se ne koriste odgovarajuća medicinska sredstva. Medicinska sredstva su postala neizostavni element savremene medicine. Zdravstvene ustanove i privatna praksa, pored činjenice da se ne mogu osnovati bez odgovarajućih medicinskih sredstava, imaju obavezu da se prilikom obavljanja zdravstvene delatnosti koriste, ukoliko je to moguće, najsavremenijim medicinskim sredstvima.

---

\* Rad je prezentovan na Međunarodnoj naučnoj konferenciji Pravna tradicija i novi pravni izazovi, održanoj 03. i 04.10.2019. godine na Pravnom fakultetu Univerziteta u Novom Sadu.

Pored činjenice da su medicinska sredstva od suštinskog značaja za zaštitu zdravlja pacijenata, bilo da se radi o malim seoskim bolnicama ili o velikim bolnicama specijalizovanim za odredene vrste bolesti, ona su, takođe, povezana i sa određenim rizicima po život i zdravlje pacijenata. Ovi rizici se vezuju za nepravilnosti povodom postavljanja, upotrebe, održavanja, kontrolisanja medicinskog sredstva pre i za vreme upotrebe, kao i za kvar ili otkazivanje medicinskog sredstva, odnosno postojanje nedostataka kod medicinskog sredstva. Međutim, najveći ideo u riziku koji medicinska sredstva stvaraju po život i zdravlje pacijenata imaju ona medicinska sredstva koja zbog svoje namene, osobina, položaja, mesta i načina upotrebe u ili na telu pacijenta, ili zbog nekog drugog razloga predstavljaju povećanu opasnost nastanka štete za pacijenta, tako da u suštini predstavljaju *opasne stvari*.<sup>1</sup>

Odgovornost za štetu koju pacijent pretrpi usled upotrebe medicinskih sredstava, u većini pravnih sistema, nije posebno regulisana, pa se pacijenti, gotovo svuda, moraju oslanjati na opšta pravna pravila o odgovornosti za prouzrokovano štetu. Reč je, pre svih, o pravilima subjektivne odgovornosti koja se zasniva na krivici stručnjaka (zdravstvenog radnika), kao i o pravilima koja se odnose na odgovornost pravnog lica (zdravstvene ustanove ili privatne prakse) za štetu koju zaposleni u radu ili u vezi sa radom prouzrokuje trećem licu, a koja se, takođe, zasnivaju na krivici zaposlenog. Radi se o odgovornosti koja se javlja kao posledica kršenja ugovornih ili zakonskih obaveza zdravstvenih radnika u vezi sa medicinskim sredstvima koja se kvalificuje kao stručna (lekarska) greška. Kada je reč o sistemima tzv. zatvorene objektivne odgovornosti, samo pravila subjektivne odgovornosti, odnosno odgovornosti po osnovu krivice, imaju opšti karakter u pravom smislu te reči, tako da pravila objektivne odgovornosti (odgovornosti bez obzira na krivicu) predstavljaju izuzetak koji se primenjuje samo u zakonom predviđenim slučajevima. Takav izuzetak, međutim, nije predviđen ni u jednom pravnom sistemu u odnosu na štetu koja je prouzrokovana upotrebom medicinskih sredstava. Sa druge strane, u okvirima pravnih sistema koji imaju tzv. sistem otvorene objektivne odgovornosti, a gde spada i naš pravni sistem, pravila objektivne odgovornosti imaju svoje posebno polje primene koje je određeno opštim pojmovima kao što su *opasna stvar* i *opasna delatnost*, pa ne predstavljaju izuzetak u odnosu na pravila o subjektivnoj odgovornosti. Pošto pravila o odgovornosti za *opasne stvari* i *opasne delatnosti* imaju svoje posebno polje primene, postavlja se pitanje: *da li se ova pravila mogu primenjivati u svim onim slučajevima u okviru kojih je šteta prouzrokovana upotrebom medicinskih sredstava koja se mogu podvesti pod pojmom opasne stvari?*

---

<sup>1</sup> Samir Manić, *Odgovornost zbog štete izazvane upotrebom medicinskih sredstava*, Doktorska disertacija, Niš, 2015., 2.

Cilj ovog naučnog rada je da se ispita da li se pravo na naknadu štete, koja je pacijentu prouzrokovana opasnim medicinskim sredstvom, može ostvariti, uz ispunjenje zakonskih uslova, prema pravilima objektivne odgovornosti za štetu.

## 2. POJAM, VRSTE I KLASIFIKACIJA MEDICINSKIH SREDSTAVA PREMA STEPENU RIZIKA ZA KORISNIKA ZDRAVSTVENIH USLUGA

Zahvaljujući savremenoj nauci, tehnologija vezana za zdravstvenu delatnost razvija se neverovatnom brzinom, tako da je veoma teško dati jednu definiciju pojma medicinskog sredstva koja bi bila dovoljno široka da obuhvati sva dostignuća iz sveta medicine u dužem vremenskom periodu. Svetska zdravstvena organizacija definiše medicinsko sredstvo kao *zdravstvenu tehnologiju koja nije lek, vakcina niti klinička procedura, a koja se koristi u cilju očuvanja života, poboljšanja zdravlja i neophodna je za dijagnozu, lečenje, prevenciju i upravljanje svim medicinskim stanjima, bolestima, oboljenjima i invaliditetom.*<sup>2</sup> U okvirima nemacke pravne teorije, medicinsko sredstvo se definiše kao predmet koji neposredno služi u dijagnostici ili terapiji (kao npr. instrumenti za operaciju, dijalizatori, uredaji za zračenje, reanimatori, aparati za narkozu, aparati za termoterapiju i sl.); predmeti koji ne služe lečenju ili ispitivanju pacijenata, već u neke druge svrhe (npr. kreveti, obični stolovi, bolnička kolica), ne mogu se definisati kao medicinsko sredstvo.<sup>3</sup>

Medicinska sredstva se razlikuju od lekova po tome što se njihovo osnovno predviđeno delovanje, obično, postiže fizičkim putem. Istina, medicinska sredstva mogu se tokom svog funkcionisanja koristiti farmakološkim, imunološkim ili metaboličkim sredstvima. Međutim, ukoliko neki proizvod ispunjava svoju osnovnu funkciju farmakološki, imunološki ili metabolički, onda je on lek. U principu, lekovi su hemikalije koje se unose u organizam i metabolišu se, dok su medicinska sredstva trajne stvari. Za razliku od medicinskih sredstava, lekovi utiču na ljudsku fiziologiju kroz biohemijske procese.<sup>4</sup>

Prema našem Zakonu o lekovima i medicinskim sredstvima,<sup>5</sup> medicinska sredstva se dela na: opšta medicinska sredstva, invitro dijagnostička medicinska

---

<sup>2</sup> World Health Organization, *First WHO global forum on medical devices: context, outcomes, and future actions*, 9 –11 September 2010 Bangkok, Thailand, Version 8 April 2011, 3.

<sup>3</sup> Deutsch Erwin, Spickhoff Andreas, *Medizinrecht*, 5. Auflage, Berlin, 2003, 204.

<sup>4</sup> Green Michael, Schultz William., „Tort Law Deference to FDA Regulation of Medical Devices“, *Georgetown Law Journal*, Vol. 88, Issue 7 (July 2000), 2127.

<sup>5</sup> Zakon o lekovima i medicinskim sredstvima – ZLMS, Sl. glasnik RS, br. 30/2010, 107/2012, 113/2017 – dr. zakon i 105/2017 – dr. zakon; Zakonom o lekovima i medicinskim sredstvima iz 2010. godine uskladeni su propisi Republike Srbije sa propisima iz Direktiva 90/385/EEC, 93/42/EEC, 98/79/EC i 2007/47/EC EU.

sredstva i aktivna implantabilna medicinska sredstva.<sup>6</sup> Pri tome, ZLMS-a definisan je pojam, kako opštih medicinskih sredstava, tako i invitro dijagnostičkih i aktivnih implantabilnih medicinskih sredstava.<sup>7</sup> Posmatrano sa stanovišta objektivne odgovornosti za štetu, veoma je interesantna podela opštih medicinskih sredstava prema stepenu rizika za korisnika zdravstvenih usluga na: I klasu – medicinska sredstva s niskim stepenom rizika za korisnika; IIa klasu – medicinska sredstva s višim stepenom rizika za korisnika; IIb klasu – medicinska sredstva s visokim stepenom rizika za korisnika; i III klasu – medicinska sredstva s najvišim stepenom rizika za korisnika.<sup>8</sup> Sama činjenica da je medicinsko sredstvo svrstano u jednu od navedenih klasa ima veliki značaj za građansko-pravnu odgovornost zdravstvenih radnika. Ukoliko je medicinsko sredstvo klasifikovano u klasu III ili u klasu IIb, u nekim slučajevima i u klasu IIa,<sup>9</sup> onda je to veoma jaka indicija za sud da se takvo medicinsko sredstvo može podvesti pod pojам *opasne stvari* u smislu pravila o objektivnoj odgovornosti za štetu.<sup>10</sup>

Prilikom prosudivanja da li će određeno medicinsko sredstvo svrstati u kategoriju *opasnih stvari*, sudu, takođe, od velike pomoći može biti i podela opštih medicinskih sredstava na neinvazivna, invazivna i aktivna. Ova podela je izvršena prema prirodi medicinskih sredstava, njihovoj povezanosti sa izvorima energije i drugim osobinama.<sup>11</sup> Tako, aktivna medicinska sredstva obično se koriste određenom energijom (električnom, toplotnom, kinetičkom, itd.) koja stvara povećani stepen rizika izazivanja štete po pacijente. Kada su u pitanju medicinska sredstva, mogućnost izazivanja štete je povećana zbog okolnosti da za mnoge njihove radne delove (npr. elektrode kod električnih medicinskih sredstava) postoji potreba za direktnim kontaktom sa telom pacijenta.<sup>12</sup> Isto, od određenih medicinskih

---

<sup>6</sup> Čl. 171. ZLMS.

<sup>7</sup> Vid. čl. 172-174. ZLMS.

<sup>8</sup> Čl. 175. st. 1. ZLMS; Srvstavanje medicinskih sredstava u određene klase izvršeno je Pravilnikom o klasifikaciji opštih medicinskih sredstava – PKOMS, *Službeni glasnik RS*, br. 46/2011; Više o klasifikaciji medicinskih sredstava vid. u: S. Manić (2015), 22-34.

<sup>9</sup> Odlukom Ustavnog suda Republike Hrvatske, U-III-1062/2005 od 15. 11. 2007., *Narodne novine* br. 1/80., sud je ocenio ustavnim stav Opštinskog i Županijskog suda da je aparat za sprovođenje fizikalne terapije galvanskom strujom po svojim osobinama, nameni i položaju opasna stvar. Shodno Registru medicinskih sredstava Republike Srbije, medicinska sredstva (aparati) za fizikalnu terapiju svrstavaju se ili u klasu IIa ili u klasu IIb medicinskih sredstava. Ako se medicinsko sredstvo iz klase IIa može okarakterisati kao opasna stvar, tim pre medicinska sredstva iz klase IIb i klase III mogu stечi to svojstvo.

<sup>10</sup> S. Manić (2015), 51; Đorđe Nikolić, „Objektivna odgovornost medicinskih poslenika za štetu od opasnih medicinskih sredstava – argumenti pro et contra“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, godina LXVI, 1/2018, 74.

<sup>11</sup> Čl. 175. st. 2. ZLMS.

<sup>12</sup> Ćepulić Egidie, Predavanje na Tribini Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravnika grada Zagreba (tema: Odgovornost za štete nastale upotrebom medicinskih uređaja), Bilten tribine, br. 1/2001, str. 17: U Hrvatskoj je došlo do stradanja nekoliko pacijenata usled strujnog udara na uređaju za mamografiju.

sredstava preti povećani stepen izazivanja štetnih posledica zbog okolnosti da se njihov osnovni način delovanja sastoji u korišćenju određenog zračenja. Pored toga, neka medicinska sredstva stvaraju veći rizik izazivanja štete zbog okolnosti da dolaze u direktni kontakt sa vitalnim organima pacijenta (npr. srcem, kičmenom moždinom). Stoga, svrstavanje nekog medicinskog sredstva u grupu invazivnih ili aktivnih medicinskih sredstava sigurno će biti jaka indicija za sud da sva takva medicinska sredstva kvalificuje kao *opasne stvari*.<sup>13</sup>

### 3. OTVORENI SISTEM OBJEKTIVNE ODGOVORNOSTI ZA ŠTETU

#### 3.1. Otvoreni sistem objektivne odgovornosti u francuskom pravu

Objektivna odgovornost za štetu u francuskom pravu propisana je članom 1242. (nekada čl. 1384) Code Civil-a.<sup>14</sup> U stavu 1. ovog člana navodi se da: „Oso- ba je kriva ne samo za štetu prouzrokovanoj sopstvenom radnjom, nego i za štetu prouzrokovanoj radnjama drugih lica za koje je odgovorna, ili stvarima koje su pod njenim nadzorom“. Prema savremenom shvatanju, stavom 1. člana 1242. CC nametnuta je pretpostavka odgovornosti (*une présomption de responsabilité*), a ne pretpostavka krivice.<sup>15</sup> Štetnik se može oslobođiti odgovornosti ako dokaže da je šteta posledica više sile ili nepredvidivih okolnosti van njegove kontrole.<sup>16</sup> U skladu sa pravilom koje proizilazi iz ovog člana, a koje je potvrđio Kasacioni sud u junu 1896. godine, da bi se uspostavila odgovornost za štetu dovoljno je da tu- žilac dokaže da je pretrpeo štetu od neživog objekta koji se nalazio pod kontrolom tuženog.<sup>17</sup> Pravilom iz st. 1. člana 1242. CC obuhvaćene su sve fizičke stvari, izuzev onih za koje postoji posebno pravilo (npr. za životinje (1243. CC), za objek-

---

<sup>13</sup> Vid. više u: S. Manić (2015), 52-55; Đ. Nikolić, 75.

<sup>14</sup> Code Civil (u daljem tekstu CC). Version consolidée au 21 juillet 2019.

<sup>15</sup> Reid Elspeth, „Liability for Dangerous Activities: A Comparative Analysis“, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, Issue 4 (October 1999), 744; Orientir za ovakav razvoj sudske prakse predstavljala je odluka francuskog Kasacionog suda (*Cour de Cassation*) iz 1930. godine, gde se kaže da čuvati stvari odgovara bez obzira na krivicu pod uslovom da šteta nije nastala iz spoljašnjeg i neotklonjivog događaja, odnosno da šteta nije posledica više sile. (*Court de Cassation*, Ch. Réun., 13.02.1930, (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=recJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006952821>, 22. septembar 2019).

<sup>16</sup> R. Elspeth, 744.

<sup>17</sup> United Nations-International Law Commission, *Survey of liability regimes relevant to the topic of international liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law (international liability in case of loss from transboundary harm arising out of hazardous activities)*, Fifty-sixth session, Geneva, 3 May-4 June and 5 July-6 August 2004., 31.

te koji su skloni rušenju (1244. CC) i sl.).<sup>18</sup> Međutim, među teoretičarima ne postoji saglasnost oko toga da li se objektivna odgovornost primjenjuje samo u onom slučaju kada je šteta prouzrokovana putem opasne stvari ili se stav 1. člana 1242. primjenjuje u svakom onom slučaju gde šteta potiče od određene stvari, bez obzira da li je ona opasna ili ne.<sup>19</sup> U sudskej praksi preovladava stav da suština nije u podeli stvari na opasne i bezopasne, već u tome da stvar mora igrati centralnu ulogu u prouzrokovajući štete.<sup>20</sup>

Ako uzmemo u obzir činjenicu da u francuskom pravu konkurenčija između ugovorne i delikatne odgovornosti nije moguća (odredbe o ugovornoj odgovornoći su *lex specialis* u odnosu na delikte),<sup>21</sup> sasvim je jasno da deliktna objektivna odgovornost iz člana 1242. CC igra veoma malu ulogu kada je u pitanju naknada štete prouzrokovane pacijentu upotrebom medicinskog sredstva. Ovo zbog toga što zdravstveni radnici i zdravstvene ustanove odgovaraju, najčešće, prema pravilima ugovorne odgovornosti.<sup>22</sup> Ipak, uprkos činjenici da objektivna deliktna odgovornost za štetu nema veliku ulogu, značajno je ukazati na okolnost da je ona moguća u onim slučajevima gde ne postoji ugovorni odnos između zdravstvenog radnika/zdravstvene ustanove i pacijenta (npr. u slučaju ništavosti ugovora). U jednom slučaju iz prakse francuskog Kasacionog suda, gde je nastupila smrt pacijenta kada je tokom operacije eksplodirao aparat za narkozu, sud je podveo činjenično stanje pod odredbu čl. 1242. CC o odgovornosti za štete od stvari kod koje se pretpostavlja odgovornost čuvara.<sup>23</sup>

Značajno je ukazati na to da je francuski Kasacioni sud, kada je u pitanju ugovorna odgovornost zdravstvenih radnika/zdravstvenih ustanova, vremenom uspostavljao izvesne izuzetke od subjektivne odgovornosti koji se vezuju i za odgovornost za štetu koja se pacijentima prouzrokuje upotrebom medicinskih sred-

---

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> Vid. Reinhart Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, 1996, 1141- 1142; John Kelson, „State Responsibility and the Abnormally Dangerous Activity“, *Harvard International Law Journal*, Vol. 13, Issue 2 (Spring 1972), 209-210; E. Reid, 743; Vernon Palmer, „General Theory of the Inner Structure of Strict Liability: Common Law, Civil Law, and Comparative Law“, *Tulane Law Review*, Vol. 62, Issue 6, (1987-1988), 1338.

<sup>20</sup> Cour de Cassation, Ch. Réun., 13.02.1930, (<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000006952821>, 22. septembar 2019.); Cour de Cassation, Chambre civile, 19 février 1941, (<https://wwwdoctrine.fr/d/CASS/1941/DE8460474725538003> 22. septembra 2019).

<sup>21</sup> Simon Taylor, „The development of medical liability and accident compensation in France“, u: Hondius Ewoud (ed), *The development of medical liability*, Cambridge University Press, 2010., 71.

<sup>22</sup> Radišić Jakov, *Odgovornost zbog štete izazvane lekarskom greškom u lečenju i u obaveštavanju pacijenta*, „Nomos“ Beograd, Beograd, 2007, 114.

<sup>23</sup> H. Schreiber, Apparative Medizin: Rechtliche Probleme der Verantwortlichkeit des Arztes, u: *Leopoldina Symposium: der Arzt und apparative Medizin*, „Nova Acta Leopoldina“, neue Folge, Nummer 249, Band 55, Halle, 1983., 103; Deutsch Erwin, Medizinrecht. Arztrecht, Arzneimittelrecht und Medizinproduktrecht. Berlin, 1999., 174.

stava.<sup>24</sup> Tako, ukoliko zdravstvena intervencija podrazumeva upotrebu medicinskog sredstva, sud je uzimaо da ugovor između zdravstvenog radnika/zdravstvene ustanove i pacijenta uključuje odredbu kojom se garantuje da medicinsko sredstvo nema nikakav nedostatak i da će nepogrešivo funkcionišati.<sup>25</sup> Ukoliko se desi da pacijent pretrpi štetu od medicinskog sredstva, zdravstveni radnik/zdravstvena ustanova odgovaraće po osnovu objektivne ugovorne odgovornosti.<sup>26</sup>

### **3.2. Otvoreni sistem objektivne odgovornosti u mađarskom pravu**

Mađarski građanski zakonik<sup>27</sup> predviđa objektivnu odgovornost za štetu od visoko opasnih aktivnosti. Reč je, zapravo, o otvorenoj kategoriji koja daje sudsivima značajnu slobodu u pogledu raspodele rizika.<sup>28</sup> Dugo vremena nije izgledalo da će objektivna odgovornost za visoko opasne aktivnosti imati uticaj na odgovornost zdravstvenih radnika/zdravstvenih ustanova za prouzrokovani štetu, jer se njihova odgovornost, uglavnom, zasnivala na krivici kao osnovu odgovornosti.<sup>29</sup> Ipak, jednom odlukom iz 2005. godine mađarski Vrhovni sud je dozvolio proširenje objektivne odgovornosti za visoko opasne aktivnosti i na zdravstvenu delatnost.<sup>30</sup> U ovom slučaju, zdravstveni radnici su tokom operacije koristili posebnu tinkturu, koja je sadržala alkohol, da bi sterilisali kožu pacijenta. Kada je doktor započeo operaciju, koristeći električni nož, materija na koži pacijenta se zapalila usled čega je pacijent zadobio teške povrede zbog kojih je i preminuo. Sudskom odlukom utvrđeno je da je obavljanje operacije na ovakav način, upotrebom zapaljivog materijala, visoko opasna aktivnost, pa je stoga i odgovornost zdravstvene ustanove za štetu objektivnog karaktera. Kako bi se oslobođila od odgovornosti, zdravstvena ustanova je pokušala da dokaže da se uzrok štete nalazi van polja njenih aktivnosti, ali nije u tome uspela.<sup>31</sup> Lice koje je vlasnik, koje kontroliše rizik aktivnosti u celini, ili koje ima direktni interes od sprovodenja aktivnosti, smatra se rukovodiocem (nosiocem) aktivnosti i kao takvo podleže objektivnoj odgovornosti za štetu.<sup>32</sup> Kada je u pitanju odgovornost za štetu od

---

<sup>24</sup> S. Taylor, 90.

<sup>25</sup> Ibid.

<sup>26</sup> Cass. civ. (I), 9 Nov. 1999, *Resp. civile et assur.* 2000, no.61. navedeno prema: S. Taylor, 90.

<sup>27</sup> Civil Code of Hungary – (CCH), Act V of 2013 on the Civil Code, 26 February 2013., propisuje objektivnu odgovornost za visoko opasne aktivnosti u: poglavљу LXVIII, odeljak 6: 535. Nekada je bio odeljak 345: Act IV of 1959 On the Civil Code of the Republic of Hungary.

<sup>28</sup> Attila Menyhárd, „Medical Liability in Hungary“, u: Bernhard A. Koch (ed.), *Medical Liability in Europe: A Comparison of Selected Jurisdictions*, Tort end Insurance Law, 2011, 306.

<sup>29</sup> Ibid.

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> Supreme Court, Legf Bir Pf III 25.423/2002 sz- BH 2005 no 251., navedeno prema., A. Menyhárd, 306.

<sup>32</sup> A. Menyhárd, 306.

opasnih medicinskih sredstava, značajno je naglasiti da ne postoji razlika između upotrebe opasne stvari i obavljanja opasne delatnosti.<sup>33</sup>

### **3.3. Otvoreni sistem objektivne odgovornosti u jugoslovenskom, hrvatskom i srpskom pravu**

#### *3.3.1. Jugoslovensko pravo*

Donošenjem Zakona o obligacionim odnosima 1978. godine<sup>34</sup> jugoslovensko pravo prihvatiло je otvoreni sistem objektivne odgovornosti za *opasne stvari* i *opasne delatnosti*. U članu 154. st. 2. se kaže da „za štetu od stvari ili delatnosti, od kojih potiče povećana opasnost štete za okolinu, odgovara se bez obzira na krivicu“. Međutim, ZOO nije definisao pojam *opasne stvari* iako je njegovo bliže određenje postojalo u Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima<sup>35</sup> profesora Konstantinovića, na čijim temeljima je i donet ZOO. Bez obzira što redaktori ZOO nisu uneli u zakon definiciju *opasne stvari* iz Skice, sudska praksa se oslanja na nju već duže od četrdeset godina.<sup>36</sup> U čl. 136. st 1. Skice se navodi da: „Imaonički stvari, pokretnih ili nepokretnih, čiji položaj, ili upotreba, ili osobine, ili samo postojanje predstavljaju povećanu opasnost štete za okolinu (opasne stvari), odgovara za štetu koja potiče od njih.“ Pojam *opasne stvari* predstavlja, dakle, pravni standard koji se menja u zavisnosti od određenih okolnosti svakog pojedinačnog slučaja. Uzimajući u obzir ovu činjenicu, sudovi su pozvani da u svakom konkretnom slučaju, po svom slobodnom uverenju i oceni, utvrde da li se neka stvar može smatrati opasnom. U skladu sa tim, elastični pojam *opasne stvari* može obuhvatiti i veliki broj opasnih medicinskih sredstava.

Objektivna odgovornost za opasna medicinska sredstva nije bila strana sudskej praksi ni pre donošenja ZOO. Tako je odlukom Okružnog suda u Zagrebu iz 1975. godine<sup>37</sup> i odlukom Vrhovnog suda Hrvatske iz 1977. godine<sup>38</sup> pacijentu priznato pravo na naknadu štete po osnovu objektivne odgovornosti zbog teške telesne povrede zadobijene lečenjem elektrošokovima. U odlukama su sudovi, između ostalog, naveli da je lečenje elektrošokovima po svojim karakteristikama

<sup>33</sup> Ibid., 307.

<sup>34</sup> Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Sl. list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93.

<sup>35</sup> Mihailo Konstantinović, *Obligacije i ugovori: Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima (Klasici jugoslovenskog prava)*, Službeni list SRJ, Beograd 1996., prvi put objavljen 1969. godine u izdanju Pravnog fakulteta u Beogradu (u daljem tekstu: Skica).

<sup>36</sup> To je i, verovatno, razlog zbog čega je Komisija za izradu građanskog zakonika predložila kao buduću definiciju kodeksa., vid. Komisija za izradu Građanskog zakonika, *Prednacrт, Građanski zakonik Republike Srbije, Druga knjiga, Obligacioni odnosi*, Beograd, 2009., čl. 187.

<sup>37</sup> Odluka Okružnog suda u Zagrebu P. 1322/75 od 22. septembra 1975. godine., Pregled sudske prakse u 1977. godini, br. 11, Zagreb, 28–29.

<sup>38</sup> Odluka Vrhovnog suda Hrvatske Gž. 119/76 od 11. januara 1977. godine., Ibid.

toliko opasno da bolnica, zbog činjenice da se smatra imaočem medicinskog sredstva kao opasne stvari, odgovara za štetu po načelima objektivne odgovornosti. Međutim, povodom zahteva za zaštitu zakonitosti, obe odluke ukinute su odlukom Saveznog suda SFRJ iz 1978. godine.<sup>39</sup> U obrazloženju odluke Saveznog suda se, pored ostalog, kaže da „bolnica kao imalac opasne stvari odgovara kauzalno za štetu koju usled opasnih svojstava stvari pretrpi radnik bolnice ili neko treće lice, osim lica u čijem se lečenju koriste opasne stvari“. Kasnije, posle donošenja ZOO, isto obrazloženje imao je i Vrhovni sud Hrvatske u jednoj odluci iz 1984. godine, kada nije prihvatio stanovište nižestepenih sudova da je termokauter opasna stvar, a njegova upotreba opasna delatnost, odnosno delatnost s povećanom opasnosti, pa da stoga bolnica odgovara po načelu uzročnosti na osnovu odredaba čl. 173. i 174. ZOO.<sup>40</sup> Radilo se, naime, o sporu za naknadu štete koja je nastala prilikom operacije žuči, a gde je krvarenje rane tužilje zaustavljano uz pomoć termokautera. Tom prilikom, došlo je do kratkog spoja te je tužilja pretrpela jake opekomotine. Nižestepeni sudovi bili su stanovišta da je medicinsko sredstvo termokauter *opasna stvar*, kao i da njegova upotreba predstavlja *opasnu delatnost*, te da bolnica treba da odgovara po načelu uzročnosti. Međutim, Vrhovni sud Hrvatske zaključno je naveo da će bolnica odgovarati za štetu koju je tužilja pretrpela samo „uz prepostavku da postoji krivica njenih radnika za štetnu posledicu“.

Kada je u pitanju jugoslovenska sudska praksa, zanimljivo je da je Vrhovni sud Republike Bosne i Hercegovine, u jednoj svojoj odluci od 11. juna 1985. godine, zauzeo suprotan stav u odnosu na stav Saveznog suda. U odluci se, pored ostalog, kaže da zdravstvena ustanova odgovara prema principima objektivne odgovornosti za štetu ukoliko je ona nastala zbog neispravnosti medicinskog sredstva, pa i kad je neispravnost posledica konstrukcijske greške proizvođača.<sup>41</sup>

Za razliku od hrvatske i bosanske sudske prakse, sudska praksa u ostalim jugoslovenskim republikama čvrsto se držala krivice kao osnova odgovornosti zdravstvenih radnika/zdravstvenih ustanova. Tako se u jednoj odluci Vrhovnog suda Srbije iz 1981. godine navodi da „svako lice koje se podvrgne medicinskoj intervenciji snosi rizik objektivnih posledica te intervencije. Zdravstvena ustanova koja vrši medicinsku intervenciju može odgovarati samo za one posledice intervencije koje nastaju usled nestručnog, nepažljivog ili nepropisnog rada njenih radnika,.tj. postupanja koje nije bilo u skladu sa pravilima medicinske nauke.“<sup>42</sup>

<sup>39</sup> Presuda Saveznog suda Gzs-62/77 od 26. januara 1978. godine., *Pravni život* 3/1978, 73-74.

<sup>40</sup> Rešenje Vrhovnog suda Hrvatske, Rev. 1865/1983-2, od 23. februara 1984. godine.

<sup>41</sup> Rešenje Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine, Rev. 102/85, od 11. 06. 1985. godine, *Zbirka sudskeih odluka*, knjiga 10, sveska 1-2/1985, 183. navedeno prema: Jakov Radišić, *Medicinsko pravo*, „Nomos“ Beograd, Beograd, 2004., 209.

<sup>42</sup> Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 2066/80 od 14. januara 1981. godine, objavljena u *Pravnom životu* 11/81., navedeno prema: Konstantin Petrović, „Svako lice koje se podvrgne medicinskoj intervenciji snosi rizik od objektivnih posledica te intervencije“, *Pravni život*, br. 2/1982., 245-246.

Na ovom mestu treba istaći i činjenicu da je Vrhovni sud Srbije, u obrazloženju jedne odluke iz 1998. godine, zauzevši stav da je tužena isključivo kriva za štetu, samo napomenuo da bi tužena bila odgovorna i prema pravilima o odgovornosti za *opasne stvari* i *opasne delatnosti* jer je „prekid trudnoće u dvanaestoj nedelji opasna delatnost“.<sup>43</sup>

### 3.3.2. Hrvatska sudska praksa

Kada se radi o štetama u medicini, objektivna odgovornost za *opasne stvari* i *opasne delatnosti* nije strana hrvatskoj sudske praksi ni posle osamostaljenja. Tako, odlukom Županijskog suda u Zagrebu od 14. oktobra 2003. godine,<sup>44</sup> sud je odlučio da za komplikovani porođaj bolnica odgovara po osnovu objektivne odgovornosti, jer je reč o opasnoj delatnosti od koje potiče povećana opasnost nastanka štete. Međutim, u jednoj odluci Vrhovnog suda Hrvatske, koja je doneta samo tri godine pre, a povodom sličnog slučaja, zauzeto je stanovište da se radi o subjektivnoj odgovornosti.<sup>45</sup> Iz navedenog proizilazi da je hrvatska sudska praksa nejedinstvena po pitanju primene objektivne odgovornosti za opasne stvari i opasne delatnosti na štete u medicini.

Veliki iskorak u uspostavljanju jedinstvene sudske prakse, povodom objektivne odgovornosti za štete nastale usled upotrebe opasnih medicinskih sredstava, trebala je da ima odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske od 15. novembra 2007. godine.<sup>46</sup> Ovom odlukom Ustavni sud je proglašio ustavnim stav Opštinskog i Županijskog suda da je medicinsko sredstvo za fizikalnu terapiju galvanskom strujom *opasna stvar* te da zdravstveni radnik/zdravstvena ustanova treba da odgovara prema pravilima objektivne odgovornosti za štetu. U konkretnom slučaju, tužilac je lečen kod podnosioca ustavne tužbe zbog povreda koje su nastale prelomom leve podlaktice. Tokom terapije galvanskim strujama, na odeljenju za fi-

---

<sup>43</sup> Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1048/98 od 18. marta 1998. godine, navedeno prema: Đ. Nikolić, 77.

<sup>44</sup> Presuda Županijskog suda u Zagrebu, Gžn-1669/02 od 14. oktobra 2003. godine., Kada je u pitanju komplikovani porođaj koji za roditelja predstavlja povećanu opasnost, a koji od lekara zahteva povećanu pažnju od one koja se zahteva pri uobičajenom porođaju, bolnica odgovara po načelu objektivne odgovornosti iz čl. 173. ZOO, jer je reč o opasnoj delatnosti od koje potiče povećana opasnost nastanka štete., navedeno prema: Crnić Ivica, „Odštetna odgovornost lječnika i zdravstvenih ustanova s prikazom sudske prakse (Drugi dio)“, *Hrvatska pravna revija*, veljača 2009, 36.

<sup>45</sup> „Naime, bolnica odgovara za štetne posljedice, inače dopuštenog u medicini i opće prihvaćenog načina liječenja, po principu krivnje, a pozivom na odredbu iz čl. 154. st. 1. Zakona o obveznim odnosima („NN“ br. 53/91, 73/91 i 3/94), Odluka Vrhovnog suda, Rev 1180/1997-2 od 05. decembra. 2000. godine., ([http://91.230.238.75/CaseLaws/Content.aspx?Doc= VRHSUD\\_HR&SOPI=VSRH1997RevB1180A2](http://91.230.238.75/CaseLaws/Content.aspx?Doc= VRHSUD_HR&SOPI=VSRH1997RevB1180A2), 10. oktobra 2019. godine).

<sup>46</sup> Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske (U- III -1062/2005 od 15. 11. 2007., *Narodne novine* br. 1/80.

zikalnu terapiju podnosioca ustavne tužbe, tužilac je zadobio opeketine kože trećeg stepena. Prvostepeni sud je utvrdio da je terapijski postupak primene galvanske struje *opasna delatnost*, a za štetu koja nastane usled takve delatnosti odgovara osoba koja se njome bavi. Povodom prvostepene presude podnositelj ustavne tužbe uložio je žalbu koju je drugostepeni sud u celosti odbio kao neosnovanu utvrdivši da je medicinsko sredstvo za sprovođenje fizikalne terapije galvanskom strujom po svojim osobinama, nameni i položaju *opasna stvar*, pa je, u skladu sa tim, prvostepeni sud ispravno postupio. Na kraju, ono najbitnije, Ustavni sud Republike Hrvatske naglašava da je objektivna odgovornost predviđena generalno za sve štete od stvari i delatnosti sa povećanim rizikom za okolinu, a na sudu je da u svakom konkretnom slučaju oceni da li je stvar odnosno delatnost u vezi sa kojom je šteta nastala, doista stvar odnosno delatnost od koje preti povećana opasnost od nastanka štete. Međutim, samo tri godine kasnije, u svojoj odluci od 10. februara 2010. godine, Vrhovni sud Hrvatske nije sledio stanovište Ustavnog suda kada je, neopravdano,<sup>47</sup> odbio reviziju tužilje u kojoj je tvrdila da je pogrešno primenjeno materijalno pravo jer povodom štete koja je prouzrokovana primenom kolonoskopa, kao opasnog medicinskog sredstva, nisu primenjena pravila objektivne odgovornosti za štetu.<sup>48</sup>

### *3.3.3. Odluka kojom se otvaraju vrata objektivne odgovornosti za štetu u sudskej praksi Republike Srbije*

U pravu Republike Srbije, kao i u pravima bivših jugoslovenskih republika, postoji mogućnost primene, kako pravila subjektivne, tako i pravila objektivne odgovornosti na štetu nastalu upotrebotom medicinskih sredstava. Međutim, kada je u pitanju sudska praksa, imamo činjenicu da se ona dugo vremena, jedinstveno i čvrsto, držala krivice kao osnova odgovornosti zdravstvenih radnika/ zdravstvenih ustanove. Prva sudska odluka kojom je napravljen iskorak ka primeni pravila objektivne odgovornosti za *opasne stvari* i *opasne delatnosti* i na zdravstvene radnike/zdravstvene ustanove, jeste odluka Prvog osnovnog suda u Beogradu od 11. marta 2013. godine.<sup>49</sup> Ono što je još značajnije, ova odluka je potvrđena odlukom Apelacionog suda u Beogradu dana 12. decembra 2014. godine.<sup>50</sup> U konkretnom slučaju, tokom operativnog lečenja kalkulozne žučne kese, na desnoj natkolenici tužiocu je naneta opeketina neutralom za dijatermiju. Povreda je na-

<sup>47</sup> Vid. Đ. Nikolić, 78.

<sup>48</sup> Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Rev-x 588/09–2 od 10. februara 2010. godine, (<http://www.insolvinfo.hr/CaseLaws/TOCVRSH.aspx?Src=O66n7GcUZnXqNfj1Sdw3WgdYd3fL90EjULLIVpRyEKILnotzZmB3gGE%2B19EiL6d&Stran=3>, 12. oktobra 2019. godine).

<sup>49</sup> Presuda Prvog osnovnog suda u Beogradu, P. br. 79409/10 od 11. marta 2013. godine

<sup>50</sup> Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž 7912/13 od 12. decembra 2014. godine, (<http://www.bg.ap.sud.rs/cr/articles/sudska-praksa/pregled-sudske-prakse-apelacionog-suda-u-beogradu/gradjansko-odeljenje/parnica/medicinsko-pravo/gz-7912-13.html>, 09. oktobra 2019. godine).

stala u toku operacionog rada sa nisko naponskim strujama, a kvalifikovana je kao teška telesna povreda. Apelacioni sud je, imajući u vidu činjenicu da je povreda koju je tužilac zadobio posledica neispravnog medicinskog sredstva, našao da je „prvostepeni sud pravilno zaključio da tuženi kao imalac *opasne stvari*, u smislu odredbi člana 173. i člana 174., u vezi odredbe člana 154. ZOO odgovara za štetu koju je tužilac tokom operativnog lečenja pretrpeo“. Kada je u pitanju presuda Prvog osnovnog suda u Beogradu, veoma je interesantna činjenica da je sud mogao usvojiti tužbeni zahtev tužioca primenjujući na činjenično stanje pravila subjektivne odgovornosti za štetu, jer su postojali pismeni dokazi da je šteta nastala kao posledica neispravnog uređaja, kao i da su radnici tuženog bili upoznati sa neispravnošću ovog medicinskog sredstva. Imajući u vidu okolnost da se sudska praksa, pre donošenja ove odluke, držala subjektivne odgovornosti za štetu, ovako postupanje suda veoma je hrabro i, nadasve, ispravno jer je odredba iz st. 2. člana 154. ZOO imperativnog karaktera pa je nemoguće na štetu od opasnih stvari, pa i kad je ta stvar medicinsko sredstvo, primenjivati pravila subjektivne odgovornosti za štetu.

#### 4. ARGUMENTI ZA PRIMENU PRAVILA OBJEKТИVNE ODGOVORNOSTI ZA ŠTETU NA ODGOVORNOST ZDRAVSTVENIH RADNIKA/ZDRAVSTVENIH USTANOVA

Razlog zbog kojeg su sudovi držali objektivnu odgovornost van sfere odgovornosti zdravstvenih radnika/zdravstvenih ustanova, najverovatnije, ima svoje opravdanje u ideji, koju je zastupala i pravna teorija, da sudovi ne treba rizik štete od medicinskih sredstava da prebacuju na zdravstvene radnike i zdravstvene ustanove, jer bi ih na taj način odvratili od njihovog korišćenja, a to bi, verovatno, kao krajnju posledicu imalo štetu po korisnike zdravstvenih usluga.<sup>51</sup> Stoga, teret snošenja štetnih posledica nastalih usled primene medicinskog sredstva kao opasne stvari treba da se reši shodno principu „čija korist, toga i šteta“ (*ubi emolumentum, ibi onus*).<sup>52</sup> Smisao ovog principa može se objasniti na sledeći način: ako korisnici zdravstvenih usluga žele da se tokom zdravstvene intervencije koriste moderna medicinska sredstva, moraju prihvati i rizike koje primena medi-

<sup>51</sup> J. Radišić (2007), 212; Ovaj argument pravne teorije ima veoma mali značaj zbog okolnosti da je građansko-pravna odgovornost zdravstvenih radnika malo verovatna ako uzmemo u obzir, kako pravila o odgovornosti poslodavca za svoje zaposlene, tako i činjenicu da se sve više, barem u svetu, primenjuje osiguranje od odgovornosti zdravstvenih radnika; Slično. Mirsa Mijačić, „Odgovornost za štetu izazvanu medicinskim aparatima“, *Pravni život*, br. 9-10/1992, 1808., i Đ. Nikolić, 81; Više o osiguranju zdravstvenih radnika od odgovornosti za štetu vid. u: Samir Manić, „Osiguranje medicinskih poslenika od odgovornosti za štetu“, u: Zdravko Petrović, Vladimir Čolović (urs.), *Prouzrokovanje štete, naknada štete i osiguranje*, Beograd-Valjevo 2019, 431 i dalje.

<sup>52</sup> J. Radišić (2007), 212.

cinskih sredstava nosi sa sobom.<sup>53</sup> U suštini, naglašava se činjenica da su pacijenti korisnici medicinskih sredstava, te da se, u skladu sa tim, rizik koji medicinska sredstva kao opasne stvari nose sa sobom potire od strane koristi koju pacijenti imaju od primene medicinskih sredstava u njihovom lečenju. Prema tome, u slučaju kada pacijent pretrpi štetu od medicinskog sredstva kao opasne stvari, nema mesta objektivnoj odgovornosti za štetu, već se primenjuju pravila odgovornosti po osnovu krivice. Posmatrano apstraktno, sa stanovišta svih pacijenata, ovakav stav bi, možda, bio i opravdan. Svakako da pacijenti kao korisnici zdravstvenih usluga imaju koristi od primene medicinskih sredstava u prevenciji i lečenju različitih oboljenja i bolesti. Međutim, ako problematiku posmatramo sa stanovišta pacijenta koji je usled primene medicinskog sredstva pretrpeo štetu, jasno je da on od medicinskog sredstva nema nikakvu korist, šta više, od medicinskog sredstva ima samo štetu.<sup>54</sup>

U vremenu kada su zdravstvene ustanove bile dobrotvornog karaktera, moglo se govoriti o njihovoj zaštiti od odgovornosti za prouzrokovani štetu.<sup>55</sup> Tada se i moglo reći da su pacijenti najveći korisnici medicinskih sredstava. Danas, pacijenti jesu korisnici medicinskih sredstava ali nisu i najveći, jer daleko veći korisnici su zdravstveni radnici/zdravstvene ustanove.<sup>56</sup> Posmatrano sa aspekta objektivne odgovornosti za štetu, pravi korisnici medicinskih sredstava su, zapravo, zdravstvene ustanove.<sup>57</sup> Zdravstvene ustanove, a pre svega one u privatnom vlasništvu, na osnovu obavljanja zdravstvenih usluga ostvaruju prihod. U kontekstu objektivne odgovornosti za štetu, zapravo je prihod zdravstvenih ustanova zbog korišćenja medicinskih sredstava taj koji potire korist koju pacijenti imaju od primene medicinskih sredstava u njihovom lečenju.

Ako primenimo princip „čija korist, toga i šteta“ jasno je da će zdravstvene ustanove snositi rizik od upotrebe medicinskih sredstava kao opasnih stvari. U tom kontekstu, podelićemo rizike od zdravstvene intervencije na spoljašnje (npr. rizici od nepažljivog postupanja zdravstvenih radnika, rizici od upotrebe medicinskih sredstava koja se mogu podvesti pod pojam opasne stvari) i unutrašnje rizike (rizici koji su uslovljeni činiocima iz organizma pacijenta). Pravedno je da pacijent bude obavešten o rizicima zdravstvene intervencije koji su uslovljeni či-

<sup>53</sup> Ibid.

<sup>54</sup> M. Mijačić, 1810; Petar Klarić, „Odgovornost za štete nastale upotrebom medicinskih tehničkih uređaja“, *Pravo u gospodarstvu*, br. 4., 2002., 81;

<sup>55</sup> Kerry Kearney, McCord Edward L., „Hospital Management Faces New Liabilities“, *Health Lawyer*, Vol. 6, Issue 3 (Fall 1992), 3; John Ingram, „Liability of Medical Institutions for the Negligence of Independent Contractors Practicing on Their Premises“, *Journal of Contemporary Health Law and Policy*, Vol. 10, 221. i dalje.

<sup>56</sup> M. Mijačić, 1810; P. Klarić, 78; Neda Ivović, *Naknada štete uslijed ljekarske greške*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta Crne Gore, Podgorica 2007., 270.; S. Manić (2015), 156; Đ. Nikolić, 82.

<sup>57</sup> P. Klarić, 77- 78.

niocima iz njegovog organizma i da svojim pristankom snosi posledice tih rizika, bez obzira što plaća za određenu zdravstvenu intervenciju putem koje se želi oslobođiti rizika bolesti. Ali nije pravedno da pacijent snosi i spoljašnje rizike zdravstvene intervencije za koju, nekada, mora izdvajati popriličnu sumu novca.<sup>58</sup> Suština objektivne odgovornosti je u tome da onaj ko izvor opasnosti štete stvara, održava ili kontroliše, mora za njega i da odgovara.<sup>59</sup> Ne može se reći da zdravstvene ustanove, pogotovo one u privatnom vlasništvu, stvaraju povećani rizik od štete, upotrebom opasnih medicinskih sredstava, samo radi koristi koju pacijenti imaju od toga. Pre bi se moglo reći da to rade, prevashodno, zbog sticanja određene dobiti. Stoga, normalno je da zdravstveni radnici/zdravstvene ustanove snoсе i veći deo rizika od štete, što je i obezbeđeno primenom pravila objektivne odgovornosti za štetu od *opasnih stvari i opasnih delatnosti*. Naime, ova odgovornost obuhvata odgovornost za štete koje se pacijentima slučajno nanesu samom primenom, kvarom ili otkazivanjem opasnih medicinskih sredstava, ali ne obuhvata rizik šteta uslovljen činjenicama iz organizma pacijentovog, niti rizik šteta prouzrokovanih višom silom.<sup>60</sup>

Ne može se, takođe, reći da nema mesta objektivnoj odgovornosti bolnice u slučaju kada je upotreba opasnog medicinskog sredstva u pružanju zdravstvene zaštite u skladu sa pravilima medicinske nauke i struke, odnosno kada je opšteprihvaćena u medicini.<sup>61</sup> Treba imati u vidu i činjenicu da su vazdušni, železnički i autobuski promet opšteprihvaćeni načini prevoza ljudi i stvari, ali ukoliko putnici pretrpe štetu primeniće se pravila objektivne, a ne subjektivne odgovornosti za štetu.<sup>62</sup> Stoga, postavlja se opravданo pitanje: zašto praviti razliku između odgovornosti imaoča opasnih medicinskih sredstava putem kojih se obavlja zdravstvena delatnost i imaoča opasnih stvari kojim se obavlja vazdušni, železnički i autobuski transport? Radi se zapravo o okolnosti da su obe delatnosti opšteprihvaćene, odnosno da su obe delatnosti od ogromne koristi za ljude, kao i da obe delatnosti koriste opasne stvari i da, na kraju krajeva, obe delatnosti donose profit.<sup>63</sup> Primjenjujući različita pravila odgovornosti, na dva subjekta koji se nalaze u istoj pravnoj situaciji (imaoči opasne stvari), vršila bi se čista personalna

---

<sup>58</sup> Vid. više u: M. Mijačić, 1808; „Onaj ko pristaje preuzima na sebe i rizik zahvata koji nije uslovljen greškom lekara nego činiocima iz organizma pacijentovog“, J. Radišić (2004), 75.

<sup>59</sup> Jakov Radišić, *Obligaciono pravo*, opšti deo, deseto izdanje, Niš 2016., 213.

<sup>60</sup> Isto. Đ. Nikolić, 84.

<sup>61</sup> Presuda Saveznog suda Gzs-62/77 od 26. januara 1978. godine.

<sup>62</sup> Čl. 684, st. 1 ZOO.

<sup>63</sup> I iz navedenog se vidi da je mišljenje prema kojem pacijenti treba da snoсе rizik od upotrebe opasnih medicinskih sredstava, zbog toga što imaju korist od njihove upotrebe, apsolutno neprihvatljivo. I putnici u vazdušnom, železničkom i autobuskom transportu imaju ogromnu korist od upotrebe prevoznih sredstava kao opasnih stvari, ipak ta korist nije dovoljan razlog da se na odgovornost prevozioča ne primene pravila objektivne odgovornosti za štetu.

diskriminacija.<sup>64</sup> U vezi sa tim, i stav Saveznog suda da „bolnica kao imalac opasne stvari odgovara kauzalno za štetu koju usled opasnih svojstava stvari pretrpi radnik bolnice ili neko treće lice, osim lica u čijem se lečenju koriste opasne stvari,“<sup>65</sup> je apsolutno neprihvatljiv.<sup>66</sup> Naime, odredba iz st. 2. člana 154. ZOO je kristalno jasna i ne daje niti najmanju argumentaciju za primenu pravila objektivne odgovornosti za štetu u zavisnosti od toga ko je oštećeno lice.<sup>67</sup> Kriterijum na osnovu kojeg se vrši izbor pravila objektivne odgovornosti za štetu nije *ratione personae* (tj. kome je šteta učinjena), već *ratione materiae* (tj. da li šteta potiče od opasne stvari ili ne).<sup>68</sup>

Treba imati u vidu i činjenicu da je odredba st. 2 člana 154. ZOO imperativnog karaktera. Stoga, ukoliko je štetu prouzrokovala *opasna stvar*, pa i kad je ta stvar medicinsko sredstvo, nemoguće je primenjivati pravila subjektivne odgovornosti za štetu. Da se želela primena pravila subjektivne odgovornosti i na štetu prouzrokovana medicinskim sredstvom, bez obzira da li je medicinsko sredstvo opasno ili ne, verovatno bi bio donet poseban zakon koji bi predviđao tako nešto.<sup>69</sup> Doduše, postoji odredba u Zakonu o pravima pacijenata<sup>70</sup> u kojoj se kaže da „pacijent koji zbog stručne greške zdravstvenog radnika, odnosno zdravstvenog saradnika, u ostvarivanju zdravstvene zaštite pretrpi štetu na svom telu, ili se stručnom greškom prouzrokuje pogoršanje njegovog zdravstvenog stanja, ima pravo na naknadu štete prema opštim pravilima o odgovornosti za štetu.“ Iz navedenog proizilazi da je pravo na naknadu štete pacijenta uslovljeno stručnom greškom zdravstvenog radnika/zdravstvenog saradnika, pa je objektivna odgovornost isključena generalno, odnosno mogla bi postojati samo u zakonom posebno predviđenim slučajevima.<sup>71</sup> Međutim, ova odredba ne samo što je neprimerna,<sup>72</sup> ona je u isto vreme i protivrečna sama po sebi. Naime, prvo se pravo na naknadu štete uslovjava stručnom greškom zdravstvenog radnika/saradnika, da bi se posle naglasilo da se pravo na naknadu štete ostvaruje prema opštim pravilima o odgovornosti za štetu. Opšta pravila odgovornosti za štetu su, kako pravila subjektivne, tako i pravila objektivne odgovornosti za štetu. Pravila objektivne odgovornosti imaju svoje posebno polje primene koje je određeno opštim pojmo-

<sup>64</sup> Đ. Nikolić, 85.

<sup>65</sup> Presuda Saveznog suda Gzs-62/77 od 26. januara 1978. godine.

<sup>66</sup> Isto. Đ. Nikolić, 85.

<sup>67</sup> P. Klarić, 77.

<sup>68</sup> Ibid.

<sup>69</sup> Ibid., 79.

<sup>70</sup> Zakon o pravima pacijenata – ZPP, *Sl. glasnik RS*, br. 45/2013 i 25/2019 – dr. zakon.

<sup>71</sup> Đ. Nikolić, 80.

<sup>72</sup> Ibid: „Pomenuto ograničenje građanskopravne odgovornosti medicinskih poslenika je, prema svemu sudeći, potpuno neprimereno jer je suprotno duhu zakona kojim se propisuje. Naime, umesto afirmacije pacijentovih prava, što je intencija zakonodavca, spornom odredbom se neopravdano ograničava jedno opšte obligaciono pravo u odnosu na pacijente.“

vima kao što su *opasna stvar* i *opasna delatnost*, ali ne predstavljaju izuzetak u odnosu na pravila o subjektivnoj odgovornosti za štetu.<sup>73</sup>

Na kraju, primenom pravila objektivne odgovornosti na štetu koja se pacijentima prouzrokuje opasnim medicinskim sredstvima, obezbedila bi se pravna sigurnost i vladavina prava, a i zaštitila bi se ona lica koja su zbog nužde prinudena da se podvrgnu medicinskom postupku koji uključuje upotrebu različitih medicinskih sredstava sa povećanim rizikom izazivanja štete.

## 5. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Objektivna odgovornost za štetu, kako u svetu, tako i kod nas, polako se širi i na odgovornost zdravstvenih radnika/zdravstvenih ustanova za štetu koja se pacijentima pričini upotrebom opasnih medicinskih sredstava. Kada je u pitanju bivše jugoslovensko pravo, ovaj proces zaustavljen je jednom odlukom bivšeg Saveznog sud SFRJ. Ova odluka uticala je na nejedinstvenost hrvatske sudske prakse, koja je i danas podeljena po pitanju primene objektivne odgovornosti za štetu od opasnih medicinskih sredstava na zdravstvene radnike/zdravstvene ustanove. U našem pravu, konačno, Prvi osnovni sud u Beogradu doneo je odluku koja otvara put primeni objektivne odgovornosti za štetu od opasnih medicinskih sredstava i na zdravstvene radnike/zdravstvene ustanove.

Na osnovu navedene analize argumenata za primenu objektivne odgovornosti i na odgovornost zdravstvenih radnika/zdravstvenih ustanova, u pravu Republike Srbije, kao i u pravima bivših jugoslovenskih republika koje još uvek primenjuju otvoreni sistem objektivne odgovornosti za opasne stvari i opasne delatnosti, jasno je da treba primenjivati pravila, kako subjektivne, tako i objektivne odgovornosti za štetu. Primena pravila objektivne odgovornosti za štetu treba da zavisi isključivo od toga da li se određeno medicinsko sredstvo, čijom je primenom prouzrokovana šteta pacijentu, može podvesti pod pojам opasne stvari ili ne. Ovo stoga što ne postoje adekvatni argumenti kojim bi se opravdalo izuzimanje zdravstvenih radnika/zdravstvenih ustanova od objektivne odgovornosti za štetu od opasnih stvari.

## LITERATURA I IZVORI

Civil Code of Hungary (CCH), 26 February 2013.

Code Civil Français. Version consolidée au 21 juillet 2019.

Deutsch Erwin, Medizinrecht. Arztrecht, Arzneimittelrecht und Medizinprodukte-recht. Berlin, 1999.

---

<sup>73</sup> Vid. čl. 154. ZOO.

- Deutsch Erwin, Spickhoff Andreas, Medizinrecht, 5. Auflage, Berlin, 2003.
- Elspeth Reid, „Liability for Dangerous Activities: A Comparative Analysis“, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 48, Issue 4 (October 1999).
- Green Michael, Schultz William, „Tort Law Deference to FDA Regulation of Medical Devices“, Georgetown Law Journal, Vol. 88, Issue 7 (July 2000).
- John Ingram, „Liability of Medical Institutions for the Negligence of Independent Contractors Practicing on Their Premises“, Journal of Contemporary Health Law and Policy, Vol. 10.
- Kelson John M., „State Responsibility and the Abnormally Dangerous Activity“, Harvard International Law Journal, Vol. 13, Issue 2 (Spring 1972).
- Kerry Kearney, McCord Edward, „Hospital Management Faces New Liabilities“, Health Lawyer, Vol. 6, Issue 3 (Fall 1992).
- Kostić Dragan, Pojam opasne stvari, Institut za uporedno pravo, Savremena administracija, Beograd, 1975.
- Konstantinović Mihailo, Obligacije i ugovori: Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima (Klasici jugoslovenskog prava), Službeni list SRJ, Beograd 1996., prvi put objavljena 1969. godine u izdanju Pravnog fakulteta u Beogradu.
- Menyhárd Attila, „Medical Liability in Hungary“, u: Bernhard A. Koch (ed.), Medical Liability in Europe: A Comparison of Selected Jurisdictions, Tort and Insurance Law, 2011.
- Palmer Vernon, „General Theory of the Inner Structure of Strict Liability: Common Law, Civil Law, and Comparative Law“, Tulane Law Review, Vol. 62, Issue 6, (1987-1988).
- Schreiber, HL, Apparative Medizin: Rechtliche Probleme der Verantwortlichkeit des Arztes, u: Leopoldina Symposium: der Arzt und apparative Medizin, Nova Acta Leopoldina, neue Folge, Nummer 249, Band 55, Halle., 1983.
- Taylor Simon, „The development of medical liability and accident compensation in France“, u: Hondius Ewoud (ed), The development of medical liability, Cambridge University Press, 2010.
- United Nations-International Law Commission, Survey of liability regimes relevant to the topic of international liability for injurious consequences arising out of acts not prohibited by international law (international liability in case of loss from transboundary harm arising out of hazardous activities), Fifty-sixth session, Geneva, 3 May-4 June and 5 July-6 August 2004.
- World Health Organization, First WHO global forum on medical devices: context, outcomes, and future actions, 9 –11 September 2010 Bangkok, Thailand, Version 8 April 2011.
- Zimmermann Reinhard, The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford University Press, 1996.
- Đorđe Nikolić, „Objektivna odgovornost medicinskih poslenika za štetu od opasnih medicinskih sredstava – argumenti pro et contra“, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, godina LXVI, 1/2018.
- Zakon o lekovima i medicinskim sredstvima (Sl. glasnik RS, br. 30/2010, 107/2012, 113/2017 – dr. zakon i 105/2017 – dr. zakon).
- Zakon o pravima pacijenata – ZPP, Sl. glasnik RS, br. 45/2013 i 25/2019 – dr. zakon.

Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, 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 poveљa.

Jakov Radišić, Medicinsko pravo, „Nomos“ Beograd, Beograd, 2004.

Jakov Radišić, Obligaciono pravo, opšti deo, deseto izdanje, Niš 2016.

Jakov Radišić, Odgovornost zbog štete izazvane lekarskom greškom u lečenju i u obaveštavanju pacijenta, „Nomos“ Beograd, Beograd, 2007.

Konstantin Petrović, „Svako lice koje se podvrgne medicinskoj intervenciji snosi rizik od objektivnih posledica te intervencije“, Pravni život, br. 2/1982.

Mirsa Mijačić, „Odgovornost za štetu izazvanu medicinskim aparatima“, Pravni život, br. 9-10/1992.

Narodne novine br. 1/80.

Neda Ivović, Naknada štete uslijed ljekarske greške, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta Crne Gore, Podgorica 2007.

Petar Klarić, „Odgovornost za štete nastale upotrebom medicinskih tehničkih uređaja“, Pravo u gospodarstvu, br. 4., 2002.

Pravilnik o klasifikaciji opštih medicinskih sredstava, Službeni glasnik RS, br. 46/2011.

Pravni život 3/1978.

Pregled sudske prakse u 1977. godini, br. 11.

Samir Manić, „Osiguranje medicinskih poslenika od odgovornosti za štetu“, u: Zdravko Petrović, Vladimir Čolović (urs), Prouzrokovanje štete, naknada štete i osiguranje, Beograd-Valjevo 2019.

Samir Manić, Odgovornost zbog štete izazvane upotrebom medicinskih sredstava, Doktorska disertacija, Niš, 2015.

Sudska praksa, br. 11/1984.

Ćepulić Egidie, Predavanje na Tribini Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravnika grada Zagreba (tema: Odgovornost za štete nastale upotrebom medicinskih uređaja), Bilten tribine, br. 1/2001.

*Samir O. Manić, Ph.D., Assistant Professor  
State University of Novi Pazar  
Department for Legal Sciences  
manicsamir@hotmail.com*

## **Strict Liability for Damages Caused by the Use of Medical Devices<sup>74</sup>**

***Abstract:*** *The paper deals with the possibility of applying strict liability for dangerous things and dangerous activities to the liability of healthcare workers/ health care institutions for the damage caused to patients by the use of dangerous medical devices. In addition to French and Hungarian law, as an example of the so called an open system of strict liability, Early Yugoslav as well as current Croatian and Serbian law and case law were analyzed. At the end of the paper, the author makes a number of arguments on the basis of which he justifies the application of strict liability for damage to the liability of healthcare workers/ health care institutions.*

***Keywords:*** *Healthcare workers/health care institutions, medical devices, dangerous thing, strict liability.*

Datum prijema rada: 07.10.2019.

---

<sup>74</sup> This paper has been presented at the International Scientific Conference *Legal Tradition and New Legal Challenges*, held on October 3<sup>rd</sup> and 4<sup>th</sup>, 2019, at the University of Novi Sad Faculty of Law.



*Dr Andjela Z. Đukanović, naučni saradnik  
Institut za međunarodnu politiku i privrednu  
andjela@diplomacy.bg.ac.rs*

## IZBOR POLA BUDUĆEG DETETA IZ NEMEDICINSKIH RAZLOGA U SVETLU ZAŠTITE LJUDSKIH PRAVA\*

**Sažetak:** Uprkos zabrinjavajućim podacima koji ukazuju na neravnotežu u korist povećanog broja rođene dece muškog pola u mnogim zemljama, pitanje uticanja na pol budućeg deteta iz nemedicinskih razloga nije bilo u dovoljnoj meri zapaženo iz perspektive zaštite ljudskih prava. Treba imati u vidu i da je reč je o etički složenom pitanju. Najčešći argument koji se koristi u prilog selekcije pola jeste da se zabranom izbora pola jednostavno ograničavaju reproduktivne slobode. Pored spomenutog argumenta, često se posebno izdvajaju razlozi zbog kojeg bi izbor pola bio opravдан. Naime, uglavnom je reč o slučaju postizanja tzv. ravnoteže polova u okviru porodice. Međutim, ni pomenuti razlog ne deluje posebno uverljivo. Zbog različitih pristupa država u pogledu regulisanja izbora pola u nemedicinske svrhe, prisutan je i tzv. reproduktivni turizam, pre svega u slučaju odlaska u zemlje gde autonomija volje ima dominantnu ulogu. Osim toga, postoji i jednostavna mogućnost slanja uzoraka poštom na analizu. U svetu zaštite ljudskih prava, jedino je Konvencijom o ljudskim pravima i biomedicini predviđena zabrana izbora pola u nemedicinske svrhe, međutim zabrana se odnosi samo na određenu tehniku selekcije koja se u manjoj meri primenjuje u praksi. Od opštijih instrumenata zaštite ljudskih prava bi se kao relevantan mogao izdvojiti samo čl. 5. tač. a) Konvencije o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena. Pitanje izbora pola u nemedicinske svrhe jeste donekle bilo u fokusu interesovanja Ujedinjenih nacija, Saveta Evrope i Evropske unije, međutim u nedovoljnoj meri.

**Ključne reči:** izbor pola, ljudska prava, Konvencija o biomedicini, medicinski potpomognuto oplođenje, genetski testovi.

\* Rad predstavlja rezultat istraživanja na naučnom projektu: „Srbija u savremenim međunarodnim odnosima: Strateški pravci razvoja i učvršćivanja položaja Srbije u međunarodnim integrativnim procesima – spoljнополитички, међunarодни економски, правни и безбедносни аспекти“ (br. 179029), finansiran od strane Ministarstva prosvete i nauke Republike Srbije.

## 1. UVOD

Uticanje na dobijanje deteta željenog pola predstavlja trend koji ima sve šire međunarodne razmere. Prema pojedinim izveštajima, u 2018. godini je neravnoteža u odnosu polova rođene dece primećena u 36 zemalja (od 149 analiziranih), a posebno se u tom pogledu izdvajaju Jermenija, Azerbejdžan, Indija i Kina, sa povećanim brojem rođene dece muškog pola.<sup>1</sup> S obzirom na problem sve rasprostranjenijeg tzv. reproduktivnog turizma, nameće se i pitanje mogućnosti usvajanja normi kojima bi se zaštitila osnovna ljudska prava u ovoj sferi. Sa druge strane, jasno je i da je reč o etički složenom pitanju, koje bi po prirodi stvari trebalo ostati u nadležnosti država. Čest problem je i što statistika ponekad potvrđuje i postojanje prakse koja je suprotna važećim propisima.

Izbor pola u nemedicinske svrhe, bi se mogao definisati kao upotreba medicinskih postupaka u svrhu izbora pola budućeg deteta, čiji cilj nije izbegavanje ozbiljne nasledne bolesti koja je vezana za pol. U literaturi se uglavnom koristi termin „pol“, mada je prisutan stav da se on odnosi se na samo fizičke osobine deteta, jer je i termin roda relevantan, budući da se izbor bazira na određenim očekivanjima roditelja u pogledu društvenih uloga budućeg deteta.<sup>2</sup> Pod neravnotežom u broju rođene dece određenog pola se podrazumeva odstupanje od prosečnog odnosa rođene dece od 105 dečaka na 100 devojčica.<sup>3</sup>

Najznačajniji dokument koji je izvesnoj meri regulisao ovo pitanje, jeste Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini iz 1997. godine (u daljem tekstu: Konvencija o biomedicini), doneta pod okriljem Saveta Evrope.<sup>4</sup> Doduše, treba imati u vidu da značajan broj država članica nije ratifikovao spomenuti dokument, i da je predviđena zabrana ograničena samo na određenu tehniku selekcije.<sup>5</sup> Na univerzalnom nivou nije donet nijedan dokument koji se direktno bavi pitanjem selekcije pola, već bi se moglo govoriti o izvesnim inicijativama koje se bave ovim problemom, kao i o zaštićenim opštijim ljudskim pravima, koja bi mogla biti povređena.

---

<sup>1</sup> The Global Gender Gap Report 2018, *World Economic Forum*, Switzerland, 2018, 12, [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_GGGR\\_2018.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2018.pdf), 10. april 2019.

<sup>2</sup> Arianne Shahvisi, “Engendering Harm: A “Critique of Sex Selection For “Family Balancing””, *Bioethical Inquiry*, 1/2018, 125.

<sup>3</sup> Resolution 1829 (2011) Prenatal sex selection, 3 October 2011 (29th Sitting), Parliamentary Assembly, Council of Europe, par. 2.

<sup>4</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, Oviedo, 4.IV.1997, Council of Europe, *European Treaty Series*, No. 164. Srbija je potpisnica Konvencije od 9. februara 2005. godine, a ratifikacija je izvršena 15. decembra 2010. godine. Konvencija za Srbiju stupila na snagu 1. juna 2011. godine, *Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 12/2010.

<sup>5</sup> Chart of signatures and ratifications of Treaty 164, Status as of 01/02/2019, Council of Europe, [https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164/signatures?p\\_auth=sVIaew0N](https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164/signatures?p_auth=sVIaew0N), 04. april 2019.

## 1. MEDICINSKI POSTUPCI KOJI OMOGUĆAVAJU IZBOR POLA DETETA

Biranje pola budućeg deteta, je moguće učiniti i pre i posle implantacije odnosno oplodnje određenim medicinskim tehnikama. Moguće je i lišavanje života deteta neželjenog pola nakon porođaja, koje nedvosmisleno predstavlja povredu prava na život.

Pre implantacije ili oplodnje izbor pola je moguć putem nekoliko tehnika. Naime, pre oplodnje izbor pola je moguć već više decenija putem tehnike izbora sperme koja sadrži veću koncentraciju sperme željenog pola, koja se zatim insemenira u matericu, a najopoznatija je tzv. Eriksonova metoda, međutim ona nije potpuno pouzdana.<sup>6</sup> Pre implantacije je moguća i *in vitro* oplodnja, kada se jajne ćelije oplođe spermom oca u laboratorijskim uslovima, zatim se koristi preimplantaciona genetska dijagnoza (proces u kojem se ispituje da li *in vitro* oplođeni embrioni nose genetski poremećaj i kojeg su pola) a embrioni koji nose željeni pol se zatim vraćaju u matericu majke, i ova metoda je znatno uspešnija od tehnike izbora sperme.<sup>7</sup>

Moguć je izbor pola i nakon oplodenja, upotrebom neke od dostupnih metoda prenatalne dijagnoze i selektivnog abortusa, ukoliko se utvrdi neželjen pol deteta. Tu su pre svega stare, invazivne metode koje nose značajan rizik od pobačaja, amniocenteza (obično se izvodi u periodu između 15 i 18 nedelje trudnoće) i biopsija horionskih čupica (obavlja se obično između 10 i 11 nedelje trudnoće). Spomenute metode se obavljaju samo kada postoji povećan rizik od genetskog oboljenja, ali je moguće da se roditeljima otkrije i pol deteta. Ultrazvuk je takođe stara metoda, koja ne nosi rizike po majku ili plod, i može se preduzeti u bilo kojoj fazi trudnoće. Uobičajeno je da roditelji ukoliko to žele saznaju pol deteta upravo ovom metodom, međutim smatra se da pre 18 nedelje starosti ploda nije moguće pouzdano utvrditi pol.<sup>8</sup> Relativno novim, neinvazivnim prenatalnim genetskim testom iz krvi majke (*NIPT*) se takođe može utvrditi pol deteta sa 98% do 99% tačnosti već od devete nedelje trudnoće, mada se takođe primarno preduzima radi utvrđivanja hromozomskih abnormalnosti.<sup>9</sup> Testiranje se može sprovesti i u ranijoj fazi trudnoće, ali je u tom slučaju preciznost testa manja.<sup>10</sup> Treba imati u vidu da se ovom tehnikom može utvrditi sve više genetskih osobina, a

<sup>6</sup> Vid. više: F.J. Beernink , W.P. Dmowski , R.J. Ericsson, "Sex preselection through albumin separation of sperm", *Fertility Sterility*, 2/1993, 382-386.

<sup>7</sup> Gender and Genetics -Sex Selection and Discrimination, Genomic resource centre, World Health Organisation, <https://www.who.int/genomics/gender/en/index4.html>, 10. april 2019.

<sup>8</sup> Cari Nierenberg, "Am I Having a Boy or Girl? — Ultrasound & Sex Prediction", *Live Science*, December 20, 2017, <https://www.livescience.com/45582-boy-or-girl.html>, 04. februar 2019.

<sup>9</sup> *Ibid.*

<sup>10</sup> Audrey R. Chapman, Peter A. Benn, "Noninvasive Prenatal Testing for Early Sex Identification: A few benefits and many concerns", *Perspectives in Biology and Medicine*, 4/2013, 533.

usled sve veće složenosti je moguće da dođe do lažnih pozitivnih rezultata, što zahteva potvrdu invazivnim tehnikama.<sup>11</sup> Čak se predviđa da ovi testovi mogu dovesti do paradoksa povećane upotrebe invazivnih testova, zatim da mogu ukazivati na povećanu verovatnoću razvoja teške bolesti koju dete nikada neće dobiti, a mogu voditi i savremenoj eugeničkoj praksi.<sup>12</sup>

## 2. ETIČKE DILEME

Pitanje uticanja na pol deteta iz nemedicinskih razloga je usko povezano sa zaštitom ljudskih prava i relativno često je bilo u centru etičkih rasprava. Sa druge strane, mora se priznati da u kontekstu zaštite ljudskih prava u literaturi nije dovoljno razmatrano, uprkos primećenoj neravnoteži u odnosu polova rođene dece u mnogim zemljama. Želja za detetom određenog pola i nije tako nova pojava u društvu, tj. postoji od davnina.<sup>13</sup> Međutim, problem nastaje onda kada tehnologije olakšaju ostvarivanje navedenog cilja. Negativne posledice po društvo se preliminarno mogu donekle poimati, u krajnjoj liniji može doći do pada nataliteta usled favorizovanja određenog pola. Pojedine analize predviđaju i da usled značajno većeg broja rođenih dečaka u pojedinim zemljama može doći do povećanog nasilja i trgovine ljudima.<sup>14</sup>

Ukratko, kritičari selekcije pola u nemedicinske svrhe kao argument protiv ukazuju promovisanje seksizma, i u tom smislu polom uslovljenih uloga u društvu, kao i opasnost od pomeranja ka lakšem prihvatanju eugeničke prakse u perspektivi, dok se zagovornici zalažu za poštovanje reproduktivnih prava roditelja i ne intervenisanje države u tom smislu.<sup>15</sup> Pojedini smatraju da je izbor pola negativna pojava i zbog promovisanja neprihvatljivog pogleda na roditeljstvo jer lične brige imaju prioritet u odnosu na bezuslovno prihvatanje dece.<sup>16</sup> Mada, u tom smislu se ukazuje da izbor pola u nemedicinske može imati i pozitivne efekte, jer bi dete bilo bolje prihvaćeno od strane roditelja koji insistiraju na detetu određenog pola.<sup>17</sup>

<sup>11</sup> Report of the IBC on Updating Its Reflection on the Human Genome and Human Rights, International Bioethics Committee, SHS/YES/IBC-22/15/2 REV.2, Paris, 2015, paras. 92-93.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> Edgar Dahl, "Procreative liberty: the case for preconception sex selection", *Reproductive BioMedicine Online*, 4/2003, 380; Michelle L. McGowan, Richard R. Sharp, "Justice in the Context of Family Balancing", *Science, Technology, & Human Values*, 2/2013, 274.

<sup>14</sup> Characteristics of sex ratio imbalance in India and future scenarios. New Delhi, UNFPA, 4th Asia and Pacific Conference on Sexual and Reproductive Health and Rights, Hyderabad, India, October 2007.

<sup>15</sup> Heather Strange, "Non-medical sex selection: ethical issues", *British Medical Bulletin*, 1/2010, 9.

<sup>16</sup> H. Strange, R. Chadwick, "The Ethics of Nonmedical Sex Selection", *Health Care Anal.*, 3/2010, 255, 265.

<sup>17</sup> *Ibid.*

Prisutna su dakle shvatanja prema kojima zabrana izbora pola ograničava slobodu donošenja reproduktivnih izbora, kao i da pristalice izbora pola ne ograničavaju ničiju slobodu, dok je to slučaj sa protivnicima ovakve prakse, koji bi zbog toga morali dokazati njene značajne negativne strane.<sup>18</sup> Ipak, tvrdnja da ovakav pristup ne može voditi nekoj vrsti eugeničke praksi nije ispravna, jer se on zasniva isključivo na neograničenoj slobodi izbora.<sup>19</sup> Ovde se dakle ističe predominantan značaj autonomije volje, nezavisno sadržine te volje, tj. da li ona pogađa i interes drugih subjekata, odnosno društva u celini.<sup>20</sup> Ukazuje se da je prema liberalnim gledištima izbor pola dozvoljen iz prostog razloga jer predstavlja predužetak reproduktivne slobode.<sup>21</sup> Iako paternalizam u bioetičkim raspravama u poslednje vreme često ima lošu konotaciju, on i dalje ima značajnu ulogu, na sličan način kao na primer zabrana kupovine opasnih lekova bez recepata, ili na primer u slučaju zabrane prometa i konzumiranja opojnih droga i sl.<sup>22</sup> Pojedine vrednosti predstavljaju legitimne sfere mešanja u izbore, do određene tačke, mada će uvek postojati nesporazumi u pogledu toga gde se ta tačka tačno nalazi.<sup>23</sup>

U literaturi se često pravi razlika između razloga za izbor pola u nemedicinske svrhe. Naime, to je moguće radi preferiranja deteta muškog pola (eng. *son-preference*), spomenuti razlog se potom pripisuje tradicionalnim društvima gde je poželjno imati decu muškog pola, pa se zatim pravi distinkcija u odnosu na društva gde bi se izbor preduzimao pre radi postizanja tzv. ravnoteže porodice (eng. *family balancing*), obično su ovakve tvrdnje propraćene statistikom kojom se prepoznaje da ova društva manje više preferiraju oba pola, pa bi u ovom slučaju selekcija bila opravdana.<sup>24</sup> Tako se navodi da u društvima kao što je Nemačka, Velika Britanija i SAD preferiraju oba pola, a zloupotrebe u pojedinim društvima (npr. Indija) ne predstavljaju razlog za uvođenje zabrane izbora pola u svetskim

---

<sup>18</sup> David McCarthy, "Why Sex Selection Should Be Legal", *Journal of Medical Ethics*, 5/2001, 306.

<sup>19</sup> E. Dahl, 381-383.

<sup>20</sup> John B. Attanasio, "The Constitutionality of Regulating Human Genetic Engineering: Where Procreative Liberty and Equal Opportunity Collide", *The University of Chicago Law Review*, 4/1986, 1285-1287.

<sup>21</sup> Michelle L. McGowan, Richard R. Sharp, 274.

<sup>22</sup> M. Nussbaum, *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, Cambridge 2001, 95.

<sup>23</sup> *Ibid.*

<sup>24</sup> Brigit Toebes, "Sex selection under International Human Rights Law", *Medical Law International*, 9/2008, 203-205; Guido Pennings, "Ethics of sex selection for family balancing. Family balancing as a morally acceptable application of sex selection", *Human Reproduction*, 11/1996, 2343; Uz konstataciju da i u SAD postoje parovi koji nastoje da izbegnu rođenje dece ženskog pola, mada se ukazuje da je takav pritisak uglavnom prisutan kod imigrantskih parova poreklom iz Azije. Ashley Bumgarner, "A Right to Choose?: Sex Selection in the International Context", *Duke Journal of Gender Law & Policy*, 2/2007, 1295-1305.

razmerama, čak se ukazuje da „stanovnici jedne zemlje ne mogu biti kažnjeni za zločine koje su učinili stanovnici druge zemlje“.<sup>25</sup>

Ipak, nije moguće složiti se sa spomenutim razlogom za sprovođenje selekcije, jer se i u ovom slučaju dovodi problem jednakosti polova u pitanje, a uz to se sprovodi i diskriminacija u odnosu na tzv. „neuravnotežene porodice“. S tim u vezi bi se moglo na primer postaviti i pitanje da li su statistički podaci u zemljama u kojima se navodno preferiraju oba pola valjani, tj. da li postoji pritisak da se da odgovor koji se u neku ruku smatra ispravnim. Ovo je kompleksno pitanje, na koje je teško dati precizan odgovor, međutim sama definicija porodice koja je „uravnotežena“ je problematična. Često se ova odrednica ne precizira u relevantnoj literaturi, već se prihvata kao u dovoljnoj meri jasan pojam.<sup>26</sup> Ili se koristi uopštена formulacija želje roditelja da imaju decu oba pola.<sup>27</sup> Ovde dakle ne bi bilo jasno da li se bira i pol prvorodenog deteta. Koristi se i nešto određenija definicija, kao prakse kojoj roditelji pribegavaju kako bi imali i dete drugog pola.<sup>28</sup> Ipak, retko, ovom pojmu se pridaje nešto veća pažnja. Naime, polazi se od tzv. definicije „neuravnotežene porodice“ gde je prisutno više potomaka jednog pola od drugog, pa se zatim navodi da je postizanje „ravnoteže“ usmereno na istu, ili približno istu zastupljenost dece oba pola u okviru jedne porodice.<sup>29</sup> Potonja kritika ovako shvaćenog pojma deluje posebno uverljivo, jer navodi na zaključak da su „neuravnotežene porodice“ pojava koja se mora ispraviti, odnosno lečiti, zatim pretpostavlja se da postoje dva legitimna pola koji se određuju prirodnim karakteristikama deteta pri rođenju, ali i da postoje dva legitimna roda.<sup>30</sup> Ovo poslednje donekle navodi i na činjenicu da roditelji očekuju da deca željenog pola imaju određene uloge i ponašanja, tačnije da se bilo kakav izbor pola zasniva na određenim očekivanjima, odnosno predrasudama roditelja.<sup>31</sup>

Možda nešto uverljiviji razlog, se tiče činjenice da je selekcija u medicinske svrhe široko praktikovana, iako je donekle diskriminatorna, zbog čega odbijanje selekcije iz društvenih ili kulturoloških razloga nije sasvim jasno.<sup>32</sup> Jer, u pojedi-

---

<sup>25</sup> E. Dahl, 383.

<sup>26</sup> Eric Blyth, Lucy Frith, “Ethical objections to sex selection for nonmedical reasons“, Reproductive BioMedicine Online, 1/2008, 41-45; Seema Mohapatra, “Global Legal Responses to Prenatal Gender Identification and Sex Selection“, *Nevada Law Journal*, 3/2013, 690-721.

<sup>27</sup> B. Toebes, 199.

<sup>28</sup> A. R. Chapman, P. A. Benn, 538; Ili se opet definiše kao želja roditelja da imaju decu oba pola, uz konstataciju da su prisutna zalaganja da se ova mogućnost ograničeno koristi, tj. samo u odnosu na roditelje koji već imaju dete. M. Shelby Deeney, “Bioethical Considerations of Preimplantation Genetic Diagnosis for Sex Selection“, *Washington University Jurisprudence Review*, 2/2013, 345.

<sup>29</sup> A. Shahvisi, 125–126.

<sup>30</sup> *Ibid.*, 127-130.

<sup>31</sup> *Ibid.*.

<sup>32</sup> Sheila A. M. McLean, “Sex Selection: Intergenerational Justice or Injustice“, *Medicine and law*, 4/2005, 761-773.

nim društvima je jasno da će dete određenog pola imati značajno bolji kvalitet života (što je često razlog koji se navodi i u prilog selekcije pola u medicinske svrhe), i u tom smislu se roditelji ne smeju osuđivati zbog njihove želje.<sup>33</sup> Ipak, ovaj poslednji problem bi se morao rešavati u korenu, tj. primarno uklanjanjem razloga nejednakosti polova u pojedinom društvu, iako je ovo zaista težak zadatak. Sa druge strane, izbor pola u medicinske svrhe se ne sme olako shvatati, potrebno je adekvatno informisanje i savetovanje roditelja, i pitanje oboljenja i stanja koja opravdavaju izbor pola je zaista složeno. Osim toga, oboljenje ili stanje predstavlja rezultat okolnosti na koje se može uticati isključivo napretkom medicine.

### 3. RELEVANTNI STANDARDI ZAŠTITE LJUDSKIH PRAVA

Kao što je ranije navedeno, čl. 14. Konvencije o biomedicini koji je relevantan, se odnosi samo na korišćenje postupaka medicinski potpomognutog oplođenja u svrhu izbora pola budućeg deteta, mada su metode selekcije pola nakon oplođenja putem prenatalne dijagnostike (tj. ne putem preimplantacione) rasprostranjenije. U čl. 14. Konvencije o biomedicini se navodi da: „nije dozvoljeno korišćenje postupaka medicinski potpomognutog oplođenja u svrhu izbora pola budućeg deteta, osim radi izbegavanja ozbiljne nasledne bolesti koja je vezana za pol“. U skladu sa Obrazloženjem Konvencije o biomedicini, pod medicinski potpomognutim oplođenjem se podrazumeva veštačka insemenacija ili *in vitro* oplodnja ili bilo koja druga tehnika koja ima isti efekat, a koja omogućava rađanje izvan prirodnih procesa.<sup>34</sup> Pitanje ozbiljnosti naslednog poremećaja koji je vezan za pol je ostavljeno državama članicama, a u svakom slučaju potrebno je obezbediti adekvatno genetsko savetovanje.<sup>35</sup>

Kada je reč o ostalim instrumentima za zaštitu ljudskih prava, može se primetiti da nigde nije predviđena zabrana izbora pola, ali ni pravo na izbor pola. Univerzalna deklaracija o bioetici i ljudskim pravima iz 2005. godine garantuje vrlo uopštene principe koji međusobno mogu biti suprotstavljeni u pogledu izbora pola.<sup>36</sup> Pojedini ukazuju na značaj Deklaracije o odgovornosti sadašnjih gene-

---

<sup>33</sup> *Ibid.*, 766, 764.

<sup>34</sup> Explanatory Report to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine – Explanatory Report to the Convention on Human Rights and Biomedicine, Council of Europe, Strasbourg, May 1997, DIR/JUR (97) 5, par. 93.

<sup>35</sup> *Ibid.*, par. 94. Kada je reč o nadzoru nad poštovanjem zaštićenih prava, Konvencija o biomedicini ne uspostavlja nadzorni mehanizam, mada sadrži atipičnu odredbu kojom se predviđa savetodavna uloga Evropskog suda za ljudska prava, bez direktnog pozivanja na bilo koji poseban postupak koji je u toku na sudu (čl. 29. Konvencije o biomedicini).

<sup>36</sup> Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, adopted by UNESCO's General Conference on 19 October 2005, 33 rd session of the General Conference of UNESCO.

racija prema budućim generacijama iz 1997. godine.<sup>37</sup> Ipak, spomenuti dokument u još manjoj meri može da pruži jasne principe.

Ovde bi moglo biti značajno razmotriti niz opšteprihvaćenih ljudskih prava, a pre svega pravo na život, tačnije pitanje momenta od kojeg se smatra da je pravo na život fetusa zaštićeno. Poznato je da je ovo pitanje ostavljeno izvan sfere regulisanja. Prilikom izrade nacrta Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima zbog nedostatka konsenzusa je upotrebljena neodređena formulacija, slična je situacija i u drugim instrumentima zaštite ljudskih prava.<sup>38</sup> Na primer, u čl. 6. st. 1. Konvencije o pravima deteta se garantuje pravo na život, a u preambuli se predviđa i da dete ima potrebu za posebnom zaštitom, uključujući tu adekvatnu pravnu zaštitu, kako pre, tako i nakon rođenja.<sup>39</sup> Međutim, u čl. 1. Konvencije o pravima deteta se daje neodređena definicija deteta, pod detetom se podrazumeva: „svako ljudsko biće koje nije navršilo osamnaest godina života, ukoliko se, po zakonu koji se primenjuje na dete, punoletstvo ne stiče ranije“. Pravo na abortus, takođe nije eksplisitno regulisano instrumentima za zaštitu ljudskih prava, i nije posebno predviđeno kao dozvoljen izuzetak od zaštite prava na život.<sup>40</sup> Apsolutna zabrana prava na abortus se smatra protivnom odredbama kojima se štite ljudska prava.<sup>41</sup> Potrebno je odmeriti pravo na život nerodenog deteta sa različitim

<sup>37</sup> Declaration on the Responsibilities of the Present Generation Towards Future Generations, *Adopted by the General Conference of the UNESCO, Paris, France, 12 November 1997, Art. 1.*; S. A. M. McLean, 761-762, 773.

<sup>38</sup> International Bill of Human Rights First Session Report of the Drafting Committee to the Commission on Human Rights, Commission on Human Rights Drafting Committee, E/CN. 4/21, 1. July 1947, 74. Iz čl. 6. st. 1. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima se može samo zaključiti da pravo na život nije uskraćeno nerodenom detetu. UN General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966, United Nations, *Treaty Series*, vol. 999, 171. Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u čl. 2., kao i Povelja EU u čl. 2., garantuju svakome pravo na život, tj. takođe je prihvaćena neodređena definicija. European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14, *European Treaty Series*, No. 5, Council of Europe, 4 November 1950; Charter of Fundamental Rights of the European Union, *Official Journal of the European Union*, C 83/391, 30.3.2010.

<sup>39</sup> Convention on the Rights of the Child, 20 November 1989, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1577, 3.

<sup>40</sup> Doduše, u Protokolu uz Afričku povelju o ljudskim pravima i pravima žena u Africi iz 2003. godine u sklopu zaštite zdravlja i reproduktivnih prava, u čl. 14. st. 2. tač. c predviđa obaveza država da dozvole obavljanje abortusa, ali samo u slučaju silovanja, incesta ili opasnosti za život majke ili deteta. Protocol to the African Charter on Human and People's Rights on the Rights of Women in Africa, African Union, 11 July 2003. Prihvaćen je minimum situacija koje se danas u većini zemalja smatraju legitimnim osnovom za preduzimanje abortusa, što bi svakako bilo poželjno da se učini i na univerzalnom nivou. Andela Đukanović, *Evropski standardi u oblasti biomedicine – pravo na integritet ličnosti*, doktorska disertacija, Beograd 2015, 40.

<sup>41</sup> Walter Kalin, Jorg Kunzli, *The Law of International Human Rights Protection*, New York 2009, 295; Karen Noelia Llantoy Huamán v. Peru, Communication No. 1153/2003, U.N. Doc. CCPR/C/85/D/1153/2003 (2005), UN Human Rights Committee, Session 85; L.M.R. v. Argentina,

pravima majke, a državama je ostavljena sloboda odluke da li će dozvoliti pravo na abortus samo u slučaju kada je ugrožen život majke, silovanja, ozbiljnog defekta fetusa ili i u drugim situacijama, tj. da li će dozvoliti i abortus na zahtev majke do određene starosti ploda.<sup>42</sup> Međunarodno pravo ljudskih prava ne pruža jasan putokaz ni u pogledu odnosa između prava na privatnost i prava na abortus, a može se pretpostaviti prema postojećoj praksi da je malo verovatno da će tela zadužena za nadzor nad poštovanjem ljudskih prava ispitivati pitanje izbora pola u okviru prava na privatnost.<sup>43</sup> Pitanje abortusa, početka života, ili na primer prava na eutanaziju, predstavljaju možda najslikovitije primere različite implementacije međunarodnih ugovora usled kulturnih i religioznih razlika između država.<sup>44</sup>

Kada je reč o abortusu na zahtev majke, treba imati u vidu da je na globalnom nivou, abortus na zahtev, pod uslovima koji se propisuju domaćim zakonima, dozvoljen u nešto manje od trećine zemalja sveta.<sup>45</sup> U zemljama u kojima je moguć abortus na zahtev majke bez dodatnih zahteva vezanih pre svega za zdravlje majke ili deteta, ili kada je do začeća došlo izvršenjem krivičnog dela je obično moguć u prvom tromesečju, uglavnom u Evropi, i to najčešće okvirno između 10 i 12 nedelje trudnoće.<sup>46</sup> Uobičajeno je i da se dozvoljava i prekid kasne trudnoće pod određenim uslovima u uporednom evropskom pravu su indikacije za prekid kasne trudnoće različito određene, ali se kvalifikuju kao izuzetno ozbiljne.<sup>47</sup>

Ipak, i u Evropi su u pogledu mogućnosti prekida trudnoće na zahtev majke prisutne varijacije. Tako je na primer poznato da je u Malti prekid trudnoće u potpunosti zabranjen, dok je u Irskoj dozvoljen isključivo radi spasavanja života majke. U okviru EU su Irska i Malta čak tražile specifične protokole na osnivačke ugovore, u kojima se garantuje da oni ne mogu uticati na domaća pravila o abortusu.<sup>48</sup> Poljska je takođe poznata po restriktivnim rešenju, tj. prekid trudnoće je moguć samo radi spasavanja života majke ili ozbiljnog rizika po njeno zdra-

---

Communication No. 1608/2007, U.N. Doc. CCPR/C/101/D/1608/2007 (2011), UN Human Rights Committee, 101st session.

<sup>42</sup> W. Kalin, J. Kunzli, 295.

<sup>43</sup> B. Toebe, 211-212. Evropski sud za ljudska prava je tako u kontekstu prava na poštovanje privatnog i porodičnog života ukazao da države imaju „široko polje slobodne procene“ u pogledu donošenja odluke o okolnostima pod kojima je abortus dozvoljen. *A, B, and C v. Ireland*, [GC], predstavka br. 25579/05, presuda od 16. decembra 2010.

<sup>44</sup> Rodoljub Etinski, „*Kulturni relativizam i univerzalnost ljudskih prava: pokušaj pravne analize*“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1/2009, 63-64.

<sup>45</sup> *Unsafe abortion – Global and regional estimates of the incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2008*, Sixth edition, World Health Organization 2011, 3.

<sup>46</sup> Abortion Legislation in Europe, Updated January 2012, IPPF European Network, Brussels, Belgium, September 2012, [https://www.ippfen.org/sites/ippfen/files/2016-12/Final\\_Abortion%20legislation\\_September2012.pdf](https://www.ippfen.org/sites/ippfen/files/2016-12/Final_Abortion%20legislation_September2012.pdf), 05. mart 2019.

<sup>47</sup> Gordana B. Kovaček Stanić, „Prekid kasne trudnoće u pravu Srbije i uporednom evropskom pravu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2015, 489-495.

<sup>48</sup> Protocol No 7 annexed to the Treaty on European Union and to the Treaties establishing the European Communities (1992), *Official Journal of the European Union*, C 321, E/225,

vlje, ukoliko je trudnoća rezultat silovanja ili incesta, ili u slučaju nepovratnog oštećenja fetusa.<sup>49</sup> Od liberalnijih rešenja se može izdvojiti Švedska, gde je prekid trudnoće na zahtev moguć do 18 nedelje.<sup>50</sup>

Tehnologija do relativno nedavno nije omogućavala pouzdano utvrđivanje pola pre perioda od 10 nedelje trudnoće, a sada je to dakle moguće putem neinvazivnog prenatalnog genetskog testa iz krvi majke. S tim u vezi, može biti relevantno i pravo na informaciju, tj. da li će informacija o polu deteta u ovoj fazi trudnoće uticati na preduzimanje abortusa ukoliko je reč o neželjenom polu deteta. Međutim, ni ovde nije jasno da li postoji pravo na informaciju, ali ni da li se pravo na informaciju može ograničiti iz razloga zaštite zdravlja ili morala, odnosno ukoliko se smatra da je to potrebno radi zaštite prava i sloboda drugih.

Najzad, zabrana diskriminacije predstavlja okvir koji se često spominje u ovom svetu. Pravo na slobodu od diskriminacije je priznato u čitavom nizu dokumenata, ali ni ovde nije jasno definisan subjekt diskriminacije, tj. da li to može biti i nerođeno dete.<sup>51</sup> U tom smislu je značajan čl. 5. tač. a) Konvencije o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena, u kojem se navodi da su države članice dužne da preduzimaju mere kako bi otklonile predrasude i običaje, kao i svaku drugu praksu zasnovanu na shvatanju o inferiornosti ili superiornosti jednog ili drugog pola, ili stereotipnim ulogama muškaraca odnosno žena.<sup>52</sup> Ova odredba stvara nedvosmislenu obavezu rešavanja uzroka izbora dece muškog pola.<sup>53</sup> Naravno, ona se odnosi i na uklanjanje uzroka selekcije dece ženskog pola, ali i na postizanje tzv. „ravnoteže porodice“, ukoliko se setimo ranije navedenih argumenata. Doduše, pojedine zemlje su stavile rezerve na ovu odredbu, uglavnom jer je u suprotnosti sa postojećim običajima, koji po prirodi stvari mogu biti izmenjeni evolucijom društva u celini, odnosno vlasti ovakvu praksu ne mogu jednostavno izmeniti.<sup>54</sup>

---

29.12.2006; Protocol No 7. on abortion in Malta, *Official Journal of the European Union*, L 236 , 23.09.2003, P. 0947 – 0947.

<sup>49</sup> Prisutni su čak i pokušaji pooštravanja ovakvog rešenja. Emma Hayward, “Poland: Rallies against proposed change in abortion law,The new law would ban all abortions in cases of foetal abnormality”, *Al Jazeera*, 24.04. 2019.

<sup>50</sup> Abortion Legislation in Europe, Updated January 2012, IPPF European Network, Brussels, Belgium, September 2012, p. 73. [https://www.ippfen.org/sites/ippfen/files/2016-12/Final\\_Abortion%20legislation\\_September2012.pdf](https://www.ippfen.org/sites/ippfen/files/2016-12/Final_Abortion%20legislation_September2012.pdf), 05. mart 2019.

<sup>51</sup> Na primer čl. 26. Medunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, čl. 2. Konvencije o pravima deteta, čl. 1. Konvencije o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena, čl. 2. Konvencije o pravima deteta, čl. 21. Povelje Evropske Unije o osnovnim pravima, čl. 14. Evropske konvencije o ljudskim pravima i čl. 1. Protokola br. 12. uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima.

<sup>52</sup> Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, 18 December 1979, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1249, 13.

<sup>53</sup> B. Toebes, 214.

<sup>54</sup> Rezerve na čl. 5 tač. a) su stavile Indija, Niger, Malezija, Novi Zeland. Declarations, reservations, objections and notifications of withdrawal of reservations relating to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. United Nations. CEDAW/SP/2006/2.

Pravo na zasnivanje porodice u principu predstavlja dopunu prava na privatnost, i uglavnom se štiti zajedno sa pravom na sklapanje braka, a povezano je i sa pravom na zdravlje. Na Konferenciji Ujedinjenih nacija o populaciji i razvoju održanoj 1994. godine u Kairu, je usvojena definicija reproduktivnog zdravlja, u kojoj se uopšteno spominje pravo na sigurne metode planiranja porodice i pristupa medicinskim uslugama.<sup>55</sup> Međutim, prepoznat je i problem prakse prenatalnog izbora pola u nizu zemalja, i abortusa fetusa ženskog pola, i u tom smislu se predlaže ukidanje svih oblika diskriminacije, i uklanjanje uzroka preferiranja dece muškog pola.<sup>56</sup> Na svetskoj konferenciji Ujedinjenih Nacija o pravima žena 1995. godine u Pekingu je usvojena Deklaracija i Platforma akcije, u kojoj se ponovo prepoznaće problem prenatalne selekcije pola u kontekstu nasilja nad ženama, i zahteva usvajanje zakona kojima bi se eliminisala ovakva praksa.<sup>57</sup> Međunarodni etički komitet je prepoznao i opasnost upotrebe neinvazivnih prenatalnih genetskih testova, koji se mogu preduzeti u ranoj fazi trudnoće, što može voditi selekciji pola koja je protivna vrednostima kao što su jednakost i nediskriminacija.<sup>58</sup> Prema dostupnim podacima Populacijskog fonda UN, u Kini je u 2014. godini na svakih 100 devojčica rođeno 115.9 dečaka, u Azerbejdžanu u 2013. godini 115.6 dečaka, Jermeniji 114 dečaka, u Severnoj Makedoniji je u periodu od 2009-2013 taj broj iznosio 110.4, u Crnoj Gori u istom periodu 109, a u Albaniji u periodu od 2012-2013 takođe 109 rođenih dečaka.<sup>59</sup>

I u okviru Saveta Evrope je identifikovan izbor pola kao ozbiljan i aktuelan problem.<sup>60</sup> Tako su 2011. godine donete Rezolucija o prenatalnom izboru pola, kao i Preporuka o prenatalnom izboru pola.<sup>61</sup> U Rezoluciji se države članice pozivaju da vode evidenciju o odnosu broja rođenih dečaka i devojčica, i preduzmu mere u slučaju njegovog disbalansa, da donešu zakone kojima se zabranjuje izbor pola u nemedicinske svrhe u kontekstu tehnologija medicinski potpomognutog oplodjenja ali i dozvoljenog abortusa.<sup>62</sup> U Preporuci o prenatalnom izboru pola se

---

<sup>55</sup> Programme of Action of the United Nations International Conference on Population and Development, held at Cairo from 5-13 September 1994, par.7.2.

<sup>56</sup> *Ibid.*, paras., 4.15-4.16.

<sup>57</sup> Beijing Declaration and Platform for Action, The United Nations Fourth Conference of Women, Beijing, September 1995, paras., 39, 124 (i).

<sup>58</sup> Report of the IBC on Updating Its Reflection on the Human Genome and Human Rights, par. 91.

<sup>59</sup> Gender-biased sex selection, United Nations Population Fund, UNFPA, <https://www.unfpa.org/gender-biased-sex-selection>, 18. mart 2019.

<sup>60</sup> Sex-selective abortions are discriminatory and should be banned, The Commissioner's Human Rights Comments, Strasbourg, 15/01/2014, <http://www.coe.int/en/web/commissioner/-/sex-selective-abortions-are-discriminatory-and-should-be-banned-1>, 18. mart 2019.

<sup>61</sup> Resolution 1829 (2011) Prenatal sex selection, 3 October 2011 (29th Sitting), Parliamentary Assembly, Council of Europe; Recommendation 1979 (2011) Prenatal sex selection, 3 October 2011 (29th Sitting), Parliamentary Assembly, Council of Europe.

<sup>62</sup> Resolution 1829 (2011) Prenatal sex selection, paras. 8.1.-8.7.

daje uputstvo Bioetičkom komitetu da sprovede studiju o prenatalnom izboru pola u državama članicama, i razmotri mogućnost izrade vodiča o prenatalnom izboru pola, u svetu čl. 14. Konvencije o biomedicini.<sup>63</sup> Međutim, Bioetički komitet do danas nije sačinio spomenutu studiju, a verovatno jer se čl. 14. Konvencije o biomedicini ne odnosi na prenatalni izbor pola. Takođe, Bioetički komitet je smatrao da ovo pitanje pripada sferi jednakosti polova, s tim da će se eventualno pozabaviti genetskim testovima iz krvi majke.<sup>64</sup> Evropski parlament je takođe usvojio Rezoluciju koja se bavi ovim pitanjem.<sup>65</sup> Ipak, prošlo je nekoliko godina nakon spomenutih inicijativa, a problem izbora pola nije ponovo bio predmet interesovanja u Evropi, a malo je verovatno da je efikasno rešen i u dovoljnoj meri istražen.

Može se primetiti i da nedostaju adekvatne uporednopravne analize pitanja izbora pola u nemedicinske svrhe. U slučaju korišćenja postupaka medicinski potpomognutog oplođenja u svrhu izbora pola, može se pretpostaviti da je ono zabranjeno u zemljama koje su ratifikovale Konvenciju o biomedicini, (trenutno 18 zemalja). Međutim, to nam ne pruža odgovor na pitanje da li su na primer kričnim pravom predvidene kazne (novčana kazna ili kazna zatvora) samo za lekare koji sa umišljajem obavljaju ovakve postupke ili i za druga lica, odnosno zdravstvene ustanove, da li su pravom definisane ozbiljne nasledne bolesti vezane za pol koje opravdavaju izbor pola, i sl.<sup>66</sup> U Izraelu je na primer usvojeno atipično rešenje, izbor pola je dozvoljen ukoliko će rođenje deteta određenog pola izazvati tešku duševnu uznemirenost roditelja ili deteta, a roditelji već imaju najmanje četiri deteta istog pola.<sup>67</sup> U Indoneziji je na primer dozvoljena upotreba postupaka medicinski potpomognutog oplođenja u svrhu izbora pola drugog deteta, bez posebnog navođenja razloga selekcije.<sup>68</sup> U SAD trenutno ne postoje zakoni kojima je regulisana praksa izbora pola bilo pre, bilo posle začeća, reklamiranje usluge izbora pola je rasprostranjeno, a usled reproduktivnog turizma neno

---

<sup>63</sup> Recommendation 1979 (2011) Prenatal sex selection, par. 3. 2.

<sup>64</sup> Abridged Report, Committee on Bioethics (DH-BIO), 5th MEETING, Council of Europe, Strasbourg, 5-7 May 2014, par. 22.

<sup>65</sup> European Parliament resolution of 8 October 2013 on Gendercide: the missing women? (2012/2273(INI)), Strasbourg.

<sup>66</sup> U Mađarskoj je na primer za krično delo izbora pola pre implantacije predviđena kazna zatvora od 1 do 5 godina za lekara koji obavi ovakav postupak, ali nisu pravom definisane nasledne bolesti koje opravdavaju selekciju pola. Mate Julesz, "Pre-Conceptual Sex Selection", *Jura*, I/2015, 214-216. U Hrvatskoj je zabranjeno korišćenje postupaka biomedicinski potpomognute oplođenje u svrhu izbora pola deteta, osim u slučaju izbegavanja ozbiljne nasledne bolesti koja je vezana za pol, i predvidene su novčane kazne za pravna lica koja prekrše ovu odredbu. Zakon o medicinski pomognutoj oplođnji, *Narodne novine*, br. 86/12, čl. 27. i 56.

<sup>67</sup> Ruth Zafran, "Non-Medical Sex Selection by Preimplantation Genetic Diagnosis: Reflections on Israeli Law and Practice", *North Carolina Journal Of Law & Technology*, 2/2008, 187-217.

<sup>68</sup> Rani Tiyas Budiyanti, Adi Sulistiyo Pujiyono, "Sex Selection In Indonesia: An Ethical and Legal Perspective", *Eubios Journal of Asian and International Bioethics*, 1/2017, 20.

obavljanje je postalo vrlo unosna industrija.<sup>69</sup> Tako je na primer poznat slučaj para iz Australije koji je oputovao za Kaliforniju radi obavljanja preimplantacione genetske dijagnoze isključivo radi izbora pola njihove bebe.<sup>70</sup>

Kada je reč o izboru pola nakon implantacije, u principu se ona manje više u praksi odvijala kroz nedozvoljen prekid trudnoće, a utvrđivanje pola se vršilo uglavnom putem ultrazvuka. U Kini je kao u zemlji u kojoj je prepoznat problem izbora pola, je još 1986. godine zabranjena prenatalna dijagnoza na zahtev majke, osim ukoliko je ona određena od strane bolnice radi dijagnoze određenih naslednih bolesti.<sup>71</sup> Zabrana se dakle nije pokazala efikasnom, a u Kini je poseban problem predstavlja tzv. politika jednog deteta, koja je relativno nedavno relaksirana u tzv. politiku dva deteta. Indija se već decenijama bori sa ovim problemom, čak i šire reforme zakonodavstva, kao npr. davanje jednakih prava nasleđivanja ženama za sada nisu dale zadovoljavajuće rezultate.<sup>72</sup> Poseban problem kod prenatalnog izbora pola, predstavlja upotreba neinvazivnog prenatalnog genetskog testa iz krvi majke u ranoj fazi trudnoće, u zemljama u kojima je moguć abortus na zahtev majke. U Crnoj Gori, kao zemlji u kojoj je evidentirana praksa izbora pola na nivou Saveta Evrope, je posebno predviđena zabrana prekida trudnoće sa ciljem izbora pola uopšte, ali i upotreba ranih genetskih testova radi utvrđivanja pola, osim u slučaju rizika od naslednih oboljenja koje je indikovalo klinički genetičar.<sup>73</sup> Zakon je stupio na snagu 2009. godine, a disbalans je primećen nakon njegovog usvajanja, što bi dakle značilo da nije efikasan. Kao razlog se navodi da indikaciju za genetsko ispitivanje često postavljaju ginekolozi čiji je rad teško nadzirati.<sup>74</sup> Takođe se navodi i reproduktivni turizam.<sup>75</sup> Najzad, putem interneta je relativno jednostavno naći kliniku koja obavlja neinvazivno genetsko testiranje, i utvrditi pol deteta, a uzorak i rezultati se šalju poštom. Potrebna je dakle šira politika promovisanja jednakosti polova, ali je to složen zadatak, jer su ovakva

---

<sup>69</sup> Elise Micheli, "Sex Selection in the United States: A Move toward Legislation", *New England Journal of International and Comparative Law*, 2/2012, 526-527, 534.

<sup>70</sup> Majka je tvrdila da je njen muž oduvek želeo čerku kako bi mogao da je odvede pred oltar, dok je majka želela sa svojim detetom da ima upravo odnos između majke i čerke, a pogotovo jer je nakon prethodnog rođenja tri sina patila od tzv. „razočarenja polom“. Beth Greenfield, "Couple Spends \$50K to Choose Baby's Sex, Shining Light on Trend", *Center for Genetics and Society*, 5 December 2014, <http://www.geneticsandsociety.org/article.php?id=8244>, 22. mart. 2019.

<sup>71</sup> Nie Jing-Bao, "Non-medical sex-selective abortion in China: ethical and public policy issues in the context of 40 million missing females", *British Medical Bulletin*, 1/2011, 13.

<sup>72</sup> Sonia Bhalotra, Rachel Brulé, Sanchari Roy, "Women's inheritance rights reform and the preference for sons in India", *Journal of Development Economics*, In Press, 14.

<sup>73</sup> Zakon o uslovima i postupku za prekid trudnoće, Sl.list Crne Gore, br. 53/09, čl. 18, čl 26.

<sup>74</sup> Određivanje pola djeteta najčešće traže parovi iz Crne Gore, Roditelji.me, <https://www.roditelji.me/blog/2014/06/16/odredivanje-pola-djeteta-najcesce-traze-parovi-iz-crne-gore/>, 03. april 2019.

<sup>75</sup> Svetlana Slavujević „Gdje su nestale crnogorske djevojčice“, Javno, 2017, <https://javno.rs/analiza/gdje-su-nestale-crnogorske-djevojice>, 03. april 2019.

shvatanja ukorenjena u tradiciji. Za Crnu Goru se može reći da potčinjen položaj žene vuče korene još iz nekadašnjih ustanova plemenskog poretku.<sup>76</sup> U Srbiji je usvojena zabrana izbora pola deteta iz nemedicinskih razloga putem bilo kojeg dijagnostičkog postupka, bilo pre začeća, bilo u toku trudnoće, a dozvolu za dijagnostički postupak daje Uprava za biomedicinu.<sup>77</sup> Zabrana izbora pola je posebno regulisana i u kontekstu biomedicinski potpomognutog oplodjenja.<sup>78</sup> Prekid trudnoće je moguće obaviti na zahtev trudne žene do navršene 10 nedelje trudnoće, a pod određenim uslovima i nakon ovog perioda.<sup>79</sup>

#### 4. ZAKLJUČAK

Kada je reč o izboru pola u nemedicinske svrhe, bilo bi dakle poželjno da se pre svega iskorene uzroci diskriminacije, kako roditelji ne bi pribegavali selekciji pola. Međutim, čak i u društвima za koja se smatra da nemaju izražen problem diskriminacije, to ne predstavlja opravdanje za tzv. postizanje „ravnoteže porodice“, jer je ovakav termin diskriminoran sam po sebi i podrazumeva izvesna očekivanja roditelja koja su vezana isključivo za pol deteta. Diskriminoran je pre svega u odnosu na porodice sa decom istog pola i interseksualne osobe, ali donekle i sve ostale grupe ljudi koje se ne uklapaju u koncept heteronormativnosti. Ovakva selekcija može možda voditi i savremenoj eugeničkoj praksi. Sa druge strane, treba imati izvesnu dozu razumevanja za društva gde je prisutna diskriminacija žena. Njihova zakonodavstva uglavnom zabranjuju izbor pola pravom. U ovakvim dru-

---

<sup>76</sup> Vid.: Petar Stojanović, *Izabrana djela, ogledi iz crnogorske istorije prava*, tom I, Podgorica 2009, 291-297.

<sup>77</sup> Zakon o prevenciji i dijagnostici genetičkih bolesti, genetički uslovljenih anomalija i retkih bolesti, *Sl. glasnik RS*, br. 8/2015, čl. 10. U Hrvatskoj je na primer trenutno zabranjeno samo korišćenje postupaka biomedicinski potpomognute oplodnje radi izbora pola u nemedicinske svrhe, dakle ne i upotreba ostalih dijagnostičkih postupaka odnosno metoda, fn. 65.

<sup>78</sup> Zabranjeno je: „oploditi jajnu ćeliju posebnim izborom semenih ćelija koje su posebno izabrane da bi se rodilo dete određenog pola, odnosno izvršiti postupak koji povećava, odnosno obezbeđuje mogućnost da embrion bude određenog pola ili da se može odrediti pol u „in vitro“ embrionu, osim ako se na taj način sprečava nastanak teške nasledne bolesti koja je u vezi sa polom deteta“, Zakon o biomedicinski potpomognutoj oplodnji, *Službeni glasnik RS*, br. 40/2017 i 113/2017 – dr. zakon., čl. 49, tač. 15. U pogledu rizika od nastanka teške nasledne bolesti koja je vezana za pol deteta su značajni podaci koji se vode u Državnom registru o korisnicima biomedicinski potpomognute oplodnje, čl. 45.

<sup>79</sup> Zakon o postupku prekida trudnoće u zdravstvenim ustanovama Republike Srbije, *Sl. glasnik RS*, br. 16/95 i 101/2005 – dr. zakon, u čl. 6 se predviда da je prekid trudnoće nakon navršene 10 trudnoće moguć: 1) kada se na osnovu medicinskih indikacija utvrdi da se na drugi način ne može spasiti život ili otkloniti teško narušavanje zdravlja žene; 2) kada se na osnovu naučno-medicinskih saznanja može očekivati da će se dete roditi sa teškim telesnim ili duševnim nedostacima; 3) kada je do začeća došlo izvršenjem krivičnog dela (silovanje, obljuba nad nemoćnim licem, obljuba nad maloletnim licem, obljuba zloupotrebom položaja, zavodenje i rodoskrnavljenje).

štвима je neophodno izmeniti svest u širem smislu, u korist jednakosti polova. Međutim, ovakve izmene se ne mogu brzo realizovati, jer su se shvatanja o podredenom položaju žene dugo razvijala, i to u značajno drugačijim društveno ekonomskim okolnostima, koje su donekle opravdavale nejednakost polova.

U kontekstu zaštite ljudskih prava bi pre svega bilo neophodno da postoje pouzdani, lako dostupni i ažurni podaci o odnosu broja rođene dece određenog pola, relevantnoj zakonskoj regulativi, uključujući tu i podatke o upotrebi neinvazivnih genetskih testova i kvalitetu pruženih usluga testiranja. Ovakvi podaci bi omogućili blagovremeno reagovanje u slučaju povećanog disbalansa, ali i eventualno postizanje konsenzusa, bar na nivou Saveta Evrope. Čl. 5. tač. a) Konvencije o eliminisanju svih oblika diskriminacije žena, nije u dovoljnoj meri određen. Eventualnim konsenzusom bi se svakako izostavilo tradicionalno sporno pitanje početka života. Potrebno je insistiranje na zabrani izbora pola budućeg deteta iz nemedicinskih razloga, koja bi se odnosila na bilo koje dijagnostičke postupke, kako pre začeća, tako i u toku trudnoće. Nelogično je da je Konvencijom o biomedicini propisana zabrana koja se odnosi na period pre začeća, a da ne postoji takva zabrana za period nakon začeća, što je najčešći vid selekcije. Takođe, opšte je poznato da postoji veći otpor uopšte prema abortusu, što je fetus, odnosno embrion u daljoj fazi razvoja.<sup>80</sup>

Poseban problem jeste što roditelji često pribegavaju reproduktivnom turizmu kako bi dobili željeni rezultat ukoliko je on zabranjen domaćim pravom, ili čak poštomi šalju uzorku na analizu. U zemljama u kojima izbor pola nije regulisan, treba insistirati bar na zabrani reklamiranja neinvazivnih genetskih testova u svrhu izbora pola, manjih poremećaja i izbora osobina deteta.<sup>81</sup> Ukoliko su odredene usluge lako dostupne, onda je verovatno da će ih koristiti i oni koji inicijalno nisu toliko zainteresovani za njih.

## LITERATURA I IZVORI

- A, B, and C v. Ireland*, [GC], predstavka br. 25579/05, presuda od 16. decembra 2010. Abridged Report, Committee on Bioethics (DH-BIO), 5 th MEETING, Council of Europe, Strasbourg, 5-7 May 2014.
- Attanasio B. John, “The Constitutionality of Regulating Human Genetic Engineering: Where Procreative Liberty and Equal Opportunity Collide”, *The University of Chicago Law Review*, 4/1986, 1274-1342.
- Beernink F. J., Dmowski W. P., Ericsson R. J., “Sex preselection through albumin separation of sperm”, *Fertility Sterility*, 2/1993, 382-386.
- Beijing Declaration and Platform for Action, The United Nations Fourth Conference of Women, Beijing, September 1995.

<sup>80</sup> B.Toebes, 201.

<sup>81</sup> A. R. Chapman, P. A. Benn, 544.

- Bhalotra Sonia, Brulé Rachel, Sanchari Roy, "Women's inheritance rights reform and the preference for sons in India", *Journal of Development Economics*, In Press.
- Blyth Eric, Frith Lucy, "Ethical objections to sex selection for nonmedical reasons", *Reproductive BioMedicine Online*, 1/2008, 41-45.
- Budiyanti Rani Tiyas, Pujiyono Adi Sulistiyyono, "Sex Selection In Indonesia: An Ethical and Legal Perspective", *Eubios Journal of Asian and International Bioethics*, 1/2017, 19-21.
- Bumgarner Ashley, "A Right to Choose?: Sex Selection in the International Context", *Duke Journal of Gender Law & Policy*, 2/2007, 1289-1309.
- Chapman Audrey R., Benn A. Peter, "Noninvasive Prenatal Testing for Early Sex Identification: A few benefits and many concerns", *Perspectives in Biology and Medicine*, 4/2013, 530-547.
- Characteristics of sex ratio imbalance in India and future scenarios. New Delhi, UNFPA, 4th Asia and Pacific Conference on Sexual and Reproductive Health and Rights, Hyderabad, India, October 2007.
- Charter of Fundamental Rights of the European Union, *Official Journal of the European Union*, C 83/391, 30.3.2010.
- Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, Oviedo, 4.IV.1997, Council of Europe, *European Treaty Series*, No. 164.
- Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, 18 December 1979, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1249, 13.
- Convention on the Rights of the Child, 20 November 1989, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1577, 3.
- Dahl Edgar, "Procreative liberty: the case for preconception sex selection", *Reproductive BioMedicine Online*, 4/2003, 380-384.
- Declaration on the Responsibilities of the Present Generation Towards Future Generations, *Adopted by the General Conference of the UNESCO, Paris, France, 12 November 1997*.
- Deeney M. Shelby, "Bioethical Considerations of Preimplantation Genetic Diagnosis for Sex Selection", *Washington University Jurisprudence Review*, 2/2013, 333-360.
- Emma Hayward, "Poland: Rallies against proposed change in abortion law, The new law would ban all abortions in cases of foetal abnormality", *Al Jazeera*, 24. 04. 2019.
- Etinski Rodoljub, „Kulturni relativizam i univerzalnost ljudskih prava: pokušaj pravne analize“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 1/2009, 37–66.
- European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14, *European Treaty Series*, No. 5, Council of Europe, 4 November 1950.
- Explanatory Report to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine – Explanatory Report to the Convention on Human Rights and Biomedicine, Council of Europe, Strasbourg, May 1997, DIR/JUR (97) 5.

- Gender and Genetics -Sex Selection and Discrimination, Genomic resource centre, World Health Organisation, <https://www.who.int/genomics/gender/en/index4.html>, 10. april 2019.
- Gender-biased sex selection, United Nations Population Fond, UNFPA, <https://www.unfpa.org/gender-biased-sex-selection>, 18. mart 2019.
- Greenfield Beth, "Couple Spends \$50K to Choose Baby's Sex, Shining Light on Trend", *Center for Genetics and Society*, 5 December 2014, <http://www.geneticsandsociety.org/article.php?id=8244>, 22. mart. 2019.
- International Bill of Human Rights First Session Report of the Drafting Committee to the Commission on Human Rights, Commission on Human Rights Drafting Committee, E/CN. 4/21, 1. July 1947, 74.
- Jing-Bao Nie, "Non-medical sex-selective abortion in China: ethical and public policy issues in the context of 40 million missing females", *British Medical Bulletin*, 1/2011, 13.
- Kalin Walter, Kunzli Jorg, *The Law of International Human Rights Protection*, New York 2009, 592.
- Karen Noelia Llantoy Huamán v. Peru*, Communication No. 1153/2003, U.N. Doc. CCPR/C/85/D/1153/2003 (2005), UN Human Rights Committee, Session 85.
- L.M.R. v. Argentina*, Communication No. 1608/2007, U.N. Doc. CCPR/C/101/D/1608/2007 (2011), UN Human Rights Committee, 101st session.
- McCarthy David, "Why Sex Selection Should Be Legal", *Journal of Medical Ethics*, 5/2001, 302-307.
- McGowan L. Michelle, Sharp R. Richard, "Justice in the Context of Family Balancing", *Science, Technology, & Human Values*, 2/2013, 271–293.
- McLean A. M. Sheila, "Sex Selection: Intergenerational Justice or Injustice", *Medicine and law*, 4/2005, 761-773.
- Micheli Elise, "Sex Selection in the United States: A Move toward Legislation", *New England Journal of International and Comparative Law*, 2/2012, 525-535.
- Mohapatra Seema, "Global Legal Responses to Prenatal Gender Identification and Sex Selection", *Nevada Law Journal*, 3/2013, 690-721.
- Nierenberg Cari, "Am I Having a Boy or Girl? — Ultrasound & Sex Prediction", *Live Science*, December 20, 2017, <https://www.livescience.com/45582-boy-or-girl.html>, 04. februar 2019.
- Nussbaum M., *Women and Human Development: The Capabilities Approach*, Cambridge 2001, 314.
- Određivanje pola djeteta najčešće traže parovi iz Crne Gore, Roditelji.me, <https://www.roditelji.me/blog/2014/06/16/odredivanje-pola-djeteta-najcesce-traze-parovi-iz-crne-gore/>, 03. april 2019.
- Pennings Guido, "Ethics of sex selection for family balancing, Family balancing as a morally acceptable application of sex selection", *Human Reproduction*, 11/1996, 2339–2342.
- Programme of Action of the United Nations International Conference on Population and Development, held at Cairo from 5-13 September 1994.
- Protocol No 7 annexed to the Treaty on European Union and to the Treaties establishing the European Communities (1992), *Official Journal of the European Union*, C 321, E/225, 29.12.2006.

- Protocol No 7. on abortion in Malta, *Official Journal of the European Union*, L 236, 23.09.2003, P. 0947 – 0947.
- Protocol to the African Charter on Human and People's Rights on the Rights of Women in Africa, African Union, 11 July 2003.
- Report of the IBC on Updating Its Reflection on the Human Genome and Human Rights, International Bioethics Committee, SHS/YES/IBC-22/15/2 REV.2, Paris, 2015.
- Sex-selective abortions are discriminatory and should be banned, The Commissioner's Human Rights Comments, Strasbourg, 15/01/2014, <http://www.coe.int/en/web/commissioner/-/sex-selective-abortions-are-discriminatory-and-should-be-banned-1>, 18. mart 2019.
- Shahvisi Arianne, "Engendering Harm: A "Critique of Sex Selection For "Family Balancing""", *Bioethical Inquiry*, 1/2018, 123-137.
- Slavujević Svetlana „Gdje su nestale crnogorske djevojčice“, *Javno*, 2017, <https://javno.rs/analiza/gdje-su-nestale-crnogorske-djevojcice>, 03. april 2019.
- Stojanović Petar, *Izabrana djela, ogledi iz crnogorske istorije prava*, tom I, Podgorica 2009, 291-297.
- Strange H., Chadwick R., "The Ethics of Nonmedical Sex Selection", *Health Care Anal*, 3/2010, 252- 266.
- Strange Heather, "Non-medical sex selection: ethical issues", *British Medical Bulletin*, 1/2010, 7-20.
- The Global Gender Gap Report 2018, *World Economic Forum*, Switzerland, 2018, 12, [http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_GGGR\\_2018.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2018.pdf), 10. april 2019.
- Toebes Brigit, "Sex selection under International Human Rights Law", *Medical Law International*, 9/2008, 197-225.
- UN General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966, United Nations, *Treaty Series*, vol. 999, 171.
- Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, adopted by UNESCO's General Conference on 19 October 2005, 33 rd session of the General Conference of UNESCO.
- Unsafe abortion – Global and regional estimates of the incidence of unsafe abortion and associated mortality in 2008*, Sixth edition, World Health Organization 2011, 3.
- Zafran Ruth, "Non-Medical Sex Selection by Preimplantation Genetic Diagnosis: Reflections on Israeli Law and Practice", *North Carolina Journal Of Law & Technology*, 2/2008, 187-217.
- Zakon o medicinskoj pomognutoj oplodnji, *Narodne novine*, br. 86/12.
- Zakon o uslovima i postupku za prekid trudnoće, *Sl.list Crne Gore*, br. 53/09.
- Đukanović Andela, *Evropski standardi u oblasti biomedicine – pravo na integritet ličnosti*, doktorska disertacija, Beograd 2015, 484.
- Zakon o biomedicinskoj potpomognutoj oplodnji, *Službeni glasnik RS*, br. 40/2017 i 113/2017 – dr. zakon.
- Zakon o prevenciji i dijagnostici genetičkih bolesti, genetički uslovljenih anomalija i retkih bolesti, *Sl. glasnik RS*, br. 8/2015.
- Zakon o postupku prekida trudnoće u zdravstvenim ustanovama Republike Srbije, *Sl. glasnik RS*, br. 16/95 i 101/2005 – dr. zakon.

Kovaček Stanić B. Gordana, „Prekid kasne trudnoće u pravu Srbije i uporednom evropskom pravu“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2015, 483-497.

Recommendation 1979 (2011) Prenatal sex selection, 3 October 2011 (29th Sitting), Parliamentary Assembly, Council of Europe.

Resolution 1829 (2011) Prenatal sex selection, 3 October 2011 (29th Sitting), Parliamentary Assembly, Council of Europe.

Abortion Legislation in Europe, Updated January 2012, IPPF European Network, Brussels, Belgium, September 2012, [https://www.ippfen.org/sites/ippfen/files/2016-12/Final\\_Abortion%20legislation\\_September2012.pdf](https://www.ippfen.org/sites/ippfen/files/2016-12/Final_Abortion%20legislation_September2012.pdf), 05. mart 2019.

European Parliament resolution of 8 October 2013 on Gendercide: the missing women? (2012/2273(INI)), Strasbourg

Julesz Mate, „Pre-Conceptual Sex Selection“, *Jura*, 1/2015, 214-217.

Andjela Z. Đukanović, Ph.D., Research Fellow  
Institute of International Politics and Economics  
[andjela@diplomacy.bg.ac.rs](mailto:andjela@diplomacy.bg.ac.rs)

## **Non-medical Sex Selection in the Context of Human Rights Protection**

**Abstract:** Despite the troubling data that points to population imbalance, more precisely, increased number of born males in many countries, the issue of sex selection for non-medical reasons was not addressed adequately from the human rights protection perspective. Sex selection is also complex ethical issue. One of the most common arguments used in favor of non-medical sex selection, is that the ban of sex selection will simply limit reproductive freedom. Many supporters of non-medical sex selection defend the practice by relying on the reason of ‘family balancing’. However, this reason does not seem to be eligible to justify selection. Problem of reproductive tourism is also present, due to the different approaches of the countries in regulating non-medical sex selection. More precisely, people are traveling to countries where respect for individual autonomy plays dominant role. In addition, there is a simple option to send samples for analysis to companies that advertise genetic testing over internet. In the context of human rights protection, only the Convention on Human Rights and Biomedicine has ban on sex selection for non-medical purposes, however, this ban applies only to specific, less practiced technique of selection. When it comes to other techniques of selection, Article 5 (a) of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women might be helpful to some extent. The issue of non-medical sex selection was in the focus of interest of the United Nations, Council of Europe and European Union to some extent, however insufficiently.

**Keywords:** sex selection, human rights, Biomedicine Convention, medically assisted procreation, genetic tests.

Datum prijema rada: 17.04.2019.

# ODELJAK ZA INOSTRANE AUTORE



*Nóra I. Jakab, Ph.D., Associate Professor*

*University of Miskolc*

*Faculty of Law*

*civnora@uni-miskolc.hu*

*Zsófia P. Ráczi, Student of Labour and Social Security Administration,*

*University of Miskolc*

*Faculty of Law*

*zsofiaraczi@gmail.com*

## ISSUES OF PUBLIC SOCIAL RESPONSIBILITY IN GREAT BRITAIN AND HUNGARY\*

**Abstract:** *Social responsibility has undergone significant development in recent years. The concept has been a success for every aspect of life, personal life, the economic sphere, and finally the public sector. At present, many states are struggling with proven problems in the public sector, and public social responsibility is one of the guidelines under which a comprehensive public administration reform could be launched. In this study we examine the British and Hungarian solutions of social public responsibility. The United Kingdom's example, though ahead of us, is not sure that the fundamental legal and mindset differences make the other European countries the same way to implement the PSR that works in the Anglo-Saxon kingdom.*

**Keywords:** *social responsibility – social public responsibility – public service social value law, innovative service provision.*

### 1. INTRODUCTION

Nowadays humanity has to face a number of overpowering global challenges. There are both economic, social and environmental problems, and these are often

\* „The described article/presentation/study was carried out as part of the EFOP-3.6.1-16-2016-00011 “Younger and Renewing University – Innovative Knowledge City – institutional development of the University of Miskolc aiming at intelligent specialisation” project implemented in the framework of the Széchenyi 2020 program. The realization of this project is supported by the European Union, co-financed by the European Social Fund.”

linked to, catalyzed and enhanced by each other. According to the more optimistic research, the next 50 years will determine the next 10,000 years. However, less optimistic researchers only give humanity 10-15 years to save itself before climate change and other processes related to environmental and social challenges become irreversible.

In 2018 the most threatening global catastrophic risks included the weapons of mass destruction (nuclear warfare, biological and chemical warfare), climate change, ecological collapse, pandemics and artificial intelligence.<sup>1</sup> Overpopulation, poverty and the exploitation of the poor, the ever-increasing plastic-pollution or even discrimination are challenges with which humanity has been struggling for many years now. How do we cope with these problems? Whose responsibility it is to save the planet and the people? What should we do? Is there any hope? These issues have never been so topical, so urgent and so vital as they are today.

The concept of social responsibility aims to mitigate and remedy the aforementioned and other economic, social and environmental problems. Behind the responsibility for each other, the environment and society there are values and emotions that can make our world a better place, such as solidarity, morality and selflessness.

Social responsibility first appeared in the economic sector. Most of the literature agrees that the concept of Corporate Social Responsibility<sup>2</sup> (CSR) first emerged in the 1950s, and it is linked to the American Howard R. Bowen's work, titled *Social Responsibilities of the Businessman*. In his work, Bowen concluded that large companies are the centers of power, and that their activities have a significant impact on citizens' lives, and asked "what responsibilities to society can business people be reasonably expected to assume?"<sup>3</sup>

Then CSR has been developing slowly until the mid-1980s, when the UN noticed that increasing environmental and social burdens are threatening the planet and humanity with rising danger. In 1983, in response to this threat, the UN set up the World Commission on Environment and Development (better known as the Brundtland Commission).<sup>4</sup> During its operation between 1984 and 1987,

---

<sup>1</sup> Global Catastrophic Risks 2018. Annual Report – Global Challenges Foundation <https://api.globalchallenges.org/static/files/GCF-Annual-report-2018.pdf> (14 March 2019)

<sup>2</sup> See more: Szegedi Krisztina, Mélypataki Gábor, „A vállalati társadalmi felelősségvállalás (CSR) és a jog kapcsolata” *Miskolci jogi Szemle*, 1/2016, 51-70. Kun Attila, *A multinacionális vállalatok szociális felelőssége*, Ad Librum Kft., Budapest, 2009. Kun Attila, „Kötelezettség vagy önkéntesség? A társadalmi felelősség kérdése és a jogi megfelelés kultúrája”, Jánosik O., Vörös A. (ed.): *Társadalmi felelősségvállalás. Mit tehet a közszféra?* HOPPÁ Disszeminációs füzetek, 2012, 36., [http://issuu.com/budapestimuvkp/docs/gsr\\_kiadvany\\_honlapra/13?e=1618624/14469561](http://issuu.com/budapestimuvkp/docs/gsr_kiadvany_honlapra/13?e=1618624/14469561), (25 September 2018)

<sup>3</sup> Howard R. Bowen, *Social responsibilities of the businessman*, Harper & Row, New York, 1953, 16-50.

<sup>4</sup> Named after the Norwegian Prime Minister, Gro Harlem Brundtland, who was the head of the commission

the Commission tried to find solutions to global environmental and social problems. The results of their work were published in a report. As a solution to the problems, the Commission considered sustainable development as the right tool. They defined it as a development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs.<sup>5</sup>

Three areas (natural-environmental, economic, and social) have been studied by the Commission in a complex way – these areas are commonly referred to as the three pillars of sustainable development.<sup>6</sup> The results of the report gradually reached the corporations, and began to shape and reform their approach.

In the 1990s and 2000s, social and environmental problems worsened at an accelerated pace, despite all previous efforts. In these decades CSR has become a global phenomenon, but there are also territorial specificities in different states, regions and continents. Several international organizations and the European Union have also focused on this issue. On the other hand, not only CSR has developed in the recent period, but social responsibility itself has begun to spread to other areas.

For example, one of these new areas, trends of social responsibility is personal/individual social responsibility, which can be defined „*as the way a person performs in his daily life as a member of the society – and not only as a consumer – basing his decisions in a desire to minimize the negative impacts and maximize the positive impacts on the social, environmental and economic environment in the long run. This range of personal behavior, more than as a consumer role, directly and indirectly embodies the economic, legal, ethical, discretionary and environmental actions derived from the individual's role in the marketplace, the society, the environment and the world as a whole.*”<sup>7</sup> It is also one of the newest trends to study that what social value digital transformation does stands for. The GSR trend, in which corporate (CSR), public, civil and personal social responsibility are connected and globalized in order to solve problems concerning the whole society and to exploit different opportunities through cooperation, is also getting stronger.<sup>8</sup>

I would like to highlight and present in detail one of these new forms of social responsibility, namely Public Social Responsibility (PSR), which concept covers the social responsibility of the public sector.

---

<sup>5</sup> Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future <http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf> (14 March 2019)

<sup>6</sup> Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future <http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf> (14 March 2019)

<sup>7</sup> S. López Davis, L. Marín Rives, S. Ruiz De Maya, „Introducing Personal Social Responsibility as a key element to upgrade CSR”, *Spanish Journal of Marketing – ESIC*, 2/2017, 146-163

<sup>8</sup> In virtue of what has been said at: Társadalmi érték és felelősség a közszférában (Social Value and Responsibility in the Public Sector) conference, National University Of Public Service (Nemzeti Közszolgálati Egyetem), Budapest, 11 September 2018.

## 2. PUBLIC SOCIAL RESPONSIBILITY

The organizations of the public sector around the world all carry out activities that can be categorized as taking social responsibility, because they perform their activities in the public interest. However, the recognition that activities carried out in the public interest are not automatically socially responsible activities is spreading. It is not easy to understand this observation, as public responsibility is a self-evident consequence of the serving of the public weal, but it does not include social responsibility. That is why it is necessary to interpret public social responsibility and to visualize it as a public administrative function.<sup>9</sup>

PSR is therefore linked to the specific field of activity of public sector institutions. The monitoring of these institutions and public responsibility is partly realised through publicity. This responsibility will become public *social* responsibility if the organization, beyond its statutory tasks, carries out activities that contribute to meeting important social needs or solving problems.<sup>10</sup>

Fundamentally public responsibility arises from the obligation of law. However, public sector organizations have some room for maneuver to serve the public interest and the public weal beyond the mandatory tasks.

There are already terms and references in previous documents that have shown that social responsibility will soon be deliberately spreading from business to other areas, especially to public administration. For example, ISO 26000 defines *organizations* as the category of those who can take social responsibility. According to the standard, there is a growing demand from society for organizations that are socially responsible.<sup>11</sup> The information material prepared for this document goes even further, since it specifies its purpose as to constitute a stepping stone for organizations in both the *public* and private sectors to implement ISO 26000.<sup>12</sup>

Social responsibility in the public sector has been gaining attention in recent years. This is evidenced by the fact that many research and projects focus on this area, including, for example a project named Governmental Social Responsibility Model: An Innovative Approach of Quality in Governmental Operations and Outcomes, which was carried out within the confines of the South East Europe Transnational Cooperation Programme, funded by the European Union.

---

<sup>9</sup> In virtue of what has been said at: Társadalmi érték és felelősség a közszférában (Social Value and Responsibility in the Public Sector) conference, National University Of Public Service (Nemzeti Közszolgálati Egyetem), Budapest, 11 September 2018.

<sup>10</sup> The Public Social Responsibility (PSR) strategy of GVH (Hungarian Competition Authority) [http://www.gvh.hu/data/cms1036194/GVH\\_PSR\\_strategia\\_2017\\_04\\_27.pdf](http://www.gvh.hu/data/cms1036194/GVH_PSR_strategia_2017_04_27.pdf) (14 March 2019)

<sup>11</sup> ISO 26000 – Social responsibility <http://www.iso.org/iso/home/standards/iso26000.html> (14 March 2019)

<sup>12</sup> Discovering ISO 26000 [https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/archive/pdf/en/discovering\\_iso\\_26000.pdf](https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/archive/pdf/en/discovering_iso_26000.pdf) (12 February 2019)

The project started with the participation of 6 states: Greece, Italy, Bulgaria, Romania, Hungary and Bosnia and Herzegovina. The project was based on the fact that increasing CSR activity has stirred up the lives of companies and has brought many benefits to them, such as increased customer satisfaction and positive changes in organizational culture. The initiators of the project realized that strengthening social responsibility in the public sector would be feasible. Public institutions in the participating countries face a number of challenges, such as the increasing demand for quality services, improving customer relationships, or increasing trust in institutions. All of these are not only the consequence of the scale of institutional capacities, but rather the attendants of organizational culture.

In the solution of these tasks, according to the concept of the project, it can be of great help to take over the CSR experience accumulated in the field of social responsibility, and to translate the established practices into the public sector. Such changes, principles and procedures can be successful in overcoming challenges as commitment to continuous improvement of quality, effective collaboration with the stakeholders of public institutions, adaptation of conscious and socially responsible philosophys, and moderate use of the natural environment. To sum up, the project is intended to help the public sector to translate the concepts of social responsibility and quality.

Significant results were expected from the program, such as the development of a mechanism to provide effective, innovative tools for progress, transfer of the best practices, contribution to public service policies, and the rectifying of operational and regulatory frameworks to increase social responsibility, organizational development and higher quality services.<sup>13</sup>

### 3. THE PSR EXAMPLE OF THE UNITED KINGDOM

The UK Government has been doing a pioneer work in the field of social responsibility for many years now. There are several documents that prove that the British government considers it compulsory to set an example when it comes to social responsibility.

One of these evidences is the *Greening Government Commitments Annual Report*, published by the Department for Environment, Food and Rural Affairs in the February of 2018. It is formulated in the foreword that the Government's ambition is to lead by example in the respect of commitments. The report lists the

---

<sup>13</sup> Governmental Social Responsibility Model: An Innovative Approach of Quality in Governmental Operations and Outcomes [https://www.mh.govment.bg/media/filer\\_public/2015/04/30/broshura.pdf](https://www.mh.govment.bg/media/filer_public/2015/04/30/broshura.pdf) (25 March 2019)

measures and results that have been implemented and achieved by the 22 ministries and other government agencies through over 80 pages.<sup>14</sup>

Earlier CSR reports from the UK government also point out how important it is to the leadership to set an example on social responsibility and to create the right framework and motivation for companies to develop and continue their CSR practices.<sup>15</sup>

In 2012, the British leadership adopted the Public Service Social Value Act<sup>16</sup>, which came into force on the 31th of January in 2013. This Act requires public authorities to have regard to economic, social and environmental well-being in connection with public services contracts, purchases, investments, support programs and other activities. In order to comply with the Act, before they start the procurement process, authorities must think about how what they are going to buy, or how they are going to buy it, could add extra social value. The Social Value Act can be described as a tool for the wider dissemination of creating social value and for gaining more value with the same investment and money.<sup>17</sup> It also encourages commissioners to talk to their local provider market or community to design better services, often finding new and innovative solutions to difficult problems.<sup>18</sup>

But what social value is? According to the definition made by The Sustainable Procurement Task Force, social value is the result of a process whereby organisations meet their needs for goods, services, works and utilities in a way that achieves value for money on a whole life basis in terms of generating benefits not only to the organisation, but also to society and the economy, whilst minimising damage to the environment.<sup>19</sup>

Social value creation is a strategy that targets social, economic and sustainability / environmental issues. Social value, or benefit is created when a sustain-

---

<sup>14</sup> Greening Government Commitments Annual Report April 2016 to March 2017, February 2018. [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/679636/ggc-annual-report-2016-17.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/679636/ggc-annual-report-2016-17.pdf) (14 January 2019)

<sup>15</sup> Corporate Responsibility Report – HM Government, 2008 <https://www.educationandemployers.org/wp-content/uploads/2014/06/corporate-responsibility-report-hm-gov.pdf> (14 January 2019)

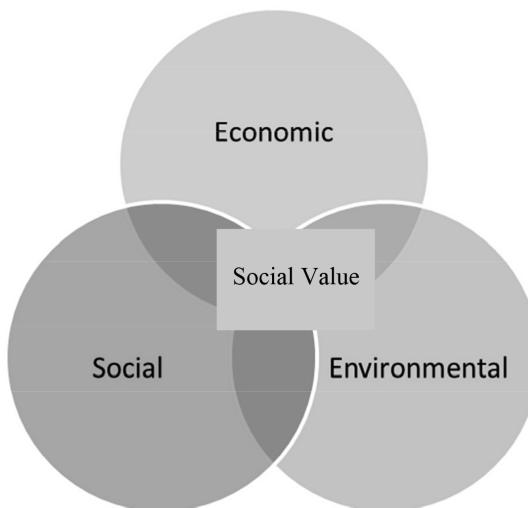
<sup>16</sup> Public Services (Social Value) Act, 2012. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/3/contents/enacted> (14 January 2019)

<sup>17</sup> Social Value Act Review, Cabinet Office, 2015. February [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/403748/Social\\_Value\\_Act\\_review\\_report\\_150212.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/403748/Social_Value_Act_review_report_150212.pdf) (14 January 2019)

<sup>18</sup> Guidance: Social Value Act: Information and Resources, Cabinet Ofiice, 2016. May <https://www.gov.uk/government/publications/social-value-act-information-and-resources/social-value-act-information-and-resources> (14 January 2019)

<sup>19</sup> The Sustainable Procurement Task Force – Procuring The Future [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/69417/pb11710-procuring-the-future-060607.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/69417/pb11710-procuring-the-future-060607.pdf) (14.01.2019)

ability strategy is applied well, thus when – as shown in the following figure – people's interests, economic interests and environmental awareness, sustainability are realized at the same time.<sup>20</sup>



Social Value, Source: Own edit

If we are to summarize the purpose of the Public Service (Social Value) Act, we have to establish that the aims of the Act are twofold. On the one hand, the regulation aims to support VCSEs<sup>21</sup> and local SMEs<sup>22</sup> gain more access to public contracts. On the other hand, it is also the purpose of the Act to change previously established practices by shifting the focus from price onto wider social, economic and environmental factors when selecting a contractor.<sup>23</sup>

But how can this be put into practice? When it is applied well in the designing of the services, the Act can bring much more holistic and innovative results, than the previous practices. Service design with social value in mind can not only be a cost-saving tool, but it can deliver additional benefits to the community through the way that a service is run, too. There are several elements that can be added to the design of the service, and have such long-term and constant benefits. For example, employing a diverse workforce, or improving their skills and access

<sup>20</sup> In virtue of what has been said at: Társadalmi érték és felelősség a közszférában (Social Value and Responsibility in the Public Sector) conference, National University Of Public Service (Nemzeti Közszolgálati Egyetem), Budapest, 11 September 2018.

<sup>21</sup> Voluntary, Community and Social Enterprises

<sup>22</sup> Small and Medium-sized Enterprises

<sup>23</sup> Sarr-William Jabang, *An investigation into the use of public procurement and commissioning to deliver community (societal) value*, PhD thesis, 2016, 15-18

to digital technology brings social advantages. Creating opportunities for Small and Medium Enterprises, or employing from a local community or disadvantaged groups involves long-term economic benefits. The continuous emergence of environmental interest for instance can be achieved by monitoring greenhouse gas emissions, water consumption management or carbon reduction or offsetting.<sup>24</sup>

In the United Kingdom most of the local authorities have developed their own use, their own practice in terms of social value. However, there are some general policies that are followed by all authorities. For example, the Social Value Act is applied to any contracts that exceeds the 50 000 Euro limit. When suppliers and contractors submit their applications, they should place particular emphasis on the social value that can be created.

For the sake of comparability and to make judgement easier, social value can be expressed in money. The *National Social Value Measurement Framework* provides a unified measurement and reporting standard for organizations.<sup>25</sup>

Generally suppliers or contractors who are able to provide the service at the least cost while meeting the social, economic and/or environmental needs of the local community would most likely win the bid for public service contracts.<sup>26</sup>

Here is a simple example to understand social value: imagine that a local government or a public institution has to hire a new employee. It advertises the position, and in the end there are two applicants to choose from. The job does not require any special qualifications. The first applicant has good family background, clean criminal record and has received appropriate education. It is sure that he could easily find another job. The second applicant does not have clean criminal record and comes from unsettled living conditions. If the municipality performs the measurement of added social value, it will come to the conclusion that it should choose the second applicant, because his/her employment creates much more social value. By providing a job for him/her, there is a good chance that he/she will avoid recidivism. What's more he/she isn't likely to easily get another job, while the other applicant is.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> The Public Service (Social Value) Act 2012: An introductory guide for commissioners and policymakers; Department for Digital, Culture, Media & Sport, 2018. [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/690780/Commissioner\\_Guidance\\_V3.8.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/690780/Commissioner_Guidance_V3.8.pdf) (20 October 2018)

<sup>25</sup> In virtue of what has been said at: Társadalmi érték és felelősség a közszférában (Social Value and Responsibility in the Public Sector) conference, National University Of Public Service (Nemzeti Közszolgálati Egyetem), Budapest, 11 September 2018.

<sup>26</sup> Rana Khazbak: *Social Value in Procurement*, NLGN, WSP Birmingham, 2016. [https://www.base-uk.org/sites/default/files/news/Social-Value-in-Procurement\\_EVENT-WRITEUP.pdf](https://www.base-uk.org/sites/default/files/news/Social-Value-in-Procurement_EVENT-WRITEUP.pdf) (20 October 2018)

<sup>27</sup> In virtue of what has been said at: Társadalmi érték és felelősség a közszférában (Social Value and Responsibility in the Public Sector) conference, National University Of Public Service (Nemzeti Közszolgálati Egyetem), Budapest, 11 September 2018.

Municipalities have reported a number of benefits brought to them by the measurement and application of social value. For example they could maximise the created value, gain competitive advantage and enhance both internal and external communications.<sup>28</sup>

There can be many positive effects of applying social value. These possible outcomes can be divided into three categories: jobs and economic growth; health, well-being and environment; and finally, the group of the impacts on the community. In the first area, there may be such positive consequences as thriving local businesses or long-term employment for local people with the right skills. Possible outcomes like easily accessible and sustainable transportation, healthy local air quality, or the limited use of resources and the cutting down on the creation of waste can be classified into the category of health, well-being and environment. The final group includes outcomes that strengthen the local community, such as the use of buildings and land for diverse purposes, or increasing community awareness.<sup>29</sup>

However, there are also some critics about the Public Services (Social Value) Act. In 2015, two years after the act came into force, its first review took place by the government. They had to take stock of how the act triggered its expectations, what impact it had, and had to find out all the circumstances that might hinder its implementation. As a result of the review, they found that, where the Act is being used, it has an undoubtedly positive impact and that the variety of organisations that support the Act is quite striking. They also identified three major barriers that can prevent the implementation, and set up remedies for them. The first obstacle the review found was that awareness and take-up of the Act was a mixed picture. For example, many commissioners are aware of the Act and report that they consider social value, but far fewer have a fully developed strategy or policy in place. To overcome this problem, the review recommended the government to put more emphasis on awareness-raising. The second barrier was due to the not unitary method of implementation, which led to inconsistent practices. The differences in implementation were the most evident in the definition and application of social value. In this case, the document recommended the Cabinet Office to promote better understanding of how to practically apply the Act, particularly around knowing how to define social value and how and when to include it during the procurement process, applying social value within a legal framework and procurement rules, clarifying its use in preprocurement. The third limiting factor they found was the undeveloped social value measurement system. A voluntary

---

<sup>28</sup> Benefits of Social Value <http://www.socialvalueuk.org/what-is-social-value/the-benefits-of-social-value/> (15 January 2019)

<sup>29</sup> Social Value in New Development: An Introductory Guide for Local Authorities and Development Teams, UK Green Building Council, March, 2018. <https://www.ukgbc.org/wp-content/uploads/2018/03/Social-Value.pdf> (20 October 2018)

initiative, the Inspiring Impact, was found to be the suitable tool for solving this problem. In essence, Inspiring Impact is a 10-year program designed to develop units of measurement of various effects, and that's why they have been asked to help develop a customized system for measuring social value.<sup>30</sup>

The government was not the only one to make critical statements about the Act. The Social Value Act is widely acknowledged as a step in the right direction, and although its intentions are commendable, it has been widely criticised for its weaknesses. According to critical voices, it is not robust enough, and to ask commissioners to ‘consider’ social benefits does not go far enough. What’s more there is no obligation for commissioners or procurement professionals to monitor their actions in this respect. Many also find it a weakness that dedicated training and awareness raising to increase knowledge of social value, or indeed the Social Enterprise Sector has not been built into the Act.<sup>31</sup>

To summarize the example of Great Britain I would like to highlight some major points of the practice of social value. The Social Value Act is considered as a powerful tool for local governments and other public service organisations to consider the broader definition of longer term value for money. As local authorities are looking at ways to redesign services in a way to meet cost saving pressures, they can use the Act as a tool to achieve that while at the same time deliver better and more innovative services. Done well, considering social value can have a positive impact on demand management, and reduce pressures on councils in the future.<sup>32</sup>

#### 4. PSR IN HUNGARY

In Hungary, the practice of public social responsibility has been present in latent ways so far. For example, the first CSR Action Plan (2015.), and many of our acts, norms, already contain some PSR elements, and also prescribe the state to lead by example.

Within the confines of the Governmental Social Responsibility Model: An Innovative Approach of Quality in Governmental Operations and Outcomes project research has been carried out in Hungary as well. A focus group has been created from public sector employees, with about 40 participants, and they have

---

<sup>30</sup> Social Value Act Review, Cabinet Office, February 2015 [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/403748/Social\\_Value\\_Act\\_review\\_report\\_150212.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/403748/Social_Value_Act_review_report_150212.pdf) (20 October 2018)

<sup>31</sup> A Social Value Act for Northern Ireland – Social Enterprise NI Position Paper, 2017, <https://www.socialenterpriseni.org/sites/default/files/tenders/Social%20Value%20Act%20Position%20Paper%20310117.pdf> (20 October 2018)

<sup>32</sup> Rana Khazbak: *Social Value in Procurement*, NLGN, WSP Birmingham, 2016. [https://www.base-uk.org/sites/default/files/news/Social-Value-in-Procurement\\_EVENT-WRITEUP.pdf](https://www.base-uk.org/sites/default/files/news/Social-Value-in-Procurement_EVENT-WRITEUP.pdf) (20 October 2018)

been asked questions about the introduction of PSR practices in Hungary, the role and opportunities of the state in social responsibility, and it has been examined that in the key areas (organizational management, labour, correct and transparent operation, environment, customer relationship, human rights and community development), what possible actions can be taken. The discussions with the focus group indicates that the public sector is open to and even interested in the idea of PSR. The employees's ideas, suggestions and the practices already implemented have shown that the public sector is strongly inclined to review and rethink its activities in the aspect of social responsibility.<sup>33</sup>

Several organizations and two municipalities<sup>34</sup> have already made their own PSR strategy. The Hungarian Competition Authority is the pioneer of public social responsibility in the country, which established its own PSR strategy before any other organization in 2016. For the time being, among the higher education institutions, the Neumann János University in Kecskemét has committed itself to developing its own strategy, and for example the National Media and Infocommunication Authority and The Hungarian Chamber of Agriculture also possess some aims in connection social responsibility.

The Hungarian Competition Authority in its PSR strategy declares that its strategy is also intended to serve as a model for other public institutions, both in Hungary and internationally, as it is not a practice in the public sector to have a social responsibility strategy, not even in the most developed countries.

As a conclusion, we would say that Hungary is ready for public social responsibility. The real question is whether we need the central, statutory regulation of the area in a manner similar to the British example, or is it enough to let the practice to develop at its own pace.

We consider it important to emphasize that many of the Hungarian public organizations that have already successfully formulated and applied a social responsibility strategy had received help to develop it. However, establishing a PSR strategy does not only or not even need financial assistance. The biggest obstacle to the preparation of PSR documents is the lack of expertise, and in our opinion this is the area where organizations should be provided with assistance.<sup>35</sup>

---

<sup>33</sup> Social responsibility – What can the public sector do? *HOPPÁ Dissemination Papers*, Tempus Public Foundation 36/2012.

<sup>34</sup> Alsómocsolád in 2016. and Budaörs in 2017.

<sup>35</sup> The situation is similar for example in Romania. Romanian organizations became familiar with the modern concept of CSR during the 1990s. During the 2000s, the negotiations and preparative measures for accession to the EU changed Romanian organizations and enterprises toward CSR. However, according to various surveys the meaning of CSR remains blurry to most of the Romanian companies, and CSR in Romania is still at an early stage of development. Considering the relationship between social responsibility and the Romanian government, it can be stated The Romanian government is not particularly engaged in promoting social responsibility, and legislation is mainly limited to the area of CSR. The statutory framework of CSR is largely in

We believe that the other factor why the practice of PSR is not more widespread, is that the concept is not yet infiltrated into public awareness. Given that it is a recent, emerging practice, it is perfectly understandable, but WE are sure that public social responsibility is a trend that is expected to gather significant ground in the upcoming years.

### Closing remarks

Social responsibility has undergone significant development in recent years. The concept has spread into every aspect of life: personal life, the economic sphere and finally the public sector.

Despite the fact that the PSR is still in its infancy in most countries, it is imperative to consider it when it comes to the future of the public sector or social responsibility. It is proven that currently many states are struggling with various problems in the public sector. I believe that public social responsibility is one of the guidelines with which help, for example, a comprehensive public administration reform could be launched. It is no coincidence that nowadays several researches are dealing with the issue.

The example of the United Kingdom is ahead of us, but it is not certain that the fundamental legal and mindset differences will give the other European countries the same way to implement the PSR that works in the Anglo-Saxon kingdom.

However, we would like to draw attention to the fact that we should not forget about the original motives behind the concept of social responsibility, the hidden behind it, solidarity, morality, empathy and similar important values. We cannot forget these because different social responsibility practices are only workable and feasible if there is a real need on the part of society and if the community feels the values in question.

As a closing point, we would like to emphasize that social responsibility will only be a success when it comes to all sectors. The economy and the public sector,

---

order in Romania, the problem, however, lies in enforcing this legislation. In 2011, the previously mentioned ISO 26000 standard was introduced in Romania as well, which has been developed to be applied not only by companies, but by all organizations – including public sector organizations. Both in 2011 and 2016 National CSR Strategies were adopted, and they have already contained some PSR elements. The aim of the first strategy was to raise awareness of the importance and benefits of CSR and to increase the involvement of the public sector, companies, multinational companies and civil society in the field of social responsibility. The strategy also mentions public sector organizations for most of the goals to be achieved, and assigns tasks and participation in social responsibility to them. The strategy, although it did not name or concretized it, actually conditioned public social responsibility for public sector organizations. Cornelia Pop: Corporate Social Responsibility in Romania: A Brief Survey (February 12, 2016). Studia. *UBB Negotia*, 2/2016, 83-104. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2898231> (12 April 2019) Corporate Social Responsibility in Romania – Netherlands Enterprise Agency <https://english.rvo.nl/sites/default/files/2017/03/Factsheet-Romania.pdf> (12 April 2019)

individuals and various civil society organizations must contribute to solving economic, social and environmental problems, because we can only cope with the massive, global problems that nowadays affect humanity together.

## REFERENCES

- A Social Value Act for Northern Ireland – Social Enterprise NI Position Paper*, 2017.  
In. <https://www.socialenterpriseni.org/sites/default/files/tenders/Social%20Value%20Act%20Position%20Paper%20310117.pdf>
- Corporate Responsibility Report* – HM Government, 2008. In. <https://www.educationandemployers.org/wp-content/uploads/2014/06/corporate-responsibility-report-hm-gov.pdf>
- Global Catastrophic Risks 2018. Annual Report* – Global Challenges Foundation In. <https://api.globalchallenges.org/static/files/GCF-Annual-report-2018.pdf>
- Governmental Social Responsibility Model: An Innovative Approach of Quality in Governmental Operations and Outcomes* [https://www.mh.government.bg/media/filer\\_public/2015/04/30/broshura.pdf](https://www.mh.government.bg/media/filer_public/2015/04/30/broshura.pdf)
- Greening Government Commitments Annual Report April 2016 to March 2017, February 2018.* [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/679636/ggc-annual-report-2016-17.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/679636/ggc-annual-report-2016-17.pdf)
- Guidance: Social Value Act: Information and Resources*, Cabinet Ofiice, 2016. May <https://www.gov.uk/government/publications/social-value-act-information-and-resources/social-value-act-information-and-resources> (14.10.2018)
- HOWARD R. BOWEN: *Social responsibilities of the businessman*, Harper & Row, New York,Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future In. <http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>
- ISO 26000 – Social responsibility* In: <http://www.iso.org/iso/home/standards/iso26000.html>
- Kun Attila: Kötelezettség vagy önkéntesség? A társadalmi felelősség kérdése és a jogi megfelelés kultúrája. In: Jánosik, O. – Vörös, A. (szerk.): *Társadalmi felelősséggávállalás. Mit tehet a közszféra?* HOPPÁ Disszeminációs füzetek, 2012, 36., [http://issuu.com/budapestimuvkp/docs/gsr\\_kiadvany\\_honlapra/13?e=1618624/14469561,\(25.09.2018.\)](http://issuu.com/budapestimuvkp/docs/gsr_kiadvany_honlapra/13?e=1618624/14469561,(25.09.2018.))
- Public Services (Social Value) Act*, 2012. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/3/contents/enacted>
- RANA KHAZBAK: *Social Value in Procurement* , NLGN, WSP Birmingham, 2016.  
In. [https://www.base-uk.org/sites/default/files/news/Social-Value-in-Procurement\\_EVENT-WRITEUP.pdf](https://www.base-uk.org/sites/default/files/news/Social-Value-in-Procurement_EVENT-WRITEUP.pdf) (20.10.2018)
- S. LÓPEZ DAVIS, L. MARÍN RIVES, S. RUIZ DE MAYA: *Introducing Personal Social Responsibility as a key element to upgrade CSR*. In. Spanish Journal of Marketing – ESIC 2/2017
- SARR-WILLIAM JABANG: *An investigation into the use of public procurement and commissioning to deliver community (societal) value*, 2016. PhD thesis

- Social Value Act Review*, Cabinet Office, 2015. Február [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/403748/Social\\_Value\\_Act\\_review\\_report\\_150212.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/403748/Social_Value_Act_review_report_150212.pdf) (20.10.2018)
- Social Value in New Development: An Introductory Guide for Local Authorities and Development Teams*, UK Green Building Council, 2018. Március <https://www.ukgbc.org/wp-content/uploads/2018/03/Social-Value.pdf> (20.10.2018)
- SZEGEDI Krisztina – MÉLYPATAKI Gábor: A vállalati társadalmi felelősségvállalás (CSR) és a jog kapcsolata. *Miskolci jogi Szemle*, 2016/1. 51-70. KUN Attila: *A multinationális vállalatok szociális felelőssége*, Ad Librum Kft., Budapest, 2009.
- Társadalmi felelősségvállalás – *Mit tehet a közszféra?* HOPPÁ Diszseminációs Füzetek 36, Tempus Közalapítvány, 2012. (Social responsibility – What can the public sector do? HOPPÁ Dissemination Papers 36, Tempus Public Foundation, 2012.)
- The Public Service (Social Value) Act 2012: An introductory guide for commissioners and policymakers*; Department for Digital, Culture, Media & Sport, 2018. In. [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/690780/Commissioner\\_Guidance\\_V3.8.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/690780/Commissioner_Guidance_V3.8.pdf)
- The Public Social Responsibility (PSR) strategy of GVH (Hungarian Competition Authority) – [http://www.gvh.hu/data/cms1036194/GVH\\_PSR\\_strategia\\_2017\\_04\\_27.pdf](http://www.gvh.hu/data/cms1036194/GVH_PSR_strategia_2017_04_27.pdf)
- THE SUSTAINABLE PROCUREMENT TASK FORCE – *Procuring The Future* In [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/69417/pb11710-procuring-the-future-060607.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/69417/pb11710-procuring-the-future-060607.pdf)

*Dr Nora I. Jakab, vanredni profesor  
Univerzitet u Miškolcu  
Pravni fakultet  
civnora@uni-miskolc.hu*

*Žofija P. Raci, student radnog prava i socijalnog osiguranja  
Univerzitet u Miškolcu  
Pravni fakultet  
zsofiaraczi@gmail.com*

## **Izazovi socijalne odgovornosti države u Velikoj Britaniji i Mađarskoj**

**Sažetak:** Koncept socijalne odgovornosti države pretrpeo je značajne promene u poslednjoj dekadi. Polazeći od pozitivnih strana koje ovaj koncept može da uvede u svakodnevni život pojedinca – od različitih aspekata privatnog do aspekata poslovnog života pojedinca – u članku su izložene pozitivne strane ovog koncepta i za samu državu. U tom kontekstu, polazeći od teškoća sa kojima se susreće savremena država u vezi sa reformom svoje administracije, autor upravo u konceptu socijalne odgovornosti vidi vodič po kojem treba da bude sprovedena pomenuta reforma. U članku su predstavljena rešenja koncepta socijalne odgovornosti Velike Britanije i Mađarske, sa posebnim osvrtom na specifičnosti anglosajonskog modela socijalne odgovornosti države.

**Ključne reči:** socijalna odgovornost – pravo državne administracije – inovacije u administraciji.

Datum prijema rada: 09.08.2019.



János Ede Szilágyi, Ph.D., Associate Professor  
University of Miskolc  
Faculty of Law  
[celesut@gmail.com](mailto:celesut@gmail.com)

## THE CHANGING CONCEPT OF RURAL COMMUNITY AND ITS IMPORTANCE IN CONNECTION WITH THE TRANSFER OF AGRICULTURAL LAND

**Abstract:** Primarily focusing on the European Union (EU) law and the national law of the Member States of the EU, this paper presents the changing legal concept of rural communities and/or agricultural communities (hereinafter together referred to as rural communities). Since the EU's concept of rural communities is significantly based on the definition provided by the Council of Europe, hence, the paper also assesses the background of the rural communities' concept connected to the Council of Europe, namely, the European Charter for Rural Areas and scientific reports connected to the Charter. The legal definition of rural communities is elementary for Hungary – among others – since the conservation of rural communities was a determining reason at the time of the adoption of the new Hungarian land law. According to the jurisdictions of the Court of Justice of the European Union, certain aspects of the conservation of rural communities shall serve as a legal public interest objective for national measures concerning land transactions. Therefore, this situation raises the question: what does the term 'rural community' mean.

**Keywords:** rural community – agricultural community – rural law – farmland – acquisition of agricultural land.

The present article<sup>1</sup> may be regarded as a continuation of the author's articles published in the 4/2016<sup>2</sup> and 3/2/2017<sup>3</sup> issues of the *Zbornik Radova*. In those

<sup>1</sup> This research was supported by the project nr. EFOP-3.6.2-16-2017-00007, titled *Aspects on the development of intelligent, sustainable and inclusive society: social, technological, innovation networks in employment and digital economy*. The project has been supported by the European Union, co-financed by the European Social Fund and the budget of Hungary.

<sup>2</sup> See János Ede Szilágyi, "Acquisition of the ownership of agricultural lands in Hungary, taking the EU's and other countries's law into consideration", *Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad* 4/2016, 1437-1451.

<sup>3</sup> See J. E. Szilágyi, "Cross-border acquisition of the ownership of agricultural lands and some topical issues of the Hungarian law", *Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad* 3/2/2017, 1055-1072.

articles, the author dealt with cross-border acquisition of agricultural land and forest, especially in the EU and in Hungary. The author assessed the legislation of the EU concerning this type of acquisition, and he also focused on the practice of the Court of Justice of the European Union (CJEU) which court has a significant role to interpret the EU's legislation and the compliance of Member States' laws with the EU law.

According to the practice of the CJEU,<sup>4</sup> and the interpretation of the European Commission<sup>5</sup> as well, the Member States shall lawfully apply certain restrictions on fundamental freedoms (in this case, it means especially the free movement of capital and the free movement of persons) in order that Member States may reach their certain agricultural policy objectives. As to agricultural policy objectives that may justify restrictions on fundamental freedoms, during its interpretation, the CJEU – among others – typically refers to Article 39 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), especially Article 39 (1) (b) of the TFEU<sup>6</sup> and Article 39 (2) (a) of the TFEU.<sup>7</sup> According to Article 39 (1) (b) of the TFEU, “[t]he objectives of the common agricultural policy shall be: [...] thus to ensure a fair standard of living for the [/]agricultural community[’]”; according to Article 39 (2) (a) of the TFEU, “[i]n working out the common agricultural policy and the special methods for its application, account shall be taken of: [...] the particular nature of agricultural activity, which results from the social structure of agriculture and from structural and natural disparities between the various agricultural regions”. As a conclusion of its interpretation, the CJEU has recognised a number of national public policy objectives that can in principle justify restrictions to investment in agricultural land; *inter alia* [a] preserving ‘agricultural communities’<sup>8</sup> and [b] preserving a ‘permanent agricultural community’<sup>9</sup> are also accepted.

It is worth noticing that other denominations referring to ‘(permanent) agricultural community’<sup>10</sup> is also applied at EU level. For example, in the practice of the CJEU: ‘farming community’,<sup>11</sup> or in the interpretation of the European Com-

<sup>4</sup> See e.g. CJEU Case C-452/01 Ospelt, Margarethe Ospelt and Schlossle Weissenberg Familienstiftung, Judgement of the Court, 23 September 2003, [ECR] 2003 I-09743; CJEU Case C-370/05, Criminal proceedings against Uwe Kay Festersen, Judgement of the Court, 25 January 2007, [ECR] 2007 I-01129.

<sup>5</sup> European Commission, *Commission Interpretative Communication on the Acquisition of Farm-land and European Union Law*, OJ C 350, 18.10.2017, 5-20 (hereinafter referred to as COM 2017).

<sup>6</sup> Case C-452/01 Ospelt, paragraph 40; Case C-370/05 Festersen, para. 28.

<sup>7</sup> Case C-452/01 Ospelt, paragraph 40; Case C-370/05 Festersen, para. 28.

<sup>8</sup> Case C-452/01 Ospelt, paragraph 39; Case C-370/05 Festersen, para. 31-32.

<sup>9</sup> Case C-370/05 Festersen, para. 27.

<sup>10</sup> In the practice of the CJEU, there are other similar phrases connecting to the agricultural communities. E.g. ‘traditional forms of farming’ in Case C-370/05 Festersen, para. 27, 30.

<sup>11</sup> Case C-452/01 Ospelt, para. 52.

mission: ‘*rural population*’.<sup>12</sup> Taking this variability of denominations into consideration, the author of present article refers to the rural-agricultural-farming communities with the unified denomination of ‘*rural communities*’ or ‘*rural community*’ in this paper. Knowing that the preservation of rural communities as agricultural policy objective can in principle justify restrictions to investment in agricultural land according to the practice of the CJEU, in present article, the concept and substance of the rural community will be analysed at EU level. During this analysis, the essential questions are whether a uniform concept exists at EU level, and whether a Member State has any competence to determine its own specific rural community concept.

Taking the above-mentioned situation into consideration, first, the present article focuses on the legal document of the Council of Europe (i.e. European Charter for Rural Areas) and the preparatory studies of this Charter (i.e. drafts of Hans Popp). In connection of the document of the Council of Europe, it worth noticing that the European Charter for Rural Areas provided the conceptual basis for the European Union’s policy and legislation concerning rural development. Second, the present article concentrates on the second pillar of the Common Agricultural Policy of the European Union, i.e. rural development policy. Third, the legislation framework of the rural development of the EU will be presented in the paper.

## 1. AN ANTECEDENT OF THE EUROPEAN UNION RURAL DEVELOPMENT CONCEPT: THE RURAL COMMUNITY CONCEPT OF THE COUNCIL OF EUROPE

There are numerous antecedents of the present rural development policy of the European Union, but the role of the documents of the Council of Europe is particularly essential.<sup>13</sup> Especially, the European Charter for Rural Areas<sup>14</sup> was determining for the European Union’s rural development approach.

The European Charter for Rural Areas was adopted after a relatively long preparation process. The preparators of the European Charter for Rural Areas were two outstanding experts of the rural development, i.e. professor *Joseph Hudault* from France and professor *Hans W. Popp* from Switzerland. The latter professor published, in Hungarian, a draft of the European Charter for Rural

---

<sup>12</sup> COM 2017, 9.

<sup>13</sup> István Olajos, *A vidékfejlesztési jog kialakulása és története*, Novotni Alapítvány, Miskolc 2008, 19-28, 47-234.

<sup>14</sup> In connection with this, see: Council of Europe Parliamentary Assembly Recommendation 1296 (1996) on *European Charter for Rural Areas*. Text adopted by the Assembly on 23 April 1996 (11th Sitting).

Areas as ‘*The European fundamental document of the Rurality – second draft, 8 November 1994*’,<sup>15</sup> furthermore he also complete this with an explanation.<sup>16</sup> However, this second draft of the European Charter for Rural Areas “was still too radical for Western countries”<sup>17</sup>

István Olajos has mentioned in this regard that “*the European Charter for Rural Areas has in many aspects not taken over numerous virtues and concrete rural development and agrarian policy conceptions of the draft. It avoided to assess those functions which endanger the rural areas...when turning the politics into law, more attention could have been attached to those statements of professor Popp, according to which the Central-Eastern European regions cannot be developed in a unified was, based upon Western-European conceptions.*”<sup>18</sup>

It is important to mention that the European Charter for Rural Areas and the later documents, legal acts of the EU also build the legislation upon the different categories of ‘rural areas’, and the conception of ‘rural communities’ does not appear in in a similar depth in the document. In our case nevertheless, the category of ‘agricultural communities’ – appearing in the use of natural resources in the EU law – is of importance, as their protection may be the lawful reason in EU law to restrain the transfer of agricultural lands. Therefore, it is of importance what kind of a concept the Charter includes in this regard. The Charter deems it significant that “*the positive aspects of rural society and in particular of traditional family life should be preserved in order to favour the development of young people and their integration into the community*”<sup>19</sup> The Charter deems it equally important that “*community identity should be reinforced*”, as well as that “*the cultural and historical characteristics of the countryside should be preserved*” (however, the Charter does not aim at hermetically blocking rural population from other communities of the society!).<sup>20</sup> In this regard, professor Popp has also drew the attention to the fact that “*here and there tensions arise due to the unsatisfying integration of those running away from the cities and wishing to install in rural areas (greenbelt)*”; professor Popp also mentions that – with regard to the rural population’s self-consciousness and self-reliance – its citizens “*become both politically and culturally influenced by foreigners*”. Hence, danger is that one of the most precious particularities of rural life may disappear”.<sup>21</sup> This observation of professor Popp may seem interesting especially with regard to the – Cork 2.0 Declaration (to be presented later).

---

<sup>15</sup> See Hans Popp, *Földszolgálat*, Agroinform Kiadóház, Budapest 2002, 127-139.

<sup>16</sup> *Ibid.*, 109-126.

<sup>17</sup> Words of Győri-Nagy Sándor were cited in H. Popp, 10.

<sup>18</sup> I. Olajos, 23.

<sup>19</sup> Recommendation 1296 (1996), Appendix 2, Guideline 1 (Principles).

<sup>20</sup> Recommendation 1296 (1996), Appendix 2, Guideline 1 (Principles).

<sup>21</sup> H. Popp, 130.

Coming back to the finally adopted text of the European Charter for Rural Areas, the Charter aims at “*giving priority to those activities and initiatives that are geared towards endogenous development and above all are managed and financed by the rural community itself*”.<sup>22</sup> The Charter names as a significant task or function of a multifunctional agriculture to preserve “*rural values, lifestyles, cultural assets and similar social functions for the community*”.<sup>23</sup> The Charter deems important “*enhancing...the rural historical and cultural heritage, strengthening the regional cultural identity of rural inhabitants and stimulating community activities*”.<sup>24</sup> Guideline 15 – a forward-looking guideline – draws the attention to the particularities of the rural areas of Central and Eastern Europe, and, hence, to a management of these problems taking the differences into consideration. The Charter gives a great freedom to the countries of this region when choosing their special policy and measures. Solidarity and co-operation are called for.<sup>25</sup> The Cork 2.0 Declaration has not taken over this *expressis verbis* differentiation.

The above-mentioned parts of the Charter draw the concept of a determined and classic rural community. We deemed their detailed description important as other, later assessed documents do not, or hardly include similar notions, but more of them refer (directly or indirectly) to the European Charter for Rural Areas.

## 2. RURAL COMMUNITIES IN THE RURAL DEVELOPMENT POLICY OF THE EUROPEAN UNION AS WELL AS IN ITS RELATED LEGAL ACTS

In the followings, first, the changes related to the rural communities’ concept in rural development policy, and, afterwards, the concerning EU law is to be assessed.

### **2.1. The concept of rural communities in the EU policy**

The basis for the European Union’s rural development programme is the Cork Declaration towards an integrated rural development policy,<sup>26</sup> which is expressly based on the rural development materials of the Council of Europe. The Cork Declaration itself came into being in a very interesting way. As it was not adopted by a main organ of the EU (as it is typical in the case of other strategic documents), but a conference was organised during the Irish presidency,<sup>27</sup> where

<sup>22</sup> Recommendation 1296 (1996), Appendix 2, Guideline 5 (Employment and incomes).

<sup>23</sup> Recommendation 1296 (1996), Appendix 2, Guideline 6 (Agriculture and agricultural policy).

<sup>24</sup> Recommendation 1296 (1996), Appendix 2, Guideline 11 (Culture).

<sup>25</sup> Recommendation 1296 (1996), Appendix 2, Guideline 15 (Central and eastern Europe).

<sup>26</sup> *The Cork Declaration – Towards an integrated rural development policy*, 9th November 1996.

<sup>27</sup> European Conference on Rural Development, EU, Cork, 7-9.11.1996.

the participating persons were those who adopted officially the declaration, strengthening the grassroots feature of rural development. The notion of viable ‘rural communities’ appears in the declaration itself, but practically no concrete content is attached to it. So, the Cork Declaration itself may seem rather neutral (little bit empty), which moderation nevertheless may be explained as this way each member state’s variegation has a possibility. However, the Council of Europe’s European Charter for Rural Areas may be relied upon in this regard as well.

For two further decades we cannot talk of any significant development concerning the concept of rural communities. However, when the Cork 2.0 Declaration<sup>28</sup> was adopted, a new rural community concept appeared. But first, we are coming to the studies which preceded the Cork Declaration.

In this case, ‘preceding’ means the followings. The Cork Declaration did not count with immigration with regard to rural communities. We have already mentioned that in the working papers of the Council of Europe serving as a background of the Cork Declaration any foreign elements entering the local community appears rather as a danger. However, before the new, Cork 2.0 Declaration, the European Network for Rural Development (ENRD) founded by the European Commission has published documents financed by the European Commission<sup>29</sup> on the integration of migration into rural development policy as well as the integration of migrants into the rural communities. Therefore, these documents may also be of importance.

### **2.1.1. ENRD documents foreshadowing the new concept of rural communities**

The European Network for Rural Development (ENRD) was established by the European Commission’s AGRI DG in 2008, which makes a certain framework for a more effective exchange of experience of persons and experts related to rural development.<sup>30</sup>

It was not during the illegal mass migration crisis of 2015 when the questions related to immigration have first appeared in the ENRD documents, but already

---

<sup>28</sup> *Cork 2.0 Declaration – „A Better Life in Rural Areas”*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2016.

<sup>29</sup> See for example:

*Migrant and refugee integration* (ed.: Matthias Langemeyer), Publications Office of the European Union, Luxembourg July 2016, doi:10.2762/21927; *Examples of projects supporting social inclusion* (ed.: Rob Peters), Publications Office of the European Union, [-] June 2013, K3-AK-13-001-EN-C; ENRD, *How to support social inclusion of migrants and asylum seekers*, Fact-sheet, prepared for the ENRD Workshop (in Brussels on 17 March 2016) on LEADER/CLLD and Networking in Support of Social Inclusion, June 2016, [https://enrd.ec.europa.eu/sites/enrd/files/w8\\_factsheet3\\_migrants.pdf](https://enrd.ec.europa.eu/sites/enrd/files/w8_factsheet3_migrants.pdf), (hereinafter referred to as ENRD (2016a)).

<sup>30</sup> About the precise operation of the ENRD, see ENRD, *Connecting rural Europe 2014-2020, What is rural networking?*, European Union February 2016.

beforehand. In the followings, we are going through the related documents until the adoption of the Cork 2.0 Declaration.

The ENRD has already published a rural development report supporting migration, even before the current 2014-2020 budgetary period of the EU, i.e. before the adoption of the EU legal material serving as its basis, namely in the previous, 2007-2013 budgetary period. A so-called project brochure of June 2013, head-edited by a leader of the European Commission's AGRI DG,<sup>31</sup> published a Swedish model on social inclusion to be followed in this regard, which took place in Borlänge, which accepts yearly 400 migrants from Somalia, Iraq, Kosovo and Azerbaijan, and tried to involve them in their works.<sup>32</sup> In the project brochure social inclusion is introduced with referring to numerous rural development projects of the 2007-2013 budgetary period in which they tried to achieve the amelioration of the quality of rural life through social inclusion. The during the social inclusion determined target groups of priority are among others the children in need, persons with disabilities, old, small-scale farmers living in poverty, migrants and ethnic groups like the romas.<sup>33</sup>

In the 2014-2020 budgetary period of the EU – namely in Regulation (EU) No 1305/2013 on support for rural development by the European Agricultural Fund for Rural Development (EAFRD) – priority 6 of the EU rural development policy rules on “promoting social inclusion”; the priority 6 itself nevertheless does not name migration.<sup>34</sup> In the ENRD documents however, the issue of migration becomes part of the rural community concept through this priority.<sup>35</sup>

---

<sup>31</sup> The goal of the similar project brochures are to promote experience-sharig by presenting rural development projects financed by the European Union; M. Langemeyer, impressum.

<sup>32</sup> R. Peters, 14-15.

<sup>33</sup> R. Peters, 3.

<sup>34</sup> According to Article 5 of Regulation (EU) No 1305/2013 of the European Parliament and of the Council:

*“The achievement of the objectives of rural development, which contribute to the Europe 2020 strategy for smart, sustainable and inclusive growth, shall be pursued through the following six Union priorities for rural development, which reflect the relevant Thematic Objectives of the CSF: [...]”*

*(6) promoting social inclusion, poverty reduction and economic development in rural areas, with a focus on the following areas: (a) facilitating diversification, creation and development of small enterprises, as well as job creation; (b) fostering local development in rural areas; (c) enhancing the accessibility, use and quality of information and communication technologies (ICT) in rural areas [...]”*

*Programmes may address fewer than six priorities if justified on the basis of the analysis of the situation in terms of strengths, weaknesses, opportunities and threats (“the SWOT”) and the ex ante evaluation. At least four priorities shall be addressed by each programme.”*

To present an unambiguous situation, it is worth noticing that the previous rural development regulation, i.e. Council Regulation (EU) No 1698/2005, did not include similar priority.

<sup>35</sup> See: [https://enrd.ec.europa.eu/thematic-work/social-inclusion\\_en](https://enrd.ec.europa.eu/thematic-work/social-inclusion_en), 15 December 2018.

In this regard, a significant step was the establishment of a so-called NRN cluster on a 2016 ENRD meeting (so-called conference NRN 4), organised between February 29 and March 1, 2016. The NRN abbreviation refers to National Rural Networks functioning in the member states of the EU, while the NRN meeting is an event organised for these national rural networks, enabling the exchange of experiences and cooperation. According to this report on the NRN 4 of 2016<sup>36</sup> as well as the thematic webpage of the ENRD,<sup>37</sup> the meeting had a special section dedicated to social inclusion, the establishment of which section was initiated by the Swedish national rural development network. At the beginning of the section, a high-level official of the European Commission, *Matthias Langemeyer*<sup>38</sup> “explained the expectation from the Commission (*sic!*) with regard to the integration of migrants. The Commission would like Member States to use the RDP in a flexible way to welcome refugees and deal with social inclusion. He urged networks to send relevant examples supported by the previous programme.” So, we can easily conclude that in reality, it was the Commission’s proposal to include migration into RDP and a so far ideologically neutral rural conception became ideologically orientated. (It has to be mentioned that the report uses most often the category ‘migrant’, and, sometimes, the category ‘refugee’.) Afterwards, the session continued with a roundtable, on which the Finnish, German, Slovenian, Greek and Swedish participants shared their situations, as well as their challenges and experiences on the social inclusion of migrants with each other.

After that, some of the national rural networks – Finland, Germany and Sweden – has decided to set up a platform (later referred to as NRN cluster), in order to perpetuate the exchange of experiences on the topic.<sup>39</sup> Next step was a

---

<sup>36</sup> ENRD: *4th NRN meeting – Improving RDP implementation through networking*, 29 February – 1 March 2016, Bled (Slovenia), 13, 19, [https://enrd.ec.europa.eu/sites/enrd/files/final-report\\_4thnrnmtg\\_0.pdf](https://enrd.ec.europa.eu/sites/enrd/files/final-report_4thnrnmtg_0.pdf), 15 December 2018 (hereinafter referred to as ENRD (2016b))

<sup>37</sup> See: [https://enrd.ec.europa.eu/thematic-work/social-inclusion\\_en](https://enrd.ec.europa.eu/thematic-work/social-inclusion_en), 15 December 2018.

<sup>38</sup> Matthias Langemeyer – among others – as an expert dealt with the land law of the new Member States of the EU; see Richard Grover et al, *European Union accession and land tenure data in Central and Eastern Europe*, FAO Land Tenure Policy Series 1, FAO, Rome 2006, <http://www.fao.org/3/a-a0464e.pdf>, 15 December 2018.

<sup>39</sup> ENRD (2016b), 19:

“The session was initiated and facilitated by the Swedish NRN. At the start of the session Matthias Langemeyer (DG AGRI) explained the expectation from the Commission with regard to the integration of migrants. The Commission would like Member States to use the RDP in a flexible way to welcome refugees and deal with social inclusion. He urged networks to send relevant examples supported by the previous programme.

The Open Space discussion was continued with a ‘round the table’ session where all participants (representatives from Finland, Germany, Slovenia, Greece, Sweden) talked about their situation and their challenges and experience of social inclusion of refugees. Among others:

- *Finland* had a seminar in January on the theme (and they also have a number of LEADER projects);

so-called *think tank* platform (i.e. a previously determined NRN cluster) on June 3, 2016 among the Swedish, the German and the Finnish network. Coordinator of the work of the NRN cluster was *Nils Lagerroth* of the Swedish national rural development network.<sup>40</sup>

Following the 4th NRN meeting, in March 2016 a 'workshop' took place, for which the ENRD (dated June 2016 (sic!)) published a factsheet, in order to facilitate the preparation, which bore the title "*How to support the social inclusion of migrants and asylum seekers?*".<sup>41</sup> According to the factsheet, economic migrants are nowadays a cornerstone of the rural economy. According to this report, 'economic migrants' are (a) workers in the EU moving among the Member States, (b) *legal/regular migrants* coming from third countries, and (c) *undocumented migrants* arriving on the territory of the EU.<sup>42</sup>

The factsheet, furthermore, deals separately (not included in the economic migrant category) with the *asylum seekers* (not to be confused with refugees!) having streamed in during the 2015 refugee/illegal migrants crisis, who are esteemed to be over 1.000.000, and who are counted with as all of them would have come from a country stricken by war. The factsheet draws the attention to the fact that the asylum seekers' rights and prospects are differing, but as long as they do not receive the refugee status, they cannot work. Therefore, until their fate was decided, they were in large numbers placed to refugee camps to be found in rural areas throughout Europe. The factsheet brings many examples where more asylum

---

- In *Slovenia* they try to promote the integration of migrants, and encourage LAGs to initiate projects;

- In *Germany* a workshop will be organised on the topic in April 2016, and a pool of good practices is collected;

- In *Sweden* the Steering Group considered the topic a top priority; and there have been links between farmers and immigrants (in order to find immigrants with the right skills and know-how). Good practice examples are currently collected, and a LEADER conference will be organised in April;

- *Greece* has a slightly different context, as immigrants often just enter the country, but would like to settle elsewhere. In the draft call for LAGs there is the possibility to take actions to address the immigration crisis but depends on their local strategy if they will use this possibility. ...

Some of the networks including Finland, Germany and Sweden plan to set up a platform for regular exchange of experience and also a possibility to ask colleagues about advice on social inclusion. This platform may be arranged as periodical video or telephone meetings with a pre-defined agenda."

<sup>40</sup> See: [https://enrd.ec.europa.eu/thematic-work/social-inclusion\\_en](https://enrd.ec.europa.eu/thematic-work/social-inclusion_en), 15 December 2018.

About the concept of the Swedish national rural development network, see ENRD, *What can National Rural Networks do to support social inclusion?*, Factsheet, prepared for the ENRD Workshop (in Brussels on 17 March 2016) on LEADER/CLLD and Networking in Support of Social Inclusion, June 2016, 2, [https://enrd.ec.europa.eu/sites/enrd/files/w8\\_factsheet5\\_networking.pdf](https://enrd.ec.europa.eu/sites/enrd/files/w8_factsheet5_networking.pdf), 15 December 2018.

<sup>41</sup> ENRD (2016a).

<sup>42</sup> The factsheet applies the denomination 'undocumented' referring even to illegal migrants; *Ibid.*, 1.

seekers were placed in a Swedish village than the number of actual inhabitants of the given village (sometimes even multiple times the number of inhabitants). The factsheet afterwards highlights the potential positive effects of placing the economic migrants and asylum seekers in rural areas and their planned integration.

In order to make these positive effects effective, the factsheet would like to realize the integration of migrants in rural areas in four steps. First, in the local population, an “*attitude of welcome*” has to be reinforced for a mutual understanding and trust. In a second step to abolish barriers arising from not knowing the language, from the lack of qualification and proper practice, and from not being acquainted with the law. Although the factsheet does not say, but presumably these shortfalls appear on the side of the asylum seekers and not the local inhabitants. Third, the opportunity has to be given so that the migrants may care for themselves on the long term. Fourth, accommodation, health care, education, social allowances and any other things have to be provided for the migrants, so that they would suffer no needs.<sup>43</sup>

After all this, the factsheet goes through those rural development projects which may help the social integration of migrants and asylum seekers, i.e. the factsheet details how the rural development supports may be used to fulfil the needs of migrants and asylum seekers. Meanwhile, the factsheet mentions already realized or planned good practices as well as good practices done by volunteers.<sup>44</sup> Afterwards, the factsheet draws up what should be done at local, national and EU level. At national level for example, it is described as task of the given authorities to raise awareness in the local networks and stakeholders about the social integration of migrants and asylum seekers. Similarly, at national level it is described as the task of the national rural development networks to take actively part at the exchange of experience; the Swedish model is named as an example in this part as well.<sup>45</sup>

The draft of the project brochure<sup>46</sup> – which was edited by *Matthias Langemeyer*, the very high representative of the Commission who explained the expectations of the European Commission upon the integration of the migrants<sup>47</sup> to the participants of the 4th NRN meeting’s session dealing with social integration – was closed not much later (in July 2016) than the creation of the Swedish-Finnish-German cluster and the publication of the workshop factsheet. The aim of the project brochure ‘Migrant and Refugee Integration’<sup>48</sup> is, first, to explain how people living in rural areas used the EAFRD supports in response to the challenges and opportunities arising from the actual “*migrant and refugee influx*”, and, second,

---

<sup>43</sup> *Ibid.*, 1.

<sup>44</sup> *Ibid.*, 2-3.

<sup>45</sup> ENRD (2016a), 4.

<sup>46</sup> M. Langemeyer, 1ff.

<sup>47</sup> ENRD (2016b), 19.

<sup>48</sup> M. Langemeyer, 2.

to ensure a lot more positive picture – through the example of some European rural areas – to the appropriate management of the situation.

The project brochure technically starts with the situation, according to which Europe and its rural territories within are going to face soon huge demographic challenges due to its ageing population. A solution is named for this – practically in harmony with the UN's 2001 “Replacement migration” report<sup>49</sup> – as: migration.<sup>50</sup> Besides, according to the project brochure, the EU's member states have a significant autonomy as to how to handle asylum seekers and refugees, and underlines also that integration is a two-way process, which should be wanted both by the integrating community and the newcomers. The project brochure talks about the NRN cluster created during the 4<sup>th</sup> NRN meeting with regard to the social integration of migrants and refugees, as well as that it is open to other participants, and draws the attention to the fact that there exist plans on other supranational cooperation projects in this issue, and that the Finnish, Austrian and Swedish partners can be counted on.<sup>51</sup> Afterwards, the project brochure focuses on EAFRD-financed projects which – as good local practices – serve as an example for other states, showing how we can do for the social integration of migrants and refugees in rural areas.

Eight countries serve as good rural development examples; namely, Austria, Finland, Germany, Greece, Italy, Luxembourg, Sweden and United Kingdom. The good practices appearing in the project brochure are split into three main groups. The first group received the name “Changing the narrative”, and contains projects which develop awareness and understanding between migrants and local communities. In these projects, the use of arts and culture are essential, just like many activities pursued together, which bring the communities closer to each other and relieve the barriers between them.

The second group is entitled „Practice and labour market”. It contains projects which prepare the migrants for entering the labour market. Key questions vary from developing language skills to works with employers during which the use of the migrants' abilities and experiences is encouraged. The third group is entitled “Coordinated responses” and contains projects in which it was recognized that coordinated responses have to be given to the complex needs of the people; so, that they have access to employment, services and social-cultural life. To these projects belongs for instance the employment of so-called integration coordinators.<sup>52</sup> It has

---

<sup>49</sup> UN Secretariat, *Replacement Migration – Is It a Solution to Declining and Ageing Populations?*, UN Secretariat Department of Economic and Social Affairs Population Division, ST/ESA/SER.A/206, [-], UN, 2001, <http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/ageing/replacement-migration.shtml>, 14 April 2018.

<sup>50</sup> M. Langemeyer, 2.

<sup>51</sup> *Ibid.*, 3.

<sup>52</sup> *Ibid.*, 4., 5-28.

to be highlighted that a significant part of the projects belongs to the so-called LEADER type of the rural development supports. It is as the LEADER type supports provide the biggest flexibility as to the use of EU rural development money.<sup>53</sup> The project brochure furthermore draws the attention<sup>54</sup> to brochure made by the EurAcademy Association for NGOs<sup>55</sup> which was published in 2016, and which could be of great help for the future of social integration.

### *2.1.2. The circumstances of the adoption of the Cork 2.0 Declaration*

The conference organised for the adoption of Cork 2.0 Declaration, approximately 340 interested have been present, whose task was to – as in the case of the Cork Declaration – in a grass rooted way, during the two days of the conference prepare the new rural development policy of 20 years for the European Union. The participants followed their work in four working groups. According to the materials of the conference<sup>56</sup> the new concept of rural communities, that building upon migration could receive more attention in the fourth working group.

A Swedish expert, *Hans-Olof Stålgren*, wrote an introduction to the work of the fourth commission, in which he devotes a significant part to the depopulation of rural areas. As he writes: “*Young people leave, especially young women, creating a demographic problem with less and older population. There is something often called ‘the urban norm’ suggesting that, ‘To be somebody and to achieve something you have to live in the city’. That is the message and attitude in many cases. But there are also people searching for other ways of living, in the countryside.*”<sup>57</sup> Stålgren comes to migration with regard to this topic. As to the category of ‘migrant’ – as seen in the previous, ENRD material, too – for him as well, the movement of EU citizens in the EU, and those coming from outside the Union are one category; and, furthermore, even refugees appear under the category of migrants. Afterwards, Stålgren connects the depopulation of rural areas with migration: “*So we have on the one side a lack of people in rural areas and on the other side people knocking at our door to come in. Could these two needs match each other? With an engaged rural community, the integration seems easier than*

---

<sup>53</sup> *Ibid.*, 4.

<sup>54</sup> *Ibid.*, 4.

<sup>55</sup> *A Capacity Building Manual for NGOs Promoting the Integration of Migrants and Refugees in Rural Areas* (ed.: Fouli Papageorgiou et al), EurAcademy Thematic Guide Series 13, [-], EurAcademy Association, 2016, [http://www.euracademy.org/wp-content/uploads/2016/03/The-maticGuide13\\_eng-1.pdf](http://www.euracademy.org/wp-content/uploads/2016/03/The-maticGuide13_eng-1.pdf), 15 December 2018.

<sup>56</sup> See the website of the conference: [https://ec.europa.eu/agriculture/events/rural-development-2016\\_en](https://ec.europa.eu/agriculture/events/rural-development-2016_en), 15 December 2018.

<sup>57</sup> Hans-Olof Stålgren, *Introduction to Workshop 4 – Rural viability and vitality*, Cork 2.0: European Conference on Rural Development on 5-6 September 2016, 2., [https://ec.europa.eu/agriculture/sites/agriculture/files/events/2016/rural-development/stalgren\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/agriculture/sites/agriculture/files/events/2016/rural-development/stalgren_en.pdf), 15 December 2018.

*in an urban, quite segregated, setting. What competences and skills do newcomers have that are needed in rural communities? Can the welcoming of refugees be an investment for rural areas?”<sup>58</sup>* The material of Carmen Hubbard served equally as an introduction to the fourth working group.<sup>59</sup> In this, Hubbard mentions among the beneficiaries of EU development money the refugees and legal migrants. Furthermore, with regard to the planned renewal of the EAFRD, questions arise in this regard: “*Are rural areas across member states ready to embrace and integrate newcomers? How can we guarantee that refugees and other migrants, especially those who have been re-settled in remote rural areas (e.g. the Scottish Islands), feel ‘at home’ and part of the communities, rather than being isolated, lost and forgotten?*”<sup>60</sup>

The first point of the Cork 2.0 Declaration, entitled “*Promoting Rural Prosperity*”, shows a significant change in the concept of rural community compared to the Cork Declaration:

*“The rural potential to deliver innovative, inclusive and sustainable solutions for current and future societal challenges such as economic prosperity, food security, climate change, resource management, social inclusion, and integration of migrants should be better recognised. A rural proofing mechanism should ensure this is reflected in Union policies and strategies. Rural and agricultural policies should build on the identity and dynamism of rural areas through the implementation of integrated strategies and multi-sectorial approaches. They should promote diversification and foster entrepreneurship, investment, innovation and employment. These policies should also give value to rural identity and enhance sustainability, social inclusion and local development, as well as the resilience of farms and rural communities.”*

It has to be highlighted that apart from the above, rural communities are mentioned in other parts of the Cork 2.0 Declaration; its points 7 and 8 also mention ‘rural communities’, but a concrete definition – apart from the declaration that now the settling of migrants in rural areas is supported – continues to be lacking, so, therefore, it may still be the European Charter for Rural Areas which may help those interested with regard to the concept of rural communities. Here, nevertheless, we may see a serious contradiction between the concept of the European Charter for Rural Areas (especially read together with Hans Popp’s explanations) – i.e. the traditional transfer of the heritage of the rural community between the generations – and the concept of the Cork 2.0 Declaration on rural communities.

---

<sup>58</sup> H.-O. Stålgren, 2.

<sup>59</sup> Carmen Hubbard: *Workshop 4: Encouraging and Supporting Rural Vitality – Introduction to Day 2 Cork 2.0*, Cork 2.0: European Conference on Rural Development on 5-6 September 2016, [https://ec.europa.eu/agriculture/sites/agriculture/files/events/2016/rural-development/ws4-hubbard\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/agriculture/sites/agriculture/files/events/2016/rural-development/ws4-hubbard_en.pdf)

<sup>60</sup> C. Hubbard, 2.

However, as to the adoption of the Cork 2.0 Declaration, there was a participant who deemed it strange to have prepared a document determining the rural development policy of the whole European Union in such a short time by people coming from the widest parts of Europe: “*we were deceived... I.e. no avail to the efforts of the professional moderators and the participants, but so much time is too short to form serious thoughts. Indeed, it is also questionable whether those responsible put together in a few hours the text of the declaration which was finally proclaimed based on the things which were discussed there.*”<sup>61</sup>

This remark might have been not alone-standing, as in the 2016 autumn number of the ENRD’s periodicals, the so-called Rural Connections, a special part was dedicated to the circumstances of the adoption of the Cork 2.0 Declaration, and they deemed it important to quote the general reporter of the first work group of the Cork 2.0 Conference, namely: “*As someone who has been involved from the very outset, I can assure you that [the Declaration] was not pre-[written].... All the information gathered in the groups went back to the drafting team.*”<sup>62</sup> The ENRD in its newsletter on the adoption of the Cork 2.0 also deemed it important to publish the declaration of the president of the drafting committee in this regard: “*I am sure many people did not expect this kind of active engagement, which on the other hand created quite a challenge for us who were in charge of drafting the Declaration. We collected the information on each round of work with the group facilitators. Two experts from each workshop also took part in the effort to draft the Declaration.*”<sup>63</sup> Here, those lines written with regard to the 4<sup>th</sup> NRN meeting are worth to be referred to (see above).

The Cork 2.0 Declaration, i.e. a EU strategy adopted this – even in the European Union highly unusual – way has nevertheless received a particular importance through the agricultural commissioner of the European Commission: “*As Commissioner for Agriculture and Rural Development, I accept this Declaration and will give it most serious consideration. It is a strong Declaration, rich in content and intent. It reflects the needs and aspirations of the rural and agricul-*

---

<sup>61</sup> Reszkétő Tímea: *Vidékfejlesztési politika újratöltve*, 12.09.2016; [http://gazdablog.hu/blog/videkfejlesztesi\\_politika\\_ujratoltve](http://gazdablog.hu/blog/videkfejlesztesi_politika_ujratoltve)

<sup>62</sup> “*As someone who has been involved from the very outset, I can assure you that [the Declaration] was not pre-[written].... All the information gathered in the groups went back to the drafting team.*” The opinion of Alan Jagoe was cited by *Rural Connections*, autumn/2016, 18, <https://enrd.ec.europa.eu/sites/enrd/files/publi-enrd-magazine05-2016-en.pdf>, 15 December 2018.

<sup>63</sup> “*I am sure many people did not expect this kind of active engagement, which on the other hand created quite a challenge for us who were in charge of drafting the Declaration. We collected the information on each round of work with the group facilitators. Two experts from each workshop also took part in the effort to draft the Declaration.*” The thought of Heino von Meyer was referred by ENRD, European Conference on Rural Development, *Special Edition Newsletter*, September/2016, 1, [https://enrd.ec.europa.eu/sites/enrd/files/cork\\_newsletter-web\\_en.pdf](https://enrd.ec.europa.eu/sites/enrd/files/cork_newsletter-web_en.pdf), 15 December 2018 (hereinafter referred to ENRD (2016c)).

*tural communities, and it gives strong recommendations on the kind of policies needed to unleash the rural potential. I believe it provides an important input and orientation for the up-coming debates on the future of our rural and agricultural policies and I count on your continued involvement and support to ensure that we have a strong CAP that is fit for purpose, accountable, and capable of addressing the challenges and opportunities of the 21st century.”<sup>64</sup>*

After the adoption of the Cork 2.0 Declaration, the preparation of the implementation of the strategic document has started. So, for instance in the 6<sup>th</sup> NRN meeting (November 8-9, 2016, Senec, Slovakia) they assessed how the national rural development networks may take part in the realization of the conceptions contained in the Cork 2.0 Declaration. In this regard we have to mention that the topic of the social integration of asylum seekers and migrants (with reference to the many times cited Swedish example) does not appear at the Point 1 of the Cork 2.0 Declaration,<sup>65</sup> but at its Point 3, entitled “*Investing in Rural Viability and Vitality*”.<sup>66</sup>

In the summary of a not much later, on December 1, 2016 in Brussels organised third meeting of the Assembly of the European Network for Rural Development, following this logic, migration questions have been treated under Point 3 of the Cork 2.0 Declaration. Here, the NRN cluster, which was initiated by the Swedish national rural development network and the topic of which was found according to the expectations of the European Commission (sic!), is brought up as an already realized action, and as future ideas are enumerated activities which help the migrants or refugees stay at the rural territories; a plan for the future is furthermore to show (like in a roundtrip) the – previously showed – photo exhibition of the ENRD about migrants and refugees in numerous places.<sup>67</sup>

---

<sup>64</sup> “As Commissioner for Agriculture and Rural Development, I accept this Declaration and will give it most serious consideration. It is a strong Declaration, rich in content and intent. It reflects the needs and aspirations of the rural and agricultural communities, and it gives strong recommendations on the kind of policies needed to unleash the rural potential. I believe it provides an important input and orientation for the up-coming debates on the future of our rural and agricultural policies and I count on your continued involvement and support to ensure that we have a strong CAP that is fit for purpose, accountable, and capable of addressing the challenges and opportunities of the 21st century.” The thought of Phil Hogan was referred by ENRD (2016c), 1.

<sup>65</sup> In a document of the European Commission published in March 2017, the NRN meeting established in connection with the topic of migration and asylum seekers was mentioned again; see European Commission, *Cork 2.0 Action Plan*, version March 2017, 2, [https://ec.europa.eu/agriculture/sites/agriculture/files/events/2016/rural-development/cork-action-plan\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/agriculture/sites/agriculture/files/events/2016/rural-development/cork-action-plan_en.pdf), 15 December 2018.

<sup>66</sup> ENRD: *Linkages between NRNs' activities and the 10 policy orientations set out in the Cork 2.0 Declaration*, 6 th NRNs' meeting of 8-9 November 2016 in Senec, 1, <https://enrd.ec.europa.eu/sites/enrd/files/cork-related-nrn-activities.pdf>, 15 December 2018.

<sup>67</sup> ENRD: *Discussion summary*, 3rd Rural Networks' Assembly of 1 December 2016, 2, [https://enrd.ec.europa.eu/sites/enrd/files/rn-assembly3\\_network-activities-cork.pdf](https://enrd.ec.europa.eu/sites/enrd/files/rn-assembly3_network-activities-cork.pdf), 15 December 2018.

## 2.2. Local community as an object of legislation in the EU law

But what do we need to get to know the exact content of these concepts? Well, according to Article 39 of the TFEU, objective of the Common Agricultural Policy is “*to ensure a fair standard of living for the agricultural community, in particular by increasing the individual earnings of persons engaged in agriculture*”. This is going to be the notion which has to be interpreted by a member state in order for example to lawfully restricting the transfer of agricultural lands. Detailed norms are however not contained in the TFEU in this regard. To a certain extent, though, the CJEU has interpreted Article 39 TFEU in its jurisprudence, e.g. especially as to the lawfulness of the restrictions of the transfer of agricultural lands.<sup>68</sup>

In this regard, the CJEU uses the following terms in its jurisprudence as to rural (agricultural) communities: to preserve agricultural communities,<sup>69</sup> to preserve a permanent agricultural community,<sup>70</sup> to maintain, for town and country planning or regional planning purposes and in the general interest, a permanent population and an economic activity independent of the tourist sector in certain regions.<sup>71</sup> Nevertheless, the fact that ‘rural communities’ appear often in the jurisprudence of the EU does not mean that the CJEU would interpret the notion. It took it rather for granted. Therefore, it is unclear, what exactly does the possibility of lawful restriction contained in the TFEU (Article 39) extend to.<sup>72</sup>

<sup>68</sup> The analysis of this jurisprudence is published in numerous high-quality articles; among others, see Tamás Andréka, István Olajos, “A földforgalmi jogalkotás és jogalkalmazás végrehajtása kapcsán felmerült jogi problémák elemzése”, *Magyar Jog* 7-8/2017, 410-424; Krisztina Bányai, “Theoretical and practical issues of restraints of land acquisition in Hungary”, *Journal of Agricultural and Environmental Law (JAEL)* 20/2016, 8-11; Csilla Csák, “Die ungarische Regulierung der Eigentums- und Nutzungsverhältnisse des Ackerbodens nach dem Beitritt zur Europäischen Union”, *JAEL* 9/2010, 20-31; Csilla Csák, Bianka Kocsis, Anikó Raisz, “Vectors and indicators of agricultural policy and law from the point of view of the agricultural land structure”, *JAEL* 19/2015, 32-43; Ágoston Korom, Réka Bokor, “Gondolatok az új tagállamok birtokpolitikájával kapcsolatban”, *Honori et Virtuti* (ed.: Klára Gellén), Iurisperitus, Szeged 2017, 259-267; Á. Korom, “A földpiacra vonatkozó kettős jogalap tételeinek bírálata”, *Magyar Jog* 3/2011, 152-159; Mihály Kurucz, “Gondolatok a magyar földforgalmi törvény uniós feszültségpontjainak kérdéseiről”, *A Magyar Tudomány Napja a Délvidéken* 2014 (ed.: József Szalma), VMTT, Novi Sad 2015, 120-173; Aniko Raisz, “Topical issues of the Hungarian land-transfer law”, *CEDR Journal of Rural Law* 1/2017, 69, 73-74; J. E. Szilágyi, “European legislation and Hungarian law regime of transfer of agricultural and forestry lands”, *JAEL* 23/2017, 148-181, doi: 10.21029/JAEL.2017.23.148.

<sup>69</sup> Case C-452/01 Ospelt, para. 39 and 43.

<sup>70</sup> Case C-370/05 Festersen, para. 27 and 28.

<sup>71</sup> Case C-302/97 Konle, para. 40, furthermore Case C-519/99–C-524/99 and Case C-526/99–C-540/99 Reisch, para. 34.

<sup>72</sup> It is worth noticing that point 1 e) of COM 2017 uses even the phrase ‘to preserve a rural population’, in the opinion of the author of the present article, as a synonym of an ‘agricultural’ one. However, the detailed interpretation concerning rural population cannot be found in the communication.

We do not get closer to the clearly EU-law based (i.e. different from that of the Council of Europe) determination of the concept of rural (agricultural) communities even if we take a look at the so-called secondary legislation of the European Union. In this regard – as to the legislation in force – especially Regulation (EU) No 1305/2013 of the European Parliament and of the Council on support for rural development by the European Agricultural Fund for Rural Development (EAFRD) could be of great importance. Several of its articles<sup>73</sup> deal with rural communities, but here, too, we find no exact definition.

On this basis we can conclude that at EU level we cannot find any actual help – apart from referring back to the European Charter for Rural Areas – as to what are rural (agricultural) communities. We have to say it is nothing negative in our view, as it only shows that this competence lays within the member states, we could even say, it is a question of sovereignty (or, in the terminology brought to the public by *László Trócsányi*, part of our constitutional identity<sup>74</sup>), and is connected – though not exclusively – with the population of a country.

### 3. CONCLUSION

To determine the concept ‘rural community’ of a Member State is the competence of the affected Member State. Taking into consideration all the uncertainties surrounding the determination, for a Member State with an ambitious agricultural policy it is an elementary interest to make use of this competence. The European Commission – in an above-mentioned, strange procedure – changed the concept ‘rural community’ at the EU’s level, namely in the Cork 2.0 Declaration. Although the Cork 2.0 Declaration is a non-binding document, it might be capable to affect the practice of the Court of Justice of the EU. This situation may raise the question whether a Member State could determine the term ‘rural community’ in a stricter form, namely in a binding legal document. To give a correct and complex answer, the research started in the present article shall be continued.

---

<sup>73</sup> As an example, see:

Article 4: Within the overall framework of the CAP, support for rural development shall contribute to achieving the following objectives: [...] (c) achieving a balanced territorial development of rural economies and communities including the creation and maintenance of employment; (*See furthermore the mentioning of the rural communities at Article 55 (1) d).*

Article 20: ‘Basic services and village renewal in rural areas’ supports shall cover, in particular: [...] investments in the setting up, improvement or expansion of local basic services for the rural population, including leisure and culture, and the related infrastructure.

Article 43: ‘LEADER start-up kit’ for local communities.

<sup>74</sup> See: László Trócsányi, “Alkotmányos identitás és európai integráció”, *Acta Universitatis Szegediensis Acta Juridica et Politica*, 76/2014 473-482; L. Trócsányi, “Nemzeti alkotmányok, európai integráció és alkotmányos identitás”, *Acta Universitatis Szegediensis Acta Juridica et Politica* 77/2015, 319-328.

## REFERENCES

- Tamás Andréka, István Olajos, “A földforgalmi jogalkotás és jogalkalmazás végrehajtása kapcsán felmerült jogi problémák elemzése”, *Magyar Jog* 7-8/2017, 410-424
- Krisztina Bánya, “Theoretical and practical issues of restraints of land acquisition in Hungary”, *Journal of Agricultural and Environmental Law* 20/2016, 8-11, doi: 10.21029/JAEL.2016.20.5
- Csilla Csák, “Die ungarische Regulierung der Eigentums- und Nutzungsverhältnisse des Ackerbodens nach dem Beitritt zur Europäischen Union”, *Journal of Agricultural and Environmental Law* 9/2010, 20-31
- Csilla Csák, Bianka Kocsis, Anikó Raisz, “Vectors and indicators of agricultural policy and law from the point of view of the agricultural land structure”, *Journal of Agricultural and Environmental Law* 19/2015, 32-43
- ENRD: *4th NRN meeting – Improving RDP implementation through networking*, 29 February – 1 March 2016, Bled (Slovenia), 13, 19, [https://enrd.ec.europa.eu/sites/enrd/files/final-report\\_4thnrnmtg\\_0.pdf](https://enrd.ec.europa.eu/sites/enrd/files/final-report_4thnrnmtg_0.pdf), 15 December 2018
- ENRD: *Discussion summary*, 3rd Rural Networks’ Assembly of 1 December 2016, 2, [https://enrd.ec.europa.eu/sites/enrd/files/rn-assembly3\\_network-activities-cork.pdf](https://enrd.ec.europa.eu/sites/enrd/files/rn-assembly3_network-activities-cork.pdf), 15 December 2018
- ENRD, European Conference on Rural Development, *Special Edition Newsletter*, September/2016, 1, [https://enrd.ec.europa.eu/sites/enrd/files/cork\\_newsletter-web\\_en.pdf](https://enrd.ec.europa.eu/sites/enrd/files/cork_newsletter-web_en.pdf), 15 December 2018
- ENRD: *Linkages between NRNs’ activities and the 10 policy orientations set out in the Cork 2.0 Declaration*, 6 th NRNs’ meeting of 8-9 November 2016 in Senec, 1, <https://enrd.ec.europa.eu/sites/enrd/files/cork-related-nrn-activities.pdf>, 15 December 2018
- ENRD, *What can National Rural Networks do to support social inclusion?*, Factsheet, prepared for the ENRD Workshop (in Brussels on 17 March 2016) on LEADER/CLLD and Networking in Support of Social Inclusion, June 2016, 2, [https://enrd.ec.europa.eu/sites/enrd/files/w8\\_factsheet5\\_networking.pdf](https://enrd.ec.europa.eu/sites/enrd/files/w8_factsheet5_networking.pdf), 15 December 2018
- European Commission, *Cork 2.0 Action Plan*, version March 2017, 2, [https://ec.europa.eu/agriculture/sites/agriculture/files/events/2016/rural-development/cork-action-plan\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/agriculture/sites/agriculture/files/events/2016/rural-development/cork-action-plan_en.pdf), 15 December 2018
- Richard Grover et al, *European Union accession and land tenure data in Central and Eastern Europe*, FAO Land Tenure Policy Series 1, FAO, Rome 2006, <http://www.fao.org/3/a-a0464e.pdf>, 15 December 2018
- Carmen Hubbard, *Workshop 4: Encouraging and Supporting Rural Vitality – Introduction to Day 2 Cork 2.0*, Cork 2.0: European Conference on Rural Development on 5-6 September 2016, [https://ec.europa.eu/agriculture/sites/agriculture/files/events/2016/rural-development/ws4-hubbard\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/agriculture/sites/agriculture/files/events/2016/rural-development/ws4-hubbard_en.pdf), 15 December 2018
- How to support social inclusion of migrants and asylum seekers*, Factsheet, prepared for the ENRD Workshop (in Brussels on 17 March 2016) on LEADER/CLLD and Networking in Support of Social Inclusion, June 2016, [https://enrd.ec.europa.eu/sites/enrd/files/w8\\_factsheet3\\_migrants.pdf](https://enrd.ec.europa.eu/sites/enrd/files/w8_factsheet3_migrants.pdf), 15 December 2018

- Ágoston Korom, Réka Bokor, "Gondolatok az új tagállamok birtokpolitikájával kapcsolatban", *Honori et Virtuti* (ed.: Klára Gellén), Iurisperitus, Szeged 2017, 259-267
- Ágoston Korom, "A földpiacra vonatkozó kettős jogalap tételenek bírálata", *Magyar Jog* 3/2011, 152-159
- Mihály Kurucz, "Gondolatok a magyar földforgalmi törvény uniós feszültségpontjainak kérdéseiről", *A Magyar Tudomány Napja a Délvidéken 2014* (ed.: József Szalma), VMTT, Novi Sad 2015, 120-173
- Matthias Langemeyer (ed.), *Migrant and refugee integration*, Publications Office of the European Union, Luxembourg July 2016, doi:10.2762/21927
- István Olajos, *A vidékfejlesztési jog kialakulása és története*, Novotni Alapítvány, Miskolc 2008
- Fouli Papageorgiou et al (ed.), *A Capacity Building Manual for NGOs Promoting the Integration of Migrants and Refugees in Rural Areas*, EurAcademy Thematic Guide Series 13, [-], EurAcademy Association, 2016, [http://www.euracademy.org/wp-content/uploads/2016/03/ThematicGuide13\\_eng-1.pdf](http://www.euracademy.org/wp-content/uploads/2016/03/ThematicGuide13_eng-1.pdf), 15 December 2018
- Rob Peters (ed.), *Examples of projects supporting social inclusion*, Publications Office of the European Union, [-] June 2013, K3-AK-13-001-EN-C; ENRD
- Hans Popp, *Földszolgálat*, Agroinform Kiadóház, Budapest 2002.
- Aniko Raisz, "Topical issues of the Hungarian land-transfer law", *CEDR Journal of Rural Law* 1/2017, 69, 73-74
- Reszkető Tímea: *Vidékfejlesztési politika újratöltve*, 12.09.2016; [http://gazdablog.hu/blog/videkfejlesztesi\\_politika\\_ujratoltve](http://gazdablog.hu/blog/videkfejlesztesi_politika_ujratoltve), 15 December 2018
- Hans-Olof Stålgren, *Introduction to Workshop 4 – Rural viability and vitality*, Cork 2.0: European Conference on Rural Development on 5-6 September 2016, 2., [https://ec.europa.eu/agriculture/sites/agriculture/files/events/2016/rural-development/stalgren\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/agriculture/sites/agriculture/files/events/2016/rural-development/stalgren_en.pdf), 15 December 2018
- János Ede Szilágyi, "Acquisition of the ownership of agricultural lands in Hungary, taking the EU's and other countries's law into consideration", *Zbornik radova Pravnog fakulteta*, Novi Sad 4/2016, 1437-1451, doi: 10.5937/zrpfns50-12226
- János Ede Szilágyi, "Cross-border acquisition of the ownership of agricultural lands and some topical issues of the Hungarian law", *Zbornik radova Pravnog fakulteta*, Novi Sad 3/2017, 1055-1072, doi: 10.5937/zrpfns51-13620
- János Ede Szilágyi, "European legislation and Hungarian law regime of transfer of agricultural and forestry lands", *Journal of Agricultural and Environmental Law* 23/2017, 148-181, doi: 10.21029/JAEL.2017.23.148
- László Trócsányi, "Alkotmányos identitás és európai integráció", *Acta Universitatis Szegediensis Acta Juridica et Politica* 76/2014, 473-482
- László Trócsányi, "Nemzeti alkotmányok, európai integráció és alkotmányos identitás", *Acta Universitatis Szegediensis Acta Juridica et Politica* 77/2015, 319-328
- UN Secretariat, *Replacement Migration – Is It a Solution to Declining and Ageing Populations?*, UN Secretariat Department of Economic and Social Affairs Population Division, ST/ESA/SER.A/206, [-], UN, 2001, <http://www.un.org/en/development/desa/population/publications/ageing/replacement-migration.shtml>, 14 April 2018

*Dr Janoš Ede Silađi, vanredni profesor  
Univerzitet u Miškolcu  
Pravni fakultet  
celesut@gmail.com*

## **Promena koncepta ruralne zajednice i njegov značaj za prenos svojine na poljoprivrednom zemljištu**

**Sažetak:** Imajući u vidu pravo Evropske unije (EU) i nacionalna prava država članica EU, u radu je predstavljen koncept ruralnih zajednica i poljoprivrednih zajednica (u radu zajedno označene kao ruralne zajednice), koji je u fazi redefinisanja. S obzirom na to da se koncept ruralnih zajednica u EU u velikoj meri bazira na definiciji Saveta Evrope, u radu je predstavljeno njegovo poreklo i to na osnovu Evropske povelje o ruralnim područjima i naučnih izveštaja u vezi sa tom Poveljom. Određivanje pravnog pojma ruralnih zajednica je od suštinskog značaja za Mađarsku – između ostalog zbog toga što je njihovo očuvanje bio ključan razlog za donošenje novog mađarskog Zakona o zemljištu. U skladu sa praksom Suda pravde Evropske unije, pojedini aspekti očuvanja ruralnih zajednica predstavljaju javni interes radi čije zaštite se mogu preduzimati odgovarajuće nacionalne mere u vezi sa prometom zemljišta. S tim u vezi se postavlja pitanje: šta se zapravo podrazumeva pod pojmom ruralnih zajednica.

**Ključne reči:** ruralna zajednica, poljoprivredna zajednica, ruralno pravo, poljoprivredno zemljište, sticanje poljoprivrednog zemljišta.

Datum prijema rada: 23.02.2019.

*Balázs S. Elek, Ph.D., Associate Professor  
University of Debrecen  
Faculty of Law  
elek.balazs@law.unideb.hu*

## THE CRIMINALIZATION OF POACHING IN HUNGARY

**Abstract:** After 2000, Hungary experienced some extraordinarily unfavorable changes with respect to poaching – in the poachers' style, characteristics, methods and equipment. For a long time the legislation did not recognize the danger of illegal hunting.

Criminological studies led to the codification of poaching law in the Criminal Code in 2012. Previously, it had only been possible to adjudicate and sanction activities related to illegal hunting through different legal frameworks, such as theft or illegal use of weapons. We must also bear in mind that the threat posed by climate change has heightened the importance of laws protecting nature and the environment; consequently, public opinion toward wildlife management and poaching must change.

**Keywords:** illegal hunting, criminal procedure, punishment, criminalization, environs.

### 1. INTRODUCTION

A relatively high number of studies are published on poaching, illegal hunting, and the criminological characteristics thereof. There is also copious literature concerning poaching's impact on areas of the world where wildlife is endangered. Much less is written about the situation in places like Hungary, where wildlife is abundant. Moreover, poachers in Hungary have different motivations and use different methods than their peers in other countries. Hungary has a reputation for producing some of the top hunting trophies in the world. At times, the main problem for Hungary is the damage that an overpopulation of wildlife inflicts upon farms.

After 2000, Hungary experienced some extraordinarily unfavorable changes with respect to poaching – in the poachers' style, methods and equipment. Nowadays, poaching gangs in Hungary procure state-of-the-art weapons and technological devices. Gone were the days of the local poacher with a cache of World War II-era weapons in the forest. Over the past 20 years, numerous court cases have alluded to relationships and cooperation between Hungarian and foreign poachers. There is also increasingly clear evidence of relationships between poachers and organized crime groups on both the domestic and international levels.

The growth of the root causes of poaching requires increased vigilance in the battle against illegal hunting. It also necessitates the development of organizational, legal and criminal-law structures aimed at preventing such crimes. This process led to the codification of poaching crimes in 2012. In other words, the Criminal Code was supplemented by legal definitions that are specifically oriented toward poaching. Previously, it had only been possible to adjudicate and sanction activities related to illegal hunting through other legal frameworks, such as theft or illegal use of weapons.

Given the societal changes Hungary has experienced, modern-day poaching merits a much heavier punishment than during the days when people illegally killed game on an occasional basis. Poachers could dodge responsibility for their actions because poaching was considered to be a property-related crime; the old criminal code paid no heed to the specific nature of poaching. We must also recognize that the threat of climate change has heightened the importance of laws protecting nature and the environment; consequently, public opinion toward wildlife management and poaching must change.

“Wildlife crime” is defined as procuring flora and fauna in a manner prohibited by national and international law, as well as the trade or possession of such wildlife. “Conservation criminology,” which is a relatively new branch of criminology, may help researchers get to the roots of the illegal wildlife trade and complement the field of conservation biology to help authorities investigate and prosecute poaching activities more effectively.<sup>1</sup>

Effective legal regulations may also increase the chances that the punishments handed down by criminal courts will achieve the goals articulated in the Criminal Code: To dissuade the perpetrator and others from committing crimes of a similar nature. All this may come to pass if the law adequately responds to societal conditions and perpetrators are prevented from getting away with their misdeeds. It is a long-standing principle that one of the most effective tools for discouraging crime is the inevitability of punishment. This is only possible if the law addresses the specific characteristics of poaching – and criminalizes them.

---

<sup>1</sup> José L. Tella, Fernando Hiraldo, “Illegal and Legal Parrot Trade Shows a Long-Term, Cross-Cultural Preference for the Most Attractive Species Increasing Their Risk of Extinction,” PLOS ONE, September 2014, Volume 9, Issue 9, e107546, 1-10.

## 2. POACHING AND ITS CONSEQUENCES

The term “transnational crime” refers to crimes whose prevention, exposition, and direct or indirect impacts affect several countries. This type of crime includes trade in drugs and stolen works of art, terrorism, and the market for endangered species.

The threat of poaching and the trade in endangered species far outweighs the threat of damage that certain endangered species may inflict upon the environment. People who trade in illegal wildlife also deal in other unlawful items such as narcotics and firearms. The theft of natural resources, e.g. wildlife, is a particularly profitable type of transnational crime. Poachers, smugglers, soldiers, guerrillas and organized-crime groups all engage in such activity;<sup>2</sup> it is so prevalent that it threatens to derail the stability of several developing countries in Africa.<sup>3</sup>

Illegal wildlife traffickers operate in Europe, including Hungary, but poaching poses an entirely different kind of threat. Poaching comprises a series of acts that harms both the law and basic morality; these acts become incorporated into a specific, independent concept. The crime goes far beyond the theft and killing of game. Poaching is a dangerous activity that always opens opportunities for other, more serious crimes such as the illegal use of weapons, acts that threaten life and limb, violence against public authorities, and ultimately terrorism finance. Poaching may promote criminal mentality and may take the form of organized crime as well.<sup>4</sup>

Hungary's law on hunting qualifies “wildlife management” as activities related to the protection of the game stock and its habitat as well as the regulation of wildlife.<sup>5</sup> Hence anyone who is legally licensed to hunt is required to perpetuate wildlife-management activities. The goal is the development, maintenance and sensible exploitation of an adequate game supply, which must be achieved in harmony with land- and forest-management plans with due consideration for the environment and conservation. A firm scientific grounding is an essential component of modern wildlife management and hunting. Productive and sophisticated wildlife management is not possible without a sound understanding of the animals' habitat, behavior, biology and living conditions.

---

<sup>2</sup> C. Venter (2003), “Organized Crime: A perspective from South Africa,” in J. Albanese, D. Das, & A. Verma (eds.), *Organised crime: World Perspectives*, pp. 379-391, Prentice Hall, Upper Saddle River, NJ

<sup>3</sup> Greg L. Warchol, Linda L. Zupan, Willie Clack, “Transnational Criminality: An analysis of the illegal wildlife market in Southern Africa,” *International Criminal Justice Review*, Volume 13, 2003, 1-27

<sup>4</sup> Ruth S. Musgrave, Sara Parker, Miriam Wolok, “The Status Of Poaching In The United States – Are We Protecting Our Wildlife?” *Natural Resources Journal*, Vol. 33, 977 (1993), 977-1014 (p. 1005)

<sup>5</sup> 1996 LV Hungarian Act on the Protection of Wildlife, Wildlife Management, and Hunting (Vtv.) 40.§

Poaching can be so widespread that it becomes impossible to implement a wildlife-management plan aimed at increasing the animal population. It is impossible to put a monetary value on Hungary's world-renowned game stock, which frequently yields world-record trophies. According to the best estimates, poachers inflict hundreds of thousands of dollars in damage every year, threatening to destroy the long years of work that went into cultivating Hungary's thriving wildlife supply. The biggest financial losses occur on the big-game preserves where the animals are valued not only for their meat, but also for trophies and for purposes related to genetic science.

Hence the killing and theft of wildlife inflicts economic damage that goes far beyond property and ownership rights.

In certain years, the buck that bore the most valuable antlers has fallen prey to poachers in Hungary. If poachers trap and shoot a roe deer that hunters have spent years feeding, caring for and guarding in hopes of bagging a first-rate trophy when it is grown, or offering it up to a foreign hunter for money, then the hunters will get no return on their labor and knowhow; moreover, they will not be able invest as much in future conservation efforts. The situation is even worse when poachers kill a pregnant animal, or one that has just recently given birth: The poachers not only wipe out a new generation of wildlife, but seriously damage the hunters' interests.

Thus the poacher's utterly surreptitious, illegal and uncontrollable activities not only endanger the game supply and the interests of orderly hunting, they also harm licensed hunters' rights to hunt and manage wildlife, as guaranteed by law. Their snares and traps indiscriminately kill and capture animals unlucky enough to get caught. Even when perpetrators use hunting rifles, they do not kill animals in a professional manner with respect to wildlife management. In most cases, poachers do not know the considerations, principles or rules that must be respected when shooting wildlife.

The management and exploitation of the game stock should also consider whether biological resources are self-restoring, or can be restored by humans. When these resources are destroyed, the cost cannot merely be expressed in monetary terms; it is also necessary to account for collateral damage (reduction of diversity in the ecosystem, aesthetic damages) or the cost of restoring the resource.

Some researchers argue that the number of animals stolen or killed by poachers is about one quarter of the number officially bagged by hunters, even by conservative estimates.<sup>6</sup> Imagine if this were a car factory where 25 percent of the vehicles simply disappeared.

Clearly, poaching makes it nigh impossible for licensed hunting companies, forestry organizations and other groups to fulfill their obligation to plan and

---

<sup>6</sup> Sándor Békés, *Vadászetika (Hunting Ethics)*, Mezőgazda Kiadó, Budapest, 2001, 119

manage resources. Damage caused by poaching may be even harder to calculate than weather-related damage.

Within a given wildlife population, the ratio of individual males to females is called the gender ratio. A major diversion from the natural gender ratio is not desirable, because a higher ratio of females increases the likelihood that the weaker males will be able to reproduce. This creates a fraailer animal population and lowers the quality of trophies. An overpopulation of males, meanwhile, may increase the number of injuries incurred during fights between bucks during the mating season.

Through wildlife-management techniques, licensed hunters understand whether males or females need to be culled in a given population. Since poachers are unaware of such facts, or ignore them, their interference can cause serious damage.

Poaching may upset a species' gender ratio, which poses real dangers to the species' capacity to reproduce and may affect its social structure as well. It also has the effect of reducing the species' competitive ability.<sup>7</sup>

The various age ratios are called the population's age distribution. As a general rule, the greater restrictions wildlife managers place on shooting young animals, the younger the average age of the population. This highlights the importance of reducing numbers in the younger age groups. Nonetheless, it is necessary to be careful with the planned number of killings from a given brood, because it is impossible to precisely calculate the rate of non-hunting related deaths. Hence it is prudent to plan a relatively small number of baggings in the one-year old animal population, then to adjust the number the next year in line with springtime population estimates.

Thus poachers inhibit the development of the population's age structure with each careless rifle shot or use of a snare that ignores professional considerations. The law requires all hunters to present their bagged red deer, fallow deer, antlers or wild sheep horns within 30 days of the end of the applicable hunting season to the relevant authorities for purposes of awarding trophies. A similar rule exists for wild boar horns that are longer than 16 centimeters. The hunting authority issues a certificate, and licensed hunters can only acquire the right to a trophy in possession of this certificate. This rule also applies to trophies from wildlife that dies from causes not related to hunting.<sup>8</sup> Since the hunting authority cannot award trophies for animals bagged by poachers, they cannot assess the quality of the game stock and do not know what interventionary measures need to be taken.

The essence of hunting does not lie in success. Humankind could easily annihilate the majority of animal species, but people restrain themselves and

---

<sup>7</sup> Samrat Mondol, Celia R. Mailand, Samuel K. Wasser, "Male biased sex ratio of poached elephants is negatively related to poaching intensity over time," *Conserv Genet*, (2014) 15, 1259-1263

<sup>8</sup> Vtv. 73-74. §

limit their destructive power. Whether they like it or not, people who want to hunt must grant their prey an opportunity to escape. If they fail to do this, they will exterminate wildlife – and the sport of hunting along with it. The poacher, on the other hand, is after momentary gratification. He is not interested in protecting hunting's sustainability and pays little heed to it.

Participation in wildlife management and hunting requires the prevalence of interests related to conservation – sustainable use, meaning sustainability based upon the biological diversity of huntable species that live in the wild. Hunting of different species of game is only possible to the extent that it does not endanger the animal population's natural diversity and sustainability.<sup>9</sup>

The provisions of Hungary's law on hunting sets the standards for defining which species (game) are huntable, determining the length of the hunting season and the need to impose bans on hunting.

The hunter plays a decidedly positive role in preventing the overpopulation of wildlife in a manner that simulates natural selection (in the absence of big predators.) Undoubtedly, the establishment of hunting seasons is a long-term interest for hunters – one that goes hand-in-hand with natural conservation.

Hunting can only be conducted in open nature. A well-maintained hunting grounds is an ideal place to live for the entire animal kingdom. Caring for wildlife means maintaining variety of plant life and thickets to protect wild animals. Wildlife management represents a kind of intervention into the natural order, and it has an important role in correcting and sustaining population numbers.

Conservation considerations manifest themselves in regulations on hunting equipment, the length of hunting bans and general rules on wildlife protection. Poachers pay little heed to these conservation-related considerations. The poacher is not known for respecting nature-based wildlife management, legal prohibitions against the hunting of protected species, or the hunting season.

In essence, poaching harms hunting-related conservation values. In this case, it is not only the uninhibited shooting of wildlife during periods when hunting is prohibited. By implementing population regulations, licensed hunting organizations and the various regulatory authorities not only determine the numbers of animals in a given stock, they can have a significant influence over the gene supply of a species in a given habitat. When hunters implement so-called game-supply regulations or shoot an animal as a part of hunting, they influence the population's subsistence and its health status. Hence hunters exert the kind of artificial intervention on the ecological system that is absolutely essential for the subsistence of the wildlife population living in a given habitat and in the preservation of its gene supply.<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> 1996 LIII Law on Protecting Natural Resources

<sup>10</sup> Tibor Dobos, *A természet, védelme és vadászat* (*Nature, Its Protection and Hunting*), Market-Trade, Sopron, 2001, 93-106

The poacher frustrates these wildlife-management and conservation activities, or at least makes them very difficult. He is capable of destroying decades of work by licensed hunters with a few careless shots from his rifle or by laying snares. For this reason, the poacher inflicts damage that goes far beyond the market value of the well-endowed animal he kills. Unfortunately, court proceedings do not always take this intangible damage into account – the damage reflecting the role the felled animal played in the given ecosystem or wildlife-management unit.

The hunter's job is to purge from the population those sickly, weak animals that have been dragged to the lower end of the social hierarchy; this contributes to the improved health of the game stock. Natural population-regulation processes always regenerate such animals. The ratio these animals represent depends on the quality of the habitat, the food supply, the population density of the animals, and social stresses.<sup>11</sup> The poacher does not perform these functions, does not know about them and is not interested in them.

The poacher lacks a conscientious approach when intervening in the wildlife population. It is not possible to mitigate the harm caused by poachers within one or two years; moreover, it is difficult to express the value of the entire damage in monetary terms.

The abundance of wildlife on Hungary's hunting grounds occupies a very significant place in the complex natural system. Wild animals play a decisive role in sustaining ecological and especially biological balance. Open fields and forests constitute the wildlife population's habitat. The presence of wildlife is an elemental part of the ecosystem. Without wildlife, the habitat becomes impaired; a void develops in the food chain, which causes bioproduction to decline and leads to the disappearance of other species from the habitat.

Poaching can upset a given region's ecosystem. For instance, the diminishing numbers of elephants in Africa inflicts damage on other flora and fauna.<sup>12</sup>

Similarly, human intervention in the form of field and forest management is a form of conservation. When humans intervene in the life of a given habitat's wildlife population, they must do so conscientiously and responsibly. Through conscientious actions they can regulate the game supply in a manner that guarantees that the environment can support the animals, sustains the population's gene supply, purges (kills off) the weaker members from the population, and ensures the adequate gender ratio for the given species.

Hunting is one of the methods for protecting the natural environment, which includes the animals' habitat.

---

<sup>11</sup> István Heltay (ed.), *Vadásziskola (Hunting Guide)*, second revised edition, Hubertus Vadkereskedelmi Kft./István Heltay, Budapest, 2000, 49

<sup>12</sup> Ranee Khooshie Lal Panjabi, "For Trinkets, Tonics, and Terrorism: International wildlife poaching in the twenty-first century," *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Volume 43, number 1, 2014, 1-92

Hungary is a signatory to numerous international conventions that affirm the close relationship between hunting and conservation.<sup>13</sup> The European Union has no single policy on hunting and wildlife management, but hunting regulations and the natural environment are affected by several directives and ordinances as well as parts of the Common Agricultural Policy. The legislation's goal is to protect certain species and habitats and to end animal suffering. For this reason, the European Union rules that directly affect hunting are strongly restrictive from a wildlife-management point of view. Hence poachers who break national legal frameworks not only harm conservation interests, but also Hungary's international obligations.

One resolution by the Council of Europe specifically addresses the precept that hunting is a significant part of the economy and that it may have a role in conservation as well.<sup>14</sup> It establishes that hunting can make a significant contribution to environmental protection by fostering an adequate balance between species and eliminating overpopulation among certain species, which helps prevent the spread of disease and damage to the plant stock. With these interests in mind, the resolution recommends that member states take measures to produce better-trained and better-informed hunters. Naturally, any effort to educate hunters will be for naught if poachers destroy their work.

The hunter respects his prey and follows the written and unwritten rules of hunting. He is well versed in hunting's methods, equipment, protocols and traditions. The poacher, on the other hand, is not interested in whether it is illegal to torture an animal. When killing an animal, humans must ensure that the prey suffers as little as possible. In contrast, the snares laid by poachers condemn the trapped animal to a slow and painful death. Out of humanity, the prey should be killed quickly with a gunshot. The wire traps often laid by poachers do not bring instant death, but a prolonged agony that can involve infection and blood poisoning. If the animal manages to free itself and survives, an infection may paralyze its extremities and render the animal crippled.

A basic rule of hunting is that when a hunter injures an animal, or comes across an animal that is seriously ill for other reasons, it is his duty to chase down the animal and kill it.<sup>15</sup> A slapdash shot that is fired from too far away makes it more likely that the injured animal will escape; the likelihood of inaccurate shooting is greater for poachers because they try to conceal themselves from public

---

<sup>13</sup> For example, the Ramsar Convention on internationally significant wetlands, (1971), the Washington Convention on international trade in endangered species (1973), the Bonn Convention on the protection of migratory species (1979), the Bern Convention on the conservation of European wildlife and natural habitats (1979), and the Rio Convention on protecting biodiversity among animal species (1992).

<sup>14</sup> Thirty-Ninth Ordinary Session of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Resolution 882/1987 on the Importance of shooting for Europe's rural regions.

<sup>15</sup> Vtv. 29. § (2) paragraph

view, meaning they often fire from cramped body positions. Since looking for bloody tracks is time-consuming, the poacher does not bother to look for the injured animal; searching for an injured animal would put the poacher at greater risk of getting caught than going after a new quarry.

Poachers often hunt with dogs. In most cases, the dogs they use are not properly trained, which breaks the most basic rules on animal protection and hunting. The hunter is responsible for ensuring that only certified hunting dogs are used to seek out and chase down prey.

On more than one occasion, use of dogs that had not received adequate training has led to the deaths of both the prey and the hound. Animal-protection laws prohibit organizing or holding fights in which animals may suffer injury or death. This prohibition does not apply to certified hunting dogs, which must pass an exam, just like humans.<sup>16</sup>

Poaching also results in dangerous situations in the country's various regions. Since the poacher does not sign up to use official hunting zones, he creates a dangerous situation just by wandering around on the territory. Careless shooting endangers others' lives, puts them at risk for bodily injury, and may damage their property. A gun-toting poacher can often be nervous and flustered. He plans his escape at the very moment he fires a shot and does not have time to stop and think. Typically, he does not respect hunting-safety rules. It is no accident that hunters are required to study accident-prevention methods. These very strict rules naturally do not interest people who are breaking the law.

At nighttime, hunters may approach each other using established sound and flashlight signals. However, poachers do not want to be seen, which creates a dangerous situation.

In case of accident, the basic rule of hunting is that hunters must administer first aid to their injured colleagues and immediately get them to medical care. Poachers, on the other hand, not only have to take care of the injured party; it is also important for them to ensure that no one finds out about their illegal activities. If they take an injured person to a doctor, the doctor has an obligation to report them to police in relation to suspected criminal activity. For this very reason, they do not seek proper medical attention for minor injuries. They utterly ignore rules that make it possible for authorities to re-enact the accident.

Criminals can acquire dangerous equipment from poachers such as automatic rifles and night-vision binoculars.

It is often said that licensed hunters, forestry professionals, environmental security guards and even police try to stay away from the areas where poachers operate out of fear for their own skins. Poachers might attack people who come after them or try to expose them because they do not want to be apprehended or

---

<sup>16</sup> 1998 XXVIII Law on Animal Protection and Decency (Ávt.) 24/B. § (1) paragraph

face punishment. In a few cases, shooting matches have broken out between true hunters and poachers.<sup>17</sup>

Poaching of certain species endangers the eco-tourism sector. For example, thousands of tourists come to view and photograph rare and protected bird species at Hungary's Hortobágy Plains, a UNESCO World Heritage Site. Similarly, rhino poaching threatens "the reputation, eco-tourism industry, and the public image of South Africa," writes geography professor Elizabeth Lunstrum of York University in Ontario, Canada.<sup>18</sup>

It is clear that poaching can reap many times more profit if poachers cooperate with others.<sup>19</sup> This crime can bring enormous profit, since there is serious organizational work involved in felling an animal and delivering its carcass or trophy to a buyer, or supplying a restaurant with wild game meat.

Poaching also poses a risk to food safety. Poachers maintain relationships with restaurants as a kilo of black-market meat often costs just a fraction of the market price. This raises issues for public health. Wild meat may contain dangerous pathogens that only trained professionals can detect on the carcass. Before taking the meat to market, trained inspectors have to examine the carcass; in some cases, a state-approved veterinarian must also examine it. Strict regulations apply to the transport and storage of wild meat, and poachers cannot uphold these rules.

It must be remembered that populations of several animal species have declined precipitously in Hungary as a direct result of poaching – for instance, the otter population in certain areas. If poaching continues at its current rate, the otter may disappear from those wetlands that are home to Hungary's peerless otter stock.<sup>20</sup>

A few centuries ago, the lynx and the wolf were widespread across the entire European continent. However, the clearing of forests and constant hunting led to the near-total extinction of these animals by the middle of the 20th century in Western Europe and Hungary. Both species have survived in Slovakia; indeed, they gradually began to expand. By the 1980s, news about the growth of Slovakia's lynx and wolf populations often mentioned that the animals were popping up in Hungary as well. Despite blanket legal protection for these animals, poachers continue to pose a great threat to these species.

Poaching represents a real danger to the survival of certain species.

---

<sup>17</sup> Balázs Elek, *Vadászok, halászok a büntetőjog hálójában* (*Hunters and Fishermen in the Net of the Law*), hygorac kiadó, 2015, 76-92

<sup>18</sup> Elizabeth Lunstrum, "Green Militarization: Anti-Poaching Efforts and the Spatial Contours of Kruger National Park," *Annals of the Association of American Geographers*, Volume 104, Issue 4, July 2014, 816-832 <http://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/00045608.2014.912545>, published online on 25 Jun 2014

<sup>19</sup> Michael Watson, "Organised Crime and the Environment: the British Experience," *European Environmental Law Review*, August/September 2005, 207-213

<sup>20</sup> Pál Gera, "Poaching Otters: Why and how are otters being exterminated?" published by the Foundation for Otters, Budapest, 2006, 1-16

### 3. POACHING'S INCLUSION IN THE CRIMINAL CODE

One of the most important additions to the new Criminal Code that went into force on 1 July 2013 was the separate chapter devoted to crimes against the environment and nature.<sup>21</sup> The chapter contains a wide variety of legal definitions; however, there are enough similarities between them to allow them to be laid out in a single chapter. These similarities include protection of the environment, nature and their component parts (see impairment to the environment, impairment to nature). This is closely linked to the protection of the living world that plays a role in environmental impairment as well as the protection of animals and plants that play a role in natural impairment. This same factor made it necessary to create the new definitions on illegal hunting and fishing.

Criminal-law protection of the environment and nature is a relatively new area of regulation in both Hungarian and foreign criminal codices. This stems from the fact that for a long time the environment, or behaviors that damage the environment, did not pose the kind of danger to humans that would have necessitated intervention by criminal law.<sup>22</sup> Lawmakers paid attention to legal scholars' arguments, as the preamble to the law makes clear: "In the present day there is a clear need for the autonomous protection of the environment, and accordingly there is a need for a separate chapter in the law that independently... sets forth definitions of environmental law, in separation from others. The chapter contains a wide variety of definitions; however they have enough similarities between them to allow them to be included in a single chapter. These similarities include protection of the environment and nature as well as their components."<sup>23</sup> In this manner, harming the environment and nature became the primary protected values among the dangers caused by poaching; that is, they were elevated to so-called protected legal interests. Lawmakers also took account of the results of criminological research related to poaching; they carefully studied the relevant monographs and invited researchers to take part in face-to-face discussions at the Justice Ministry during the drafting of the law.

---

<sup>21</sup> Péter Polt (ed.), "Új Btk. kommentár 5. kötet, különös rész" ("Commentary on the New Criminal Code, Booklet 5, Special Section") Nemzeti Közszolgálati és Tankönyvkiadó, Budapest, 2013. Chapter 23; Péter Polt, "A környezet és a természet elleni bűncselekmények" ("Crimes Against the Environment and Nature"), 9, (Article P of Hungary's Fundamental Law)

<sup>22</sup> László Kóhalmi, *A környezet védelme a magyar büntetőjogban* (*Environmental Protection in Hungarian Criminal Law*), PhD dissertation, University of Pécs Doctoral School of the Faculty of Law, Pécs, 2010, 106

<sup>23</sup> Supplement to Law I, Crimes Against the Environment and Nature, 2012 C. Law, Chapter XXIII, with preamble by the minister, 1

[http://birosag.hu/sites/default/files/allomanyok/project\\_docs/i.sz\\_jogsabalyi\\_melleklet.pdf](http://birosag.hu/sites/default/files/allomanyok/project_docs/i.sz_jogsabalyi_melleklet.pdf) (accessed on 24 August 2014)

In the new Criminal Code, lawmakers created a new definition entitled “poaching” that previously did not exist. The prior practice of classifying illegal hunting as a misdemeanor or as theft was not suitable for efficiently combating poaching.<sup>24</sup>

A person commits poaching when

a) he conducts activities aimed at killing or capturing game on hunting grounds without a hunting license or carries out such activities as a hunter on land where he does not have permission to hunt;

b) he kills or captures an animal belonging to a species of game defined in a separate law during a period of time when the hunting of said species is legally prohibited;

c) he conducts activities aimed at killing or capturing animals using prohibited hunting equipment or prohibited hunting methods; conducts such activities on a game preserve where hunting is prohibited; or conducts such activities in relation to vertebrates that are either specially protected or protected. The crime of poaching is punishable by a prison sentence of up to three years.<sup>25</sup>

The poaching law’s precepts hold that hunting may only be conducted by people who are licensed, who demonstrate due respect for periods when hunting is prohibited and for hunting bans on game preserves (as spelled out in the laws on wildlife management), and who use only permitted hunting equipment and methods. Certain conceptual components of poaching’s legal precepts are defined in the laws on wildlife protection, wildlife management and the law on hunting.

The most significant addition is that hunting without a permit is punishable. Hence poachers can be caught out when they simply step onto hunting grounds with the goal of felling an animal without a permit. Given the changing nature of modern technology, the previous regulations were inappropriate because it was basically impossible to catch out perpetrators when they actually killed an animal. Without catching the perpetrators in the act of killing an animal, it was hardly possible to prove that the crime of theft had been committed.

Hunting is the act of killing or capturing an animal – or an act that is aimed at such – by hunters on hunting grounds, using permitted equipment or birds of prey.<sup>26</sup> The realization of the act of hunting does not require that the animal actually be killed or captured, because activities aimed killing or capturing already fulfills the definition. This includes when a poacher kills or captures a wounded animal.

The legal definition of hunting is an activity directly aimed at killing animal, which includes the concept of intention, inasmuch as the law qualifies as “hunting” any act directly “intended to result” in the killing of an animal.” On an official

---

<sup>24</sup> Gergely Bárányi, “Állatkínzás jelene és jövője” (“The Present and Future of Animal Torture”), *Debreceni Jogi Műhely*, 2/2010 (1 April 2010) year VII, number 2, 1-7

<sup>25</sup> Hungarian Criminal Code (Btk.) 245. §

<sup>26</sup> Vtv. 56. § (1) paragraph

hunting grounds, hunters are entitled to kill game or conduct activities aimed at killing or capturing game if they are guest hunters or contract hunters.

When describing the perpetrators' behavior, the new Criminal Code eschews the expression "hunting" because it is too narrow and subject to misinterpretation. The law prefers the term "killing and capturing."<sup>27</sup>

The legal definition of poaching considers nature a protected value. Accordingly, game and its habitat, the preservation of wildlife species in their natural condition for future generations, and the rational exploitation of the wildlife stock are all considered societal interests.

The first instance of poaching is committed by a person who carries out activities aimed at killing or capturing an animal on hunting grounds without a license, or carries out such activities as a hunter on unofficial hunting grounds without permission. In this rule, the law punishes "classic poaching" and also makes it a crime to engage in behavior that aims at killing an animal, even if the animal is not actually killed. A person commits the first instance of poaching if he hunts on any kind of hunting grounds without the proper permission or license; in other words, only "non-hunters" may qualify as perpetrators.

The second instance of poaching is committed by a person who kills or captures an animal during a period when hunting of that animal's species is prohibited by law. In this legal configuration, perpetrators may be either licensed or unlicensed hunters.

Hunting outside of the season always qualifies as hunting during a prohibited period. Hunting is prohibited whenever authorities declare a hunting ban in the interest of protecting game and its habitat. The hunting season is the calendar period during the hunting year when hunting of certain species is allowed. A hunting ban may apply differently to various individual animals within a given species. At the same time, a criminal defense can only be invoked for the actual ban on hunting the given animal.

The law forbids certain hunting methods in the interests of gentlemanly hunting, sportsmanship, and wildlife protection. This relates to the third instance of poaching behavior, which applies to people who kill or capture animals using banned hunting equipment or methods, or hunt on game preserves where hunting is forbidden. In the interest of protecting game and its habitat, it is also forbidden to use banned hunting equipment; banned hunting methods; to hunt during prohibited periods; to hunt on game preserves where hunting is prohibited; and to hunt whenever authorities declare a ban. In accordance with interests related to general animal protection, conservation, and sportsmanship, authorities want to restrict hunting equipment to an adequate framework.

---

<sup>27</sup> Péter Polt (ed.), "Új Btk. kommentár. 5. kötet, Különös rész" ("Commentary on the New Criminal Code, Booklet 5, Special Section"), 41

Prohibited hunting equipment includes poison- or explosive-tipped arrows; crossbows; hunting bows and arrows that do not conform with the provisions of the hunting law; firearms equipped with silencers; using grapeshot when hunting for red deer, fallow deer, wild sheep or roe deer; snares, hooks, birdlime and pit traps; and nets that are not selective among animals in their functioning or conditions.

It is also prohibited to capture or kill game using trapping methods or poison listed in European Union regulations.<sup>28</sup>

A person commits the crime of poaching when he conducts activities aimed at killing or capturing an animal – even if he fails to actually bag any game. Previously, such behavior was not punishable.

Currently, the Criminal Code defines the goal of punishment as preventing both the perpetrator and others from committing crimes in the future. “Prevention” means that the punishment must be severe enough to dissuade the perpetrator from committing the crime again. Theoretically, “prevention” achieves its true goal if the punishment alters the perpetrator’s personality to the degree that he becomes a law-abiding citizen. Moreover, “dissuasion” is achieved when the perpetrator does not repeat a crime because he fears punishment. Punishment must also serve the goal of dissuading others from committing crimes. Punishment truly serves the purpose of general prevention when it contributes to the solidification of a positive value system among members of society; failing this, punishment can generate a fear of committing crimes among society’s members.

The Criminal Code’s solution is to threaten people who commit the crime of poaching with three years in prison. At the court’s discretion, a substantially milder punishment may be imposed, such as community service or a fine. When poaching is committed in conjunction with another crime, punishment will be meted out in accordance with the severity of the other crimes.

Punishment may include confiscation of poaching equipment and motor vehicles, banishment from the given territory, revocation of hunting permit, loss of permit to keep firearms, and may also involve responsibility for civil restitution.

The term “aggregate crime” means that the perpetrator is accused of several crimes and all of them are adjudicated in a single court proceeding. Typically, poaching is committed alongside crimes such as animal torture, theft, receipt of stolen goods, money laundering, abuse of firearms or munitions, damage to nature, abuse of harmful items of public consumption, distribution of poor-quality products, violation of waste-management rules, and violation of rules on preventing epidemics.

A perpetrator may be accused of both poaching and theft if he takes the killed or captured animal, since the poaching was successful.

---

<sup>28</sup> See Council regulation 3254/1991/EGK

If a poacher's quarry is protected or specially protected, then the crime of "damage to nature" may be established. This crime must be established if the perpetrator obtains, keeps, distributes, harms, kills, brings into the country, takes out of the country, transports or trades a protected or specially protected animal during the course of hunting or fishing.<sup>29</sup>

Another crime that may be prosecuted alongside poaching is the abuse of firearms or munitions, if the perpetrator carries out his activities using a weapon without a permit.

When organized criminal groups are involved, the income earned through illegal hunting and fishing may be so great that the perpetrators have no choice but to launder the money. This means that the money launderer returns the criminally obtained goods to the legal economy and takes measures to ensure that the police or tax authorities are none the wiser. When illegal income from poaching and fishing is added to the ledgers of a seemingly law-abiding enterprise, it often creates insurmountable competition for businesses that operate in the legal economy. These "entrepreneurs" gain a competitive advantage when they obtain part of their capital from crime.<sup>30</sup>

#### 4. CLOSING THOUGHTS AS THE STRUGGLE BETWEEN LEGAL HUNTERS AND POACHERS CONTINUES ON

Criminological research on poaching in Hungary highlighted the need to change the rules in the Criminal Code in tandem with the changes in the reasons, equipment and methods of poaching, along with changes in the types of people who commit the crime.

I essentially agree with the criminological argument that it is not necessary to stiffen the penalties for poaching, but to increase the likelihood that the poachers will get caught. It is also necessary to raise the inevitability of punishment in order to create an effective deterrent.

In addition to amending the law, it is also important to intensify efforts to expose poaching and to shed light on a greater number of cases. The new Criminal Code that went into force a few years ago in Hungary has already succeeded in raising the number of criminal cases. Previously, a great number of criminal proceedings had to be dismissed due to lack of proof, because it was not possible

---

<sup>29</sup> Hungarian Criminal code 242. §

<sup>30</sup> István László Gál, *Bejelentés vagy feljelentés. A pénzmosás és a terrorizmus finanszírozása elleni küzdelemmel kapcsolatos feladatak és kötelezettségek az új Büntető Törvénykönyv alapján* (*Notification or Denunciation: Tasks and obligations in the struggle against money laundering and terrorism finance under the new Criminal Code*), Penta Unió Education Center, 2013, 5

to prove that the perpetrators had committed theft or attempted theft; however, it was clear that they had been hunting without a permit.

Amending the law to provide stiffer punishments was just the first step in the struggle against poaching. People who handle criminal proceedings lack even the most basic knowledge in relation to crimes against nature. Changing this will increase the number of cases that are successfully brought to light and provide a suitably efficient criminal-law response so that we can preserve the natural world for our descendants to enjoy.

## REFERENCES

- José L. Tella, Fernando Hiraldo, “Illegal and Legal Parrot Trade Shows a Long-Term, Cross-Cultural Preference for the Most Attractive Species Increasing Their Risk of Extinction,” PLOS ONE, September 2014, Volume 9, Issue 9, e107546, 1-10.
- C. Venter (2003), “Organized Crime: A perspective from South Africa,” in J. Albanese, D. Das, & A. Verma (eds.), *Organised crime: World Perspectives*, pp. 379-391, Prentice Hall, Upper Saddle River, NJ
- Greg L. Warchol, Linda L. Zupan, Willie Clack, “Transnational Criminality: An analysis of the illegal wildlife market in Southern Africa,” *International Criminal Justice Review*, Volume 13, 2003, 1-27
- Ruth S. Musgrave, Sara Parker, Miriam Wolok, “The Status Of Poaching In The United States – Are We Protecting Our Wildlife?” *Natural Resources Journal*, Vol. 33, 977 (1993), 977-1014 (p. 1005)
- 1996 LV Hungarian Act on the Protection of Wildlife, Wildlife Management, and Hunting (Vtv.) 40.§
- Sándor Békés, *Vadászetika (Hunting Ethics)*, Mezőgazda Kiadó, Budapest, 2001, 119
- Samrat Mondol, Celia R. Mailand, Samuel K. Wasser, “Male biased sex ratio of poached elephants is negatively related to poaching intensity over time,” *Conserv Genet*, (2014) 15, 1259-1263
- 1996 LIII Law on Protecting Natural Resources
- Tibor Dobos, *A természet, védelme és vadászat (Nature, Its Protection and Hunting)*, Market-Trade, Sopron, 2001, 93-106
- István Heltay (ed.), *Vadászkönyv (Hunting Guide)*, second revised edition, Hubertus Vadkereskedelmi Kft./István Heltay, Budapest, 2000, 49
- Ranee Khooshie Lal Panjabi, “For Trinkets, Tonics, and Terrorism: International wildlife poaching in the twenty-first century,” *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Volume 43, number 1, 2014, 1-92
- Ramsar Convention on internationally significant wetlands, (1971), the Washington Convention on international trade in endangered species (1973), the Bonn Convention on the protection of migratory species (1979), the Bern Convention on the conservation of European wildlife and natural habitats (1979), and the Rio Convention on protecting biodiversity among animal species (1992).

Thirty-Ninth Ordinary Session of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, Resolution 882/1987 on the Importance of shooting for Europe's rural regions.

1998 XXVIII Law on Animal Protection and Decency (Ávt.) 24/B. § (1) paragraph Balázs Elek, *Vaddászok, halászok a büntetőjog hálójában* (*Hunters and Fishermen in the Net of the Law*), hvgorac kiadó, 2015, 76-92

Elizabeth Lunstrum, "Green Militarization: Anti-Poaching Efforts and the Spatial Contours of Kruger National Park," *Annals of the Association of American Geographers*, Volume 104, Issue 4, July 2014, 816-832 <http://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/00045608.2014.912545>, published online on 25 Jun 2014

Michael Watson, "Organised Crime and the Environment: the British Experience," *European Environmental Law Review*, August/September 2005, 207-213

Pál Gera, "Poaching Otters: Why and how are otters being exterminated?" published by the Foundation for Otters, Budapest, 2006, 1-16

Péter Polt (ed.), "Új Btk. kommentár 5. kötet, különös rész" ("Commentary on the New Criminal Code, Booklet 5, Special Section") Nemzeti Köszolgálati és Tankönyvkiadó, Budapest, 2013. Chapter 23; Péter Polt, "A környezet és a természet elleni bűncselekmények" ("Crimes Against the Environment and Nature"), 9, (Article P of Hungary's Fundamental Law)

László Köhalmy, *A környezet védelme a magyar büntetőjogban* (*Environmental Protection in Hungarian Criminal Law*), PhD dissertation, University of Pécs Doctoral School of the Faculty of Law, Pécs, 2010, 106

Supplement to Law I, Crimes Against the Environment and Nature, 2012 C. Law, Chapter XXIII, with preamble by the minister, 1

[http://birosag.hu/sites/default/files/allomanyok/project\\_docs/i.sz\\_jogsabalyi\\_melleklet.pdf](http://birosag.hu/sites/default/files/allomanyok/project_docs/i.sz_jogsabalyi_melleklet.pdf) (accessed on 24 August 2014)

Gergely Bárányi, "Állatkínzás jelene és jövője" ("The Present and Future of Animal Torture"), *Debrecenti Jogi Műhely*, 2/2010 (1 April 2010) year VII, number 2, 1-7

Hungarian Criminal Code (Btk.) 245. §

Péter Polt (ed.), "Új Btk. kommentár. 5. kötet, Különös rész" ("Commentary on the New Criminal Code, Booklet 5, Special Section"), 41

Council regulation 3254/1991/EGK

István László Gál, *Bejelentés vagy feljelentés. A pénzmosás és a terrorizmus finanszírozása elleni küzdelemmel kapcsolatos feladatak és kötelezettségek az új Büntető Törvénykönyv alapján* (*Notification or Denunciation: Tasks and obligations in the struggle against money laundering and terrorism finance under the new Criminal Code*), Penta Unió Education Center, 2013, 5

*Dr Balaž Š. Elek, vanredni profesor  
Univerzitet u Debrecinu  
Pravni fakultet  
elek.balazs@law.unideb.hu*

## **Inkriminalizacija krivolova u Mađarskoj**

**Sažetak:** Na prelazu iz dvadesetog u dvadeset i prvi vek došlo je do izrazito nepovoljnih promena koje se tiču krivolova, kako po pitanju karaktera krivolova, tako i po pitanju sredstava i metoda koje se primenjuju.

U Mađarskoj se dugo nije prepoznala opasnost koju po društvo predstavlja krivолов. Međutim, istraživanja koja su vođena po pitanju krivolova utvrdila su i nadležnim organima skrenula pažnju na opasnosti koje krivолов predstavlja po mađarsko društvo, što je uzrokovalo da se 2012. godine kodifikuju odredbe krivičnog zakona koje se odnose na krivолов. Ranije, naime, krivična dela koja su bila u vezi sa ilegalnim lovom presuđivana su i sankcionisana u okviru drugih zakonskih činjeničnih stanja, kao što su krađa ili zloupotreba vatrenog oružja. Ne treba zaboraviti ni to da se prepoznavanjem opasnosti od klimatskih promena povećao značaj zaštite prirode i životne sredine, što zahteva novi pristup u pri-vredovanju divljači i krivično-pravnom prosuđivanju krivolova.

**Ključne reči:** krivолов, krivični postupak, kažnjavanje, zaštita životne sredine.

Datum prijema rada: 28.01.2019.

*Gábor L. Mélypataki, Ph.D., Assistant Professor  
University of Miskolc  
Faculty of Law  
jogmega@uni-miskolc.hu*

## DEMATERIALISATION OF WORKPLACE IN NON-CLASSICAL LABOUR LAW RELATIONS

**Abstract:** *New atypical forms of employment need to be examined in terms of how they differ from classic labour law. One such significant difference is the location of work. In the case of telework and home office, we usually talk about working at home, which means the privatization of jobs. From here on, application-based work is a further step, which means the full dematerialization of jobs. But the dematerialisation of jobs does not mean that we cannot talk about employment.*

**Keywords:** workplace, employee, gig economy, social security.

### 1. INTRODUCTION

Several new forms of work have been evolving in the framework of social innovation. Digitalization has changed the relationship between employer and employee. This relationship is extended to a third person as well. The employee and the employer are in a contractual relation in the framework of the classical employment relation.<sup>1</sup> The issue of contract rules is a very important question, for example: tasks, salary, working hours. The power of contract roots in the Labour Law Act. This Act defines the legal frameworks and paradigms of classical labour law. The classical forms are built on the stone of social security. The main characters of the standard labour relation are dependence and personality. The relations are alive and real in these forms. The connections are direct. The employer always gives its command in the short.

The connection is close between the employer and the employee in the classical labour relationship. The connection is active and mostly direct and interactive.

---

<sup>1</sup> Paul L. DAVIES, “Efficiency Arguments for the Collective Representation of Workers- A Sketch”, *Autonomy of Labour Law* (eds: , in: Alan Bogg et alia), Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2015, 367.

The employer and the employee are in the same place during the working hours. Closeness is a very important element out of all the other things from labour relationship. The employer can instruct directly and effectively, if it was in the same place as the employee. The definition of the employer is unlimited in the classical labour forms. The dependence of the employees can be assured, if they were close to the employer in place. The employer can have control very easily. The dependant position of the employee is a definition with more levels. This definition has been changed. There is the main character which runs parallelly with the theory of contractual relations in the labour law.<sup>2</sup> Hierarchy and equality are the two main rival definitions, but I mean this conflict just outwardly. The classical labour contract can give enough protection for the employee, and it balances the hierarchical differences, but not in all cases.<sup>3</sup> The labour contracts secure the protection for the employee, but the employee will never be equal. The contract secures the same, but not an equal position.

The effects of digitalisation will be out of balance between the employer and the employee, because the type of connection is asked. *The changes described above signal a profound transformation of the economy. The economy of the last century was dominated by strict work schedules, hierarchies and repetitive tasks: a job meant a permanent contract attaching a worker to a firm.*<sup>4</sup> One of the effects that digitalization of business is likely to produce is the dematerialization of workplace. The disappearance of the classical definition of workplace will change the relation between the social partners. According to Ales: the dematerialization of workplace may occur, because work will be performed on a mobile device and/or because of its “privatization”, in the case of work performed at home on a platform.<sup>5</sup>

## 2. DEMATERIALISATION OF WORKPLACE

The office and the company can be increasingly dematerialised. There is no need for workers to be physically located in the same place when most of the company's operations can take place online. Online communication will be the

---

<sup>2</sup> György Kiss, *A piac és az emberi tényező*, Ballasi Kiadó, Budapest 1995, 142-143.

<sup>3</sup> Valerio De Stefano: *The rise of the «just-in-time workforce»: On-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig-economy»*, Conditions of Work and Employment Series No. 71, INTERNATIONAL LABOUR OFFICE – GENEVA 2016, 3.

<sup>4</sup> Michel Servoz: *The future of work? Work of the future!*in: [https://ec.europa.eu/epsc/sites/epsc/files/ai-report\\_online-version.pdf](https://ec.europa.eu/epsc/sites/epsc/files/ai-report_online-version.pdf), (24. may 2019), 21.

<sup>5</sup> Edoardo Ales, “Protecting Work in the Digital Transformation: Rethinking the Typological Approach in the Intrinsically Triangular Relationship Perspective,” *Working in Digital and Smart Organizations Legal, Economic and Organizational Perspectives on the Digitalization of Labour Relations*, (ed. Ales et. alia.), Palgrave Macmillan, 2018, 13.

primary communication channel. The boss can give the tasks and control them in e-mail, on messenger or video chat as well. The circumstances may be specified flexibly. The first generation of digitalised work was teleworking. The general definition of telework based on all remote works and those which involved the use of ITCs.<sup>6</sup> The definition has two important parts. The first one is distance. The employees work in a different place than a classical workplace. The employees can do their jobs in their own houses. The workplace and the private room are in the same space in the same time. The labour relation is shifted in the way of private law. The employees have more security and more insecurity in their work life. The employee can break out from dependency just a little. Workflow is dependent from the employer, but the activity is independent. The second main element of the definition is the tool of work. Teleworkers do their jobs with ITCs tools. Most jobs may be performed from home by a computer. The results of the work can be sent via e-mail, or on another closed platform. Many people have fast internet access and can work from home. Telework has changed the relation between employers and employees. This law instrument places the employer and the employee to the same level. The employer can control the employee's work just in special frameworks. The distance means not just physical, but interpersonal distance as well.<sup>7</sup> Telework was the first form of digitalised work, but it has kept lots of elements from the classical labour law relations. The construction of this work form was built on duality. The workplace was personalized, but not really dematerialized. In my opinion, what we need to differ is dematerialized and privatised workplace. The privatised workplace fuses with personal space. It is far from the employer, but there is still a standing workplace. The newest forms of the digitalised labour market and jobs were built around some computer applications.

Lots of people do *work on demand via apps*. This is the newest generation of work. We can speak about Uber drivers, mechanics from Taskrabbit, etc. The *work on demand via app* is not bounded to a concrete workplace. The main character of *work on demand via app* is the character of just in time. The possibility of contemplation is low. Everything happens just in time. This connection is extremely flexible, and the changed frameworks are kept. The definition of standard workplace does not fit in this framework. The "where" is not important in this relation, but celerity and accuracy are. One half of the workplaces move into the digital marketplace, and the other half of this one is mobilized. The workers can

---

<sup>6</sup> ITC: Information and communications technologies. I find the definition in. Cath Sullivan: "What's in a name? Definitions and conceptualisations of teleworking and homeworking", *New Technology, Work and Employment* 3/2003, 159"

<sup>7</sup> C. Sulivan 160.; Kevin Daniels, David Lamond, Peter Standen, „Teleworking: Frameworks for Organizational Research”, *Journal of Management Studies* 8/2001, 1161.

do their jobs by a cellular phone or other digital things from everywhere.<sup>8</sup> The new type of the workers is the digital nomads. Exploiting the advantage of their remote employment, they travel the world; in contrast to telecommuter workers of the past decades who used their remote work flexibility to work from home, cut down costs of transportation, avoid office-based distractions and provide childcare-friendly scheduling.<sup>9</sup> The definition of workplace is fragmented from sector to sector.<sup>10</sup> Neither employees nor the companies insisted to the fix workplaces. The companies recognised that the cost will be cheaper, if they don't keep on standard workplaces. The new generations of the employers trust in the digital labour market and flexibility. The level of the protection of the employees is very low in this labour market. The companies try to benefit from this downregulated situation. In my opinion, the fix workplace means not just obligation, but higher protection for the worker. The classical labour law relation was built on the employer-employee duality and the confidential relation. The employer had to assume responsibility for the workers. The juridical dimension of the workplace is that of work environment, which is not necessarily linked to the employers' ownership or availability of the place where the work is performed. The light of the dematerialization and “privatization” of the workplace, every place (even the worker's place) can be looked at as a work environment.<sup>11</sup> The lack of physical workplaces lowers the level of protection. The companies do not reckon employees as service providers, but self-employed persons.<sup>12</sup> The companies said: “I give just the platform and the possibilities where the consumer and the service provider can connect across my application. I don't influence the process of contract between them. I ruled just the minimum standards.”

The workplaces have fissured, and the organisations of the companies has changed. The technical changes brought lots of alternative possibilities.<sup>13</sup> The *work on demand via app* is built on the new form of services market. The direct connection and relation are not needed between the employer and the employees. The task can be assigned by the applications, and the location of the workplace depends on the tasks. This result is not new, because in the classical labour law

---

<sup>8</sup> Hilda Tóth, „A munkafeltételekről való tájékoztatás a nem hagyományos munkavégzési jogviszonyokban”, *MultiScience – XXXIII. microCAD International Multidisciplinary Scientific Conference*, (ed. T. Kékesi), Miskolc 2019, 4.

<sup>9</sup> Beverly Yuen Thompson, “The Digital Nomad Lifestyle: (Remote) Work/Leisure Balance, Privilege, and Constructed Community”, *International Journal of the Sociology of Leisure* 2/2019, 27. (<https://doi.org/10.1007/s41978-018-00030-y>)

<sup>10</sup> V. De Stefano, 30.

<sup>11</sup> E. Ales, 13.

<sup>12</sup> Bernadett Szekeres, ““Reflections on the Employee-Like Persons and on Their (Non-) Regulation in Hungary”, *KMultiScience – XXXIII. microCAD International Multidisciplinary Scientific Conference*, (ed. T. Kékesi) Miskolc 2019, 3.

<sup>13</sup> David Weil, *The Fissured Workplace*, Harvard University Press, Cambridge 2014

relations it was accepted in the framework of travel agent jobs. The travel agents meant a special art of the workers, in their jobs the dematerialisation of the workplace was a special character. Their job was travelling and selling. The dematerialisation is an aftermath in gig economy. Work and job are classical tasks, but the relations and organisation are new. Let's try to analyse the taxi drivers' job. A classical taxi company has a classical organisation with a centre corporate. The drivers belong to this centre. Their workplace is not just the cab, but the centre as well, where they get the instructions and their salary. The primary workplace is the cab, which is personalised and privatised, but the secondary workplace is the centre of the company. This secondary place secures the stability in their labour relation. I think, that is not just illustrated, but personalized. The employees working in gig economy do classical jobs, like a taxi driver, but lacking the secondary workplace, and only the car remains. In this case, the workplace is not just privatised, but dematerialised as well. The position of these employees is similar to self-employed persons.

### 3. THE LEVEL OF PROTECTION IS THE LACK OF WORKPLACE

Workplace means a symbol of the permanent labour law relation and social security. It is an important element of the principle of typical labour law relation. The workplace means stability, and not just in the typical, but in the atypical work forms as well. Stability is not equal with the mass of working hours. The workplace is the field of the basis of the labour law relation. In the workplace the employer and the trade unions could have discussions. The workers could strike in the workplace and fight against the employer. The workplace provided identity for most of the employees' and the employers' as well. The employees work in the workplace and contact with the employer. Will the status of the employees lacking classical workplace stay the same status? We must interpret the definition of the workplace as a wider definition, like in the framework of temporary agency work. The workplace is not the employer's own place. The employer is a temporary-work agency. The temporary work agency should mean any employer who places an employee, with whom it has an employment relationship, under contract to a user enterprise for temporary work supervised by the user enterprise. The user enterprise should mean any employer under whose supervision the worker performs temporary work. The relations between the partners draw a triangle. The temporary work agency is the real employer, that is in contract with the employee. The user enterprise is a pseudo employer that has not contracts with the employee, but the workplace is itself. 'Temporary agency worker' means a worker with a contract of employment or an employment relationship with a temporary-work agency with

a view to being assigned to a user enterprise to work temporarily, where employer's rights are exercised jointly by the temporary-work agency and the user enterprise. The question is how to interpret the term 'workplace' in the agency work scenario. Is it the actual (or the last) place of assignment or the agency's whole sphere of operation? The two different answers lead to two very different levels of protection.<sup>14</sup> The role of employer is doubled in this atypical labour relation. The employee has a contract with the primary employer (temporary work agency), but this employer has not got a physical workplace. We can speak about dematerialised workplace. The secondary employer (user enterprise) has not a contract with the employee but has an own workplace. This workplace supplants to the lack of primary workplace. The temporary work agency and the user enterprise come to understanding the details and circumstances of labour law relations. The primary employer yields ground to the secondary employer. In the *work on demands via app* it is a tripartite relation, like the agency work. The system is similar, but the role of the third party is basically different. The user enterprise is a passive element in this triangle. The consumer is an active partner in the relations of gig economy. The consumer orders the services, for example it calls Uber-taxi. Such an intrinsically trilateral work relationship is not comparable to agency work. The latter, in fact, is triangular in its results, it consists of two intertwined, but separated contracts, both having as specific object the utilization of the worker by a third party not bound by the employment contract that links the worker to the agency.<sup>15</sup> I agree with Ales, who said: "*Digitalization of business may also lead to the dematerialization of the company. This happens with businesses that consist of making available, via app, a virtual market place in which providers and costumers can satisfy their reciprocal interests and needs under the supervision and with the guarantee of the company owning the platform.*"<sup>16</sup>

The consumer gets services, but it will not be the secondary employer of the employee of the *work on demand via app*. We cannot talk about a concrete workplace, since this workplace is independent from the abstract definition in labour law, and because this place of the work will be the place of the actual activity. According to the ILO 198 Recommendation, when it comes to employment, work must be carried out during a specific working hour specified or agreed by the party requesting the work, but a person employed within the gig economy is free to decide when to work. finish.<sup>17</sup> The place of the work is defined by the employer

---

<sup>14</sup> Gábor Kártyás, "Flexible separation – Termination of the employment contract in agency work", *Hungarian Labour Law E-Journal*, 2015/2, 17

<sup>15</sup> E. Ales (2018):16.

<sup>16</sup> E. Ales *ibid.*16.

<sup>17</sup> Ildikó Rácz, „A sharing economy munkajogi kihívásai, különös tekintettel az überizált munkaerőre” *Doktori Műhelytanulmányok*, Budapest 2017, 277.

in the typical labour law relation (the concrete and abstract workplace).<sup>18</sup> The workplace is defined by the employee in the newest digitalised working forms.

This situation is a tripartit relation, but it is a service contract between the consumer and the company. The consumer bought the services (fast food, taxi drive), but not the workforce of the employee. The third partner bought workforce from the company in the agency work. The third partner supplants the primary employer. The level of social security hardly decreases, because the main character of these labour relations stands permanent. The protection of the labour contract is similar to the same in a typical labour contract. The basis of the definitions has not changed. In the new forms of work the basis of the definitions is precarious. The main question is whether the person, who provides us the service is an employee or not? I order the service, and he/she performs this one. We communicated with an app. It seems that I and he/she have made a service contract, but the company, who is the owner of the platform, is a partner as well. The most important question is not the relation between us, but between them. The platform owners assert their passive activity. They serve the platform and the marketplace. The active roles are played by the consumer and the “employee”. I use the definitions of employee, because the companies prescribe similar circumstances as in the normal labour relation, but they don’t provide similar protection and security. Most companies negate the possibilities of the labour relation in the framework of gig economy. The level of protection is very low. All risks are beard by the employee.

The digitalised work forms are not permanent work forms. The employee can choose the adequate period in its timeline. The *work on demand via app* is a form of just in time work. The employee can make his decisions free. But there is a cost of this freedom. The classical social security cannot be secured for the employee. One advantage is flexibility which is excessively important in the present situation of the labour market. It should be added that flexibility itself is not enough. Innovation will only be complete in these legal relationships if security gets a role in the relations. Here, security primarily means the security of the employee. Namely, the new solutions in labour law mean affairs moved toward civil law. We are just referring to it, and it will be explained in details later that all innovations have losers who are needed to be compensated at least. In the case of new flexible employment forms, it should always be considered in the background of the innovation that the employee should always be able to exercise his rights properly, so the person can enforce the security rules as well.<sup>19</sup> In certain

<sup>18</sup> ILO R198 13 a,

<sup>19</sup> Nóra Jakab, „Gondolatok a rugalmasság és biztonság egyensúlyáról Prugberger Tamás 80. születésnapja alkalmából”, *Miskolci Jogi Szemle* 2/2017 special issue, 214.; Dávid Adrián Máté, „A munkaidő szervezése és a munkamorál összefüggései”, *Miskolci Jogtudó* 1/2018, 3.; Nóra Jakab, „Systematic thinking on employee status, *Lex et Scientia* 2018/2.; Nóra Jakab, Bernadett Szekeres, „A személyi és/vagy gazdasági függésben munkavégzőkre vonatkozó felelősségi szabályok a

cases, work like this can provide higher earning opportunities for the service provider party. But some fortune is also needed which is the privilege of only a few. Very low wages are the characteristics of these working forms. Financially, the so-called digital nomads working in this field are extremely vulnerable.<sup>20</sup> Digital platforms often function as candy shops. This latter is in connection with that the operator can count only with low costs.

There is another problem originating from casual work. Irregular income makes it hard to become a whole member of the risk community from which the benefits and different health care benefits are given. But if we analyse the situation of these employees not just in a short, but in a longer term, it also does not hold out too many good things. Even because life-end benefits are supply forms bound to earlier insurance time. Although, as an entrepreneur or a self-employed person, the examined persons belong to the insured category, but because of the irregularity of the income and the serial casual jobs it seems to be impossible to gain entitlement to such benefits as pension. It is more possible to gain entitlement to benefits bound to shorter earlier term, but if social security systems do not follow the changes, it will cause enormous gaps.

#### 4. THE WORKPLACE AND THE CLASSICAL RESULTS

I wrote that I think about a service provider as an employee of a company. The Court of the European Union says that Uber drivers are employees.<sup>21</sup> The most famous global company is the group of Uber which deals with passenger transport in an organized way. All so that, the officially registered activity of the company is IT service provider. The company tries to open this contradiction with the general argument that it only provides the surface for the parties to find each other. In my opinion, we can use the principle *per analogiam* for most cases. If we talk about labour relation between the company and the service provider (employee), the employer would define the place of the work activity. The international and the domestic rules are obliged to the employer. The workplace of the employee should be defined in the employment contract. Failing this, the place where work is normally carried out should be considered as the workplace. The

---

német és magyar jogban”, *Publicationes Universitatis Miskolciensis Series Juridica et Politica* XXXV/2017, 266-284.

<sup>20</sup> See it in more details through case studies in: Beverly Yuen Thompson, “Digital Nomads: Employment in the online gig economy”, *GLOCALISM – Journal of the culture, politics and innovations*, 1/2018, 13.

<sup>21</sup> About the case: Tamás Gyulavári, “Az Európai Bíróság és a gordiuszi csomó: az Uber applikáció vagy taxitársaság?” *Munkajog* 3/2018, 8-12.); Jermias Prassl, “Uber: the Future of Work... Or Just Another Taxi Company?”, in: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2017/05/uber-future-work...or-just-another-taxi-company>, (2018. 09. 23.)

second possibility is based on the principle of civil service. The workplace is a place where the employee provides the service. This place is usually in the private zone of the employee, and in many cases, it is similar to the tool of the labour law relations. The situations of the employees will be similar to a postman or a travel agent. The workplace is the place, where the employee and the consumer contact at the first time. The workplace of the employee should be defined in the employment contract. Failing this, the place where work is normally carried out should be considered as the workplace. The content of the definition of the workplace has been changed by digitalisation. The companies try to give less security in the framework of the new form of works, because they lack workplace. The limits between the entrepreneur and the employee grow dim. Numerous workplaces transfer in the digital networks and on the internet. But the difference between the relationships is not in the workplace. The basis of the difference is equality. The designation of workplace is the main interest of the employer as well. The demand for the employer's control makes the designation of the workplace necessary.<sup>22</sup> In my view, determining the workplace in the same way as the employer 's place of establishment does not mean that the employer can only instruct the employee to work there, as this would be contrary to the purpose of the employment relationship. For example, in the case of a driver, it may be assumed that, at the time of the conclusion of the contract, neither of the contracting parties thought that the employee would perform his duties only at the employer's premises.<sup>23</sup> The main difference nearby equality is the location. Who defines the location of the workplace? Dematerialisation is just the first step. We speak about working without classical workplace. The workplace is the place, where the employee spends his working hours with work. In the new form of the work the workplace is the same as the work tool (for example: a car). But workplace is a geographical definition as well, it is the place (thinking of geography) where he does a job with the working tool under the employer's direct or indirect control. The workplace can be a city, a country, but a room of a flat as well. The most important question is, who will determine the workplace?

## 5. CONCLUSION

The application can define the location of the service area. The program can recognise the place of the service provider's/ employee's log in. The application defines the area about where is the job. It isn't necessary for workplace to be an element of the contract. The company can designate the workplace without this

<sup>22</sup> Lajos PÁL, „A szerződéses munkahely meghatározása – a „home office” és a távmunka”, *Munkajog* 2/2018, 56-59.

<sup>23</sup> L. PÁL, *ibid.* 56-59.

element of the contract. The employee and the employer define the place of service together. The employer can follow the activity of the employee during the working time. It can instruct and control the employee. The dematerialisation of the workplace does not mean the defect of labour relation. It is a less protected relation, but a labour relation. The workplace can be defined in the framework of working relation in gig economy. This is a flexible situation with less protection. The employee is separated from the collective law instruments of labour law. The employee stays alone in this relation without legal background. The ability of employee's interest vindication is on the minimum level.

The task of the legislator is confirming the protection of the employee. The employee works in the framework of *ex lege* situation without stability. The workplace is a sign of permanency and stability. It means higher level of labour law protection, because it belongs to the classical model. The Labour Law Act regulates the classical form of work. The legislator cannot follow the process of social innovation, and the new forms of work are usually out of legal area. Dematerialisation of workplace is a plight, a main character of the gig economy's labour relation, but does not mean that this employee is not equal with other employees.

## REFERENCES

- Bernadett Szekeres, “Reflections on the Employee-Like Persons and on Their (Non-) Regulation in Hungary”, KMutiScience – XXXIII. microCAD International Multidisciplinary Scientific Conference, (ed. T. Kékesi) Miskolc 2019. 3.
- Beverly Yuen Thompson, “Digital Nomads: Employment in the online gig economy”, GLOCALISM – Journal of the culture, politics and innovations, 1/2018, 13.
- Beverly Yuen Thompson, “The Digital Nomad Lifestyle: (Remote) Work/Leisure Balance, Privilege, and Constructed Community”, International Journal of the Sociology of Leisure 2/2019, 27. (<https://doi.org/10.1007/s41978-018-00030-y>)
- Cath Sullivan: “What's in a name? Definitions and conceptualisations of teleworking and homeworking”, New Technology, Work and Employment 3/2003, 159”
- Dávid Adrián Máté, “A munkaidő szervezése és a munkamorál összefüggései”, Miskolci Jogtudó 1/2018, 3.
- David Weil, The Fissured Workplace, Harvard University Press, Cambridge 2014
- Edoardo Ales, “Protecting Work in the Digital Transformation: Rethinking the Typological Approach in the Intrinsically Triangular Relationship Perspective, “Working in Digital and Smart Organizations Legal, Economic and Organizational Perspectives on the Digitalization of Labour Relations, (ed. Ales et. alia.); Palgrave Macmillan, 2018, 13.
- Gábor Kártyás, “Flexible separation – Termination of the employment contract in agency work”, Hungarian Labour Law E-Journal, 2015/2, 17
- György Kiss, A piac és az emberi tényező, Ballasi Kiadó, Budapest 1995, 142-143.

- Hilda Tóth, "A munkafeltételekről való tájékoztatás a nem hagyományos munkavégzési jogviszonyokban", MultiScience – XXXIII. microCAD International Multi-disciplinary Scientific Conference, (ed. T. Kékesi), Miskolc 2019, 4.
- Ildikó Rácz, "A sharing economy munkajogi kihívásai, különös tekintettel az uberizált munkaerőre" Doktori Műhelytanulmányok, Budapest 2017, 277.
- ILO R198 13 a,
- Jermias Prassl, "Uber: the Future of Work... Or Just Another Taxi Company?", in: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2017/05/uber-future-work...-or-just-another-taxi-company>, (2018. 09. 23.)
- Kevin Daniels, David Lamond, Peter Standen, "Teleworking: Frameworks for Organizational Research", Journal of Management Studies 8/2001, 1161.
- Lajos PÁL, "A szerződéses munkahely meghatározása – a „home office” és a távmunka", Munkajog 2/2018, 56-59.
- Michel Servoz: The future of work? Work of the future! in: [https://ec.europa.eu/epsc/sites/epsc/files/ai-report\\_online-version.pdf](https://ec.europa.eu/epsc/sites/epsc/files/ai-report_online-version.pdf), (24. may 2019), 21.
- Nóra Jakab, "Gondolatok a rugalmasság és biztonság egyensúlyáról Prugberger Tamás 80. születésnapja alkalmából", Miskolci Jogi Szemle 2/2017 special issue, 214.
- Nóra Jakab, "Systematic thinking on employee status, Lex et Scienzia 2018/2.
- Nóra Jakab, Bernadett Szekeres, "A személyi és/vagy gazdasági függésben munkavégzőkre vonatkozó felelősségi szabályok a német és magyar jogban", Publicationes Universitatis Miskolciensis Series Juridica et Politica XXXV/2017, 266-284.
- Paul L. DAVIES, "Efficiency Arguments for the Collective Representation of Workers- A Sketch", Authonomy of Labour Law (eds: , in: Alan Bogg et alia):, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2015, 367.
- Tamás Gyulavári, "Az Európai Bíróság és a gordiuszi csomó: az Uber applikáció vagy taxitársaság?" Munkajog 3/2018, 8-12.;)
- Valerio De Stefano: The rise of the «just-in-time workforce»: On-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig-economy», Conditions of Work and Employment Series No. 71, INTERNATIONAL LABOUR OFFICE – GENEVA 2016, 3.

*Dr Gabor L. Meljputaki, docent  
Univerzitet u Miškolcu  
Pravni fakultet  
jogmega@uni-miskolc.hu*

## **Dematerijalizacija mesta rada u novim atipičnim oblicima vršenja rada**

**Sažetak:** Nove atipične forme radnog angažovanja moraju biti sagledane kroz uporednu prizmu sa klasičnim radnim odnosom. U toj prizmi, jedna od bitnih razlika prisutna je u pogledu mesta gde se obavlja rad. Klasični radni odnos podrazumeva da se rad vrši u poslovnim prostorijama poslodavca. Jedna od karakteristika procesa fleksibilizacije radnih odnosa dovela je do novog oblika atipičnog rada koji se manifestovao u okolnosti da zaposleni vrši rad od kuće. Ipak, u savremenom procesu digitalizacije, rad preko platformi, odnosno aplikacija, dovodi do potpune novine kada je u pitanju mesto rada – reč je o takozvanoj dematerijalizaciji mesta rada.

**Ključne reči:** mesto rada, zaposleni, gig ekonomija, socijalna sigurnost.

Datum prijema rada: 08.07.2019.

Máté J. Julesz, Ph.D., *Scientific Researcher*  
*University of Szeged*  
*Medical Faculty*  
*Institute for Forensic Medicine*  
*mate.julesz@freemail.hu*

## TENDENCIES IN MEDICAL NEGLIGENCE, WITH SPECIAL REFERENCE TO HUNGARY

**Abstract:** *Medical negligence has long been in the focus of legal research in most countries. In some countries, the negligence standard has been replaced by the avoidability standard, the latter leading to a no-fault system. Nonetheless, most legal systems apply the negligence standard. In my opinion, the negligence standard should be sustained because, despite the undoubted advantages of the no-fault system, the 'good old law' on medical negligence promotes greater legal certainty and patient safety. Criminal medical negligence differs from civil medical negligence as regards onus, as well as in other ways. In the UK, many lawyers and physicians have protested against the legal practice of gross negligence manslaughter, an effort which may also serve as an example for other countries. In most continental European countries, the enforcement of a foreign punitive damages judgment would run counter to the ordre public; however, in some countries, such as in France and Hungary, a punitive damages judgment might be enforced.*

**Keywords:** *civil medical negligence, Hungary, punitive damages, compensatory damages, defensive medicine, criminal medical negligence, the right to a cheap judicial procedure.*

### 1. HISTORICAL BACKGROUND

The type of medical negligence cases we know today first emerged in the nineteenth century all over the developed world. Of course, there were countries, such as the USA, where a reliable case law had developed in this area by the mid-nineteenth century. In other countries, such as Canada, medical negligence cases first appeared at the end of the nineteenth century. In Europe, the beginning of

medical negligence case law dates back to the second half of the nineteenth century. Brown writes as follows: 'As the number of doctors increased in Canada, some physicians may have encouraged negligence suits against their competitors.'<sup>1</sup> This might have been an important factor in Europe as well.

Medical negligence cases could seriously damage the reputation of physicians. Therefore, physicians opposed the development of medical negligence case law. In the end, the reluctance of physicians could not stop lawyers and unsatisfied patients from bringing physicians to court. The nineteenth century marked the beginning of the long-lasting development of medical negligence case law and legislation. Usually, legislation on medical negligence has followed case law and not the reverse. There were also medical malpractice cases before the nineteenth century, but they had little to do with present-day' medical malpractice case law.

## 2. THE NEW TENDENCY TOWARD DEFENSIVE MEDICINE

As Berlin wrote in 2017, in the USA, lawsuits against medical practitioners were, in the beginning, based on errors of commission (i.e., the physician did something wrong, such as prescribing the wrong drugs), which were, from the mid-twentieth century, replaced by errors of omission (i.e., the physician failed to do something, such as making a proper diagnosis).<sup>2</sup> This led to present-day' defensive medicine, and not only in the USA. Defensive medicine has changed medical and legal practice a great deal in all countries. Nowadays, medical experts, as well as lawyers, focus on whether there was an error of omission or not. This case law has led to many expensive and futile medical examinations to protect healthcare providers. The consideration of errors of omission cannot be rejected outright because medical negligence may be caused by an error of omission, and an omission might lead to more serious consequences than, in some cases, an error of commission. However, a just equilibrium is to be sustained to address the real problem. If an error of omission results in serious health consequences, it seems normal to establish civil law liability and, if necessary, criminal law liability as well. It is only partly the act of the author of the damage that counts; the consequences affecting the patient also play an important role when establishing the healthcare provider's liability. Thus, a missing diagnosis that would otherwise have saved the life or health of the patient might be detrimental to the patient, and the healthcare provider's liability should be established when really necessary. The only point is that the case law should not push medical negligence cases to

---

<sup>1</sup> R.B. Brown, Canada's first malpractice crisis: medical negligence in the late nineteenth century, *Osgoode Hall Law Journal*, 3/2017, 777-804.

<sup>2</sup> L. Berlin, Medical errors, malpractice, and defensive medicine: an ill-fated triad, *Diagnosis*, 3/2017, 133-139.

wards an absolute liability that would not leave room for exculpation of the doctor. Objective liability, when giving the healthcare provider a real opportunity of exculpation, might be accepted on condition that it is not the healthcare provider who ultimately covers the damages, but the state budget. In most European countries, objective liability is reserved to counterbalance a high risk imposed on the injured party by a dangerous activity.

Healthcare providers should be protected by legislative measures; however, the social attitude towards them also counts. In market democracies, legislative measures are initiated by legislators elected by members of the society. The more people have the right to vote, the more legitimacy is granted to legislative measures. The social attitude towards physicians and nurses is reflected by a certain need for the objectivization of medical negligence. Patients expect more attention and a higher level of healthcare for their money, which leads to high level requirements. From time to time, these high level requirements emerge in case law. Nevertheless, legislators should not place a greater burden on healthcare providers by objectivating their liability because that is where defensive medicine stems from.

### 3. THE EMERGING NEED FOR PUNITIVE DAMAGES

The Hungarian Civil Code, which came into effect on 15th January 2014, introduced the legal institution of punitive damages into Hungarian civil law. In practice, this means that after an assessment of economic damages, non-economic damages are also assessed and this latter sort of damages may be augmented by a punitive factor. Non-economic damages can be augmented according to the level of culpability of the author of the damage, the severity and repetitiveness of the damaging act, and the effect of the damaging act on both the injured party and relatives.

This sort of punitive damages differs greatly from punitive damages applied in the UK and in the USA. In those countries, compensatory damages are assessed first: i.e., the economic and non-economic damages. Then, the judge may impose punitive damages on the author of the damage according to the level of culpability of that party. Since, in most continental European countries, punishment under civil law runs counter to the *ordre public*, when it comes to enforcement of a USA judgment. For example, in Germany, a request to enforce compensatory damages is accepted, while a request to enforce punitive damages is rejected. In Hungary, both sorts of damages may be enforced. However, this is a new phenomenon in Hungary, with little case law. Hungarian courts are still keen on delimiting the application of non-economic damages combined with punitive damages. The problem of the enforcement of judgments on punitive damages in Europe gives rise to various solutions in the jurisprudence of various European

countries. When it came to enforcing a judgment in France on punitive damages awarded in Schlenzka & Langhorne *versus* Fountaine Pajot S.A. case in the USA, the French *Cour de Cassation* found that merely the legal institution of punitive damages was not contrary to the French *ordre public* but the punitive damages should not be disproportionate.<sup>3</sup> This way of legal thinking on punitive damages is a possible solution to the dilemma of whether to enforce punitive damages in continental Europe or not. Nevertheless, it remains a judicial problem to decide when punitive damages awarded in the USA should be considered as not disproportionate, and thus as enforceable. Legal certainty largely depends on the predictability of the judicial outcome. Calandrillo argued that 'the Supreme Court must drastically revise its approach to punitive damages jurisprudence: such awards should not be arbitrarily based on a gut reaction to how reprehensibly we feel a defendant acted.'<sup>4</sup>

In Hungary, *sub judice*, the claimant does not have to assess the amount of the non-economic damage suffered. The mere breach of the person's right (e.g. the right to health, privacy, reputation, non-discrimination and/or data protection) leaves room for non-economic damages augmented by a punitive factor. In Hungary, it is only economic damage that is to be expressed in a pecuniary way. This gives freedom to the judge when it comes to assessing non-economic damages, although, this liberty should be limited by case law. Case law orientates judges with a non-legislated tariff that lower courts always respect. Since punitive damages are still a new phenomenon in Hungary, judges have been, up to now, almost free to determine the civil law punishment of the author of the unlawful act. In Hungary, there is no cap on punitive damages, unlike in many (but not all) USA member states. In the USA, there is an increasing number of states legislating a cap on punitive damages. For instance, in Texas, punitive damages cannot exceed two times the sum of economic damages plus one time the sum of non-economic damages. If there are no compensatory damages, punitive damages cannot exceed 200 000 USD. In the USA, the due process clauses in the Fifth and Fourteenth Amendments to the Constitution are often cited as sources of law making it necessary to put a cap to punitive damages. This is by and large a matter of substantive due process. Nowadays, the principle of substantive due process is experiencing a Renaissance in Hungarian law, making imitation of the American legal reasoning possible. In Hungarian jurisprudence, indemnity for non-economic damage, augmented by the punitive factor, could be astronomical, although, this is not the case. Hungarian courts tend to avoid disproportionate punitive damages. This was not so in the USA before the introduction of caps, which deterred Ger-

---

<sup>3</sup> B.W. Janke, F.X. Licari, Enforcing punitive damage awards in France after Fountaine Pajot, *American Journal of Comparative Law*, 3/2012, 775-804.

<sup>4</sup> S.P. Calandrillo, Penalizing punitive damages: why the Supreme Court needs a lesson in law and economics, *George Washington Law Review*, 4/2010, 774-821.

man, Spanish and most other European legislators from introducing punitive damages into their national civil law. Nevertheless, there has always been some punitive factor in these European countries' indemnity systems. This punitive factor has never been recognized as punitive damages. It has been called the liberty of the judge to assess the amount of damages. In continental European countries, punishment is the task of public law; however, it seems unavoidable that civil law judges may punish the violator of the person's rights somewhat. This latent jurisprudence led Hungarian legislators to make this phenomenon legal and visible. Hungarian law may thus serve as an area of legal experimentation for Germany, Spain and other countries. If the Hungarian kind of punitive damages functions properly, it may open the door to legalize punishment under civil law in other countries alike. We have to wait years (maybe decades) until a solid Hungarian case law is developed in this field.

In 2018, Hoversten pointed out that: 'Modern American punitive damages serve not to compensate the plaintiff but to punish the defendant on behalf of the whole community. Therefore, when courts rely on foreign substantive law to impose punitive damages, they arguably violate the well-established principle that no court applies the penal laws of another sovereign.'<sup>5</sup> Considering the penal conception of punitive damages, it should be noted that, in the Hungarian legal system, punitive damages must not be awarded in an adhesive procedure because punitive damages are based neither on damage nor on loss pecuniarily assessed in the preceding criminal procedure. A civil procedure is to be initiated by the victim, if punitive damages are also requested.

Punitive damages serve a double preventive function:

- to prevent the author of the damage from reiterating their unlawful act, and
- to prevent other people from the imitation of the unlawful act.

This double preventive function is rooted in criminal prevention and restores the original function of delictual liability. *Delictum* not only concerns causing damage; it is also a matter of how the unlawful act was committed. The level of culpability (from negligence to intention) is also to be taken into consideration by the court. This return to the original functioning of delictual liability provides a legal instrument for the courts when, besides restorative justice, a social and judicial need for retributive justice also arises.

The emerging need for punitive damages does not necessitate a thorough change in the national legal system. The immanence of the legal institution of punitive damages in the indemnity system is not truly something new. In Hungarian law, punitive damages are largely applied when a patient's right to health is violated; to the extent that even in those cases in which neither economic nor

---

<sup>5</sup> P.A. Hoversten, Punishment but not a penalty? Punitive damages are impermissible under foreign substantive law, *Michigan Law Review*, 5/2018, 759-784.

non-economic damage arises. However, Hungarian courts tend to apply the principle of *de minimis non curat praetor*, when the violation of the patient's right to health neither caused damage nor was in any way detrimental to the patient. The aim is to eliminate cases in which patients merely aim to obtain money, although, they have suffered no palpable injustice.

The no-fault systems of Sweden, Denmark and New Zealand stress the compensatory function of the damages and neglect punitive damages. In this well-functioning way of considering medical malpractice, the first aim is to compensate the injured patient. It is not important to punish the healthcare provider because the no-fault system is, most of all, in favour of restorative justice and not retributive justice. In this no-fault system, there is an avoidability standard instead of negligence standard. The avoidability standard means that the patient would not have suffered injury if the best practitioner had provided the healthcare.<sup>6</sup> According to a recent article published in *Health Policy*, the health expenditures were reduced by 0.11% *per capita* in OECD countries with a no-fault system when deterrence and compensation were decoupled. However, OECD countries with a no-fault system but without decoupling deterrence and compensation had higher health expenditures.<sup>7</sup> In 2012, Australian authors, inspired by the possible introduction of a no-fault system, analysed this type of medical malpractice system and found that it is fairer, quicker and less costly and that it ensures patient safety.<sup>8</sup> In her article published in the *Tort Law Review*, Popa also proposed the introduction of a New Zealand type of no-fault system into Australian medical law.<sup>9</sup> In New Zealand, the no-fault system had already been introduced in 2005, and, in the first four years, 83% percent of the claims concerning primary care treatment injuries were minor ones.<sup>10</sup> An overwhelming number of minor claims that are almost automatically accepted are in favour of the patients, but, in the long run, it might be detrimental to the health law system. On the one hand, it is true that patient safety should be paramount, but, on the other hand, no money should be spent on frivolous claims. I believe that there is a positive side-effect of the negligence standard which should be sustained. Since only a small number of countries can afford a no-fault system, medical malpractice will long remain based on the standard of medical negligence in the majority of the world's legal systems.

---

<sup>6</sup> A.B. Kachalia, M.M. Mello, T.A. Brennan et al, Beyond negligence: avoidability and medical injury compensation, *Social Science & Medicine*, 2/2008, 387-402.

<sup>7</sup> T. Vandersteegen, W. Marneffe, I. Cleemput et al., The impact of no-fault compensation on healthcare expenditures: an empirical study of OECD countries, *Health Policy*, 3/2015, 367-374.

<sup>8</sup> D. Weisbrot, K.J. Breen, A no-fault compensation system for medical injury is long overdue, *Medical Journal of Australia*, 5/2012, 296-298.

<sup>9</sup> T. Popa, Practitioner perspectives on continuing legal challenges in mental harm and medical negligence: Time for a no-fault approach? *Tort Law Review*, 1/2017, 19-36.

<sup>10</sup> K. Wallis, S. Dovey, No-fault compensation for treatment injury in New-Zealand, *BMJ Quality & Safety*, 7/2011, 587-591.

In most countries, there is no medical liability without negligence. The mere breach of the duty of care, if not done at least negligently, is not sufficient to establish the liability of the healthcare provider.

#### 4. CRIMINAL MEDICAL NEGLIGENCE

In a criminal law case, negligence must be proven by the prosecutor, while, in a civil law case, negligence is presumed and it is the healthcare provider who must prove the lack of it (exculpation). Negligence in criminal law is based on what was expected of the accused physician, while negligence in civil law is based on a standard level that could have been reached by other physicians. Criminal law negligence (*mens rea*) is not presumed: besides the guilty act, *mens rea* must also be proven by the prosecutor. For example, criminal liability for gross negligence manslaughter can be established on condition that the prosecutor proves the gross negligence of the physician.

In the UK in 2015, Dr Bawa-Garba was sentenced for gross negligence manslaughter because a six-year-old child had died partly due to the doctor's medical negligence. Since understaffing that day played a huge role in the death of the child, many physicians and lawyers found the judgment unjust. In 2019, Samanta et al. saw this as a criminalisation of the doctor and placed the blame on a system failure.<sup>11</sup> When it comes to criminal negligence, the fact that it was not solely the physician's negligence that led to the death of the patient usually excludes the establishment of the physician's criminal liability. In contrast with civil law negligence, when the contribution of the doctor's negligence to the death of the patient finds a certain degree of civil liability on the part of the doctor (or that of the vicariously liable hospital), the criminal liability of the doctor should be established on condition that the death was undoubtedly the result of the doctor's act or omission. In the case of criminal negligence, the hospital cannot be held vicariously liable.

In 2006, Quick has already been of the opinion that the legal institution of gross negligence manslaughter should not be applied to physicians for lack of an objective and fair measurement.<sup>12</sup>

Negligence under civil law is the playground of lawyers. A good lawyer would do anything to prove that the defendant healthcare provider was not even negligent when breaching the duty of care. Since breach of duty is usually indisputable, that is the main task of the healthcare provider's lawyer.

---

<sup>11</sup> A. Samanta, J. Samanta, Gross negligence manslaughter and doctors: ethical concerns following the case of Dr Bawa-Garba, *Journal of Medical Ethics*, 1/2019, 10-14.

<sup>12</sup> O. Quick, Prosecuting 'gross' medical negligence: manslaughter, discretion, and the crown prosecution service, *Journal of Law and Society*, 3/2006, 421-450.

The difference in the burden of proof can be explained by criminal law as a means of punishment and by the civil law as a means of compensation. When, for example, in the case of gross negligence, besides compensatory damages, it also comes to punitive damages, the punitive factor is dependent on whether aggravated negligence on the part of the physician can be proven. In the case of punitive damages, it is the plaintiff's task to prove that the physician's negligence was gross. The aggravated character of medical negligence is not presumed.

## 5. FROM NEGLIGENCE TO INTENTION

Medical negligence supposes that the healthcare provider does not intend to cause injury to the patient, although, the possibility that a physician or a nurse practitioner has intentionally or knowingly harmed the patient cannot be excluded. Injuring the patient voluntarily is both legally and ethically unforgivable. The healthcare provider's task is to help and protect the patient, so voluntarily injuring the patient is seriously punishable not only under criminal law but also under civil law. The possible voluntary way of committing medical malpractice is rare, although, from time to time, it occurs. When malpractice is committed voluntarily, the case is first of all tried before criminal court, and then comes the assessment of the civil liability. When medical malpractice is literally caused by negligence, criminal liability is rarely established: the case is rather about compensatory and punitive damages. When health damage is caused by gross negligence, punitive damages are usually higher than in the case of average medical negligence.

Malpractice cases are brought before a criminal court when there is no other way to prevent the medical or nurse practitioner from repeating their guilty act. An extrajudicial settlement between patient and healthcare provider is often applied. Within the framework of criminal law mediation, the patient obtains money in exchange for not initiating a criminal procedure against the physician. Civil law mediation is a possible way to avoid an expensive, lengthy and otherwise undesired civil procedure. In Hungary, in serious cases of voluntarily injuring the patient, criminal law mediation is not permitted by law.

## 6. MEDICO-LEGAL PRESUMPTIONS

It is rooted in the history of Hungarian medical law that patients must only prove that their health damage came about within a doctor-patient relationship. The mere fact that there was a treatment relationship between physician and patient presupposes that the health damage was caused by the treating doctor. Unlike generally, if the physician's lawyer cannot produce proof (e.g. healthcare

documentation), Hungarian courts tend to presume that the treating physician caused the health damage to the patient. This rebuttable presumption, fortified by the lack of proper healthcare documentation to the detriment of the physician, already existed in the Hungarian justice system in the second half of the nineteenth century, and it has not been changed since. The physician is presumed to have been culpable when causing damage to the patient, though this presumption can be rebutted. The burden of proof is on the physician. So the liability of physicians with regard to patients is sufficiently objective to serve the best interests of the patients, whose defense is otherwise weak. These legal presumptions are historical ones in Hungarian medical law, and they have survived all the changes of the Hungarian legal system. These historical legal presumptions testify to the fact that, by and large, Hungarian medical civil law has not changed in essence for more than a century. It is important to examine the history of Hungarian medical law in depth to find the roots of the administration of justice with regard to medical law. Without an adequate examination of the medico-legal history, including case law from before the Second World War, the functioning of medical law would not be understandable. Thus, we can see the differences and similarities in present-day legislative processes, and judges as well as lawyers can interpret the old-new medical law with a view to preserving good old legal practice. Similarly to the ‘gutes altes Recht’ in the German legal culture, the ‘good old legal practice’ also has a place in the science of legal history. An analysis of legal practice, made possible courtesy of the Hungarian national archives, occupies an increasingly important place in the interpretation and perception of ancient legal norms. Good old law and good old legal practice are mutually inseparable, even in countries where statute law predominates over case law. The dichotomy of statute law and case law starts to lose its importance because statute law correlates with case law, and this correlation ensures legal certainty. In addition to the laws themselves, lawyers have always had the task of knowing judicial practice in depth, and it is knowledge of judicial practice that has made ancient and present-day lawyers useful in the eyes of their clients.

The evolution of Hungarian medical law is concomitant with the evolution of other European types of medical laws. English medical law differs greatly from continental medical law, though English medical law has conveyed many legal principles and legal interpretations to continental medical laws. For instance, the Bolam test (1957) in English medical law<sup>13</sup> is very similar to the Hungarian ‘standard of a responsible body of medical opinion’. All in all, the physician is not considered as having been negligent when causing health damage to the patient if other professionals in the same area of medicine testify in court that they would have acted similarly in a similar situation. This standard sets up a special medical

<sup>13</sup> *Bolam v Friern Hospital Management Committee*. [1957] 1 WLR 582.

level of culpability for physicians, making the exculpation of the physician difficult, but not impossible. It is interesting to see that the institution of English common law noted above resembles a legal institution under Section 77(3) of Hungarian Act CLIV of 1997 on Health. It is not a unique case in both English and Hungarian law. English common law contains a number of legal institutions that fall under statute law on the continent.

## 7. THE RIGHT TO A CHEAP JUDICIAL PROCEDURE

Studdert et al. already stated in 2006 in *The New England Journal of Medicine* that, in the USA, many patients who have suffered injury due to medical negligence do not bring the case to court. Studdert et al. believe that a great deal of money has been spent on 'frivolous claims'.<sup>14</sup> This is true not only in the USA, but also in other countries, including Hungary.

This fact suggests that something is off with the judicial practice in the field of medical negligence. Insurance companies pay a great deal to patients who have time and money to finance a lawsuit, while justice is not served in cases of the less well-off. They remain trapped by the high costs of a civil procedure. In Hungary, according to recent court practice, medical experts' opinions given in a criminal procedure may be taken into consideration in a civil procedure that may follow, which results in a growing number of medical negligence cases started before a criminal court, then followed by a civil procedure. Thus, patients can save money because they do not have to pay for the expert opinion.

Legal procedures are costly, so, in countries where there is a gulf between the rich and the poor, the malfunctioning of the judicial system deters the poor from medical negligence claims, which further enlarges this gulf. Thus, not always, but many times, instead of righteous medical negligence claims, questionable medical negligence cases are tried before court, which does not serve the spirit of the 'rule of law'.

In order to make Article 14 of the International Covenant on Civil and Political Rights a reality, the right to a cheap judicial process ought to be ensured for all. A cheap judicial process is a basic need of all states and societies abiding by the rule of law. The social equilibrium must be maintained not only when legislating but also when applying the enacted laws.

A cheap judicial process should not be tantamount to a legal process of lower quality. A cheap judicial process is acceptable on condition that the quality of the legal practice does not drop.

---

<sup>14</sup> D.M. Studdert, M.M. Mello, A.A. Gawande et al., Claims, errors, and compensation payments in medical malpractice litigation, *The New England Journal of Medicine*, 2006, 354, 2024-2033.

In the USA, as well as in many EU member states, law firms, specialised in medical malpractice lawsuits, make use of advertising on the web and even on hoardings located near hospitals.<sup>15</sup> This advertising practice seems strange from the aspect of Eastern Central European countries, such as Hungary, because, in those countries, law firms rather tend to attract plaintiffs in a more subtle way: e.g. through business and family relationships. In Hungary, patients usually turn to the lawyer proposed by a family member or by a colleague. Law firms also exist in Hungary, but a practice of direct advertising is alien to them; this would rather scare away potential plaintiffs than attract them. However, law firms in Hungary also reach injured patients through the web.

A Western type of medical malpractice advertising might be a step towards a cheap judicial process, if law firms competed with each other in offering their services at a lower price. A cheap judicial process is in the interests of not only the plaintiffs, but also of the law firms. Lowering procedural costs would bring more clients to an increasing number of law firms, which would enable the less well-off to bring their medical malpractice cases before the courts.

## 8. HUMAN LIFE, AS A VALUE, PREVAILS OVER MEDICAL NEGLIGENCE CLAIMS

After astronomical damages have been awarded to plaintiffs for wrongful lives, there is a tendency from the USA to Europe to view 'the utter void of non-existence' as worse than a life with defects. Nowadays, even in Hungary, most wrongful life claims are rejected. That is, the child who has to live with serious health disadvantages due to medical negligence is not entitled to damages. (See civil uniformity decision No. 1/2008 PJE made by the Supreme Court of Hungary!) A new tendency of ruling against wrongful birth claims has also appeared. That is, a mother whose baby's health is damaged during delivery might face a judgment against her claim for damages. In Hungary, according to the decision on principle No. EBH 2015.P.11 issued by the Supreme Court of Hungary, wrongful birth claims made by the parents are accepted by the courts, and some dissenting judgments still occur which also award damages for wrongful life. As Nelson concluded in the Alberta Law Review in 2016, the Canadian jurisprudence also tends to reject wrongful life claims; however, they do not clarify that the problem is that no damages should be awarded to infant plaintiffs for wrongful life. Instead, recent Canadian judgments in this area are based on such justifications as the lack of negligence, etc.<sup>16</sup> The national court practice in this area of law seems uncertain

---

<sup>15</sup> C.W. Ghobadi, O. Gevorgyan, C.E. Bednarski et al., Medical malpractice web advertising, *Issues in Law & Medicine*, 2/2017, 205-212.

<sup>16</sup> E.L. Nelson, Prenatal harm and the duty of care, *Alberta Law Review*, 4/2016, 933-953.

all over the world, thus leaving behind legal uncertainty. Wrongful conception claims are also disputed on ethical and religious grounds. The main rationale is that life cannot be seen as damage.

I believe that wrongful conception, wrongful birth and wrongful life claims constitute partly a legal, partly an ethical problem. From a legal aspect, an economic approach is emphasized. That is, huge damages paid for wrongful life run counter to the interests of both the healthcare provider and the insurance company. The ethical aspect largely involves religious grounds. Axiological plurality requires that the values of those with a different opinion are also to be respected.

In Hungarian law, for example, a child's right to life prevails over a mother's right to die. That is, the mother does not have the right to refuse life-sustaining medical interventions when pregnant and able to give birth to a child. This legal rule, implied in the Hungarian Act on Health, underlines that life, as a value, is paramount. That is, neither the mother's interests in dying nor the child's interests in not being born should predominate over life. When this ethical rule, which is put into a legal rule, is not misused, the predominance of life as a value is acceptable. It is up to medical practice and court practice to properly apply the right to life, particularly when this right runs counter to differing interests.

Usually, medical negligence claims are not viable when the medical activity aims to save the patient's life. In Hungary, the court practice tends to reject a claim for damages when the health damage is caused to save a patient's life. After having survived a near-death situation, there are patients who file a lawsuit against the healthcare provider because of the secondary health damage they have suffered. For example, the patient has to live with an ugly cicatrice that causes discomfort, so the patient claims compensation. It is, of course, not only the Hungarian legal practice that looks on this sort of health damage as lawfully caused. In a near-death situation, the patient's consent to secondary health damage is presumed by the physician and, in most cases, this presumption cannot be rebutted later, in a civil procedure.

## 9. DO NON-PAYING PATIENTS HAVE THE SAME RIGHTS VIS-À-VIS HEALTHCARE PROVIDERS AS THEIR PAYING COUNTERPARTS?

The human rights to life and health are enshrined in the Universal Declaration of Human Rights (UNO, 1948). The right to life falls under Article 3, while the right to health is set down in Article 25. The right to health includes the right to medical care. The right to health of the patient is a right that must be respected by all other people, so no money can be asked from the patient in exchange. This does not mean that the right to medical care is free. Demanding payment from the patient does not run counter to the human rights of the patient. When the patient

pays for medical care, the patient also buys patient's rights vis-à-vis the healthcare provider. In exchange for payment, the patient has the right to demand compensatory and punitive damages if the healthcare provider does not reach the appropriate standard of care.

All in all, by making the right to medical care onerous, it is not just the patient who obtains rights, but obligations are also inflicted on the healthcare provider.

Considering the cases of *Mehmet Sentürk and Bekir Sentürk v Turkey* (2013) and *Asiye Genc v Turkey* (2015)<sup>17</sup>, the European Court of Human Rights regarded the lack of a legal guarantee to access to healthcare in emergency situations as a violation of the right to life (Article 2 of the European Convention on Human Rights). Refusing medical care to poor patients in emergency situations is not only against the human right to health, but it might be contrary to the human right to life.<sup>18</sup> From the aspect of these decisions made by the European Court of Human Rights, the right to health and the right to life coincide. When there is such a coincidence, the right to life overrides the onerous character of the right to medical care, thus making the right to medical care free for even those who cannot pay. The question arises whether poor patients enjoying free medical care have the same rights vis-à-vis healthcare providers as patients who pay for the medical service. I believe that poor patients should have the same rights vis-à-vis healthcare providers and that healthcare providers should have the same obligations vis-à-vis non-paying patients as in case of purchased healthcare services. The social gap filled by the extension of the human right to medical care establishes civil and criminal liabilities in doctor-patient relationships. In a possible medical negligence case, lawsuits involving non-paying poor patients should be considered equally.

In legal practice, it is not permissible to discriminate against the poor; however, in countries with little rule of law, the lawful interests of the poor might be disregarded when colliding with the interests of the better-off. The quality of the rule of law is largely based on those who are entitled to ensure it. Medical negligence cases constitute a field of legal practice that reliably indicates the local level of the rule of law.

In 2017, Castillo et al. wrote as follows: 'Faced with the persistence of huge global health inequalities, the WHO began to reshape itself, leaving behind the notion of health as a human right and imposing the challenge of reducing the wide gap that separates international intergovernmental laws from reality.'<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> *Mehmet Şentürk and Bekir Şentürk v Turkey* (Application No. 13423/09) (2013) 60 EHRR 4; *Asiye Genç v Turquie* (Application No. 24109/07), Judgment of 27 January 2015.

<sup>18</sup> A. Nissen, A right to access to emergency healthcare: the European Court of Human Rights pushes the envelope, *Medical Law Review*, 4/2018, 693-702.

<sup>19</sup> C.H.M. Castillo, V. Garaffa, T. Cunha et al., Access to healthcare as a human right in international policy: critical reflections and contemporary challenges, *Ciencia & Saude Coletiva*, 7/2017, 2151-2160.

A human rights approach to medical negligence is not adopted by all national courts. For example, in Hungary, the human rights to life and health rarely appear in medical negligence cases. Hungarian judges apply civil law instruments, with only a very small number of lawyers citing human rights in medical negligence litigation. This does not necessarily signal a lack of respect for human rights on the part of the national courts. In Hungary, the courts are simply not used to interpreting a medical negligence case by means of human rights because their attention is on the technical aspect of law. However, the rights to life and health are expressed as a person's right by Section 2:43(a) of the Hungarian Civil Code in effect.

## 10. UNMEASURABLE FACTORS IN MEDICAL NEGLIGENCE CASES

Medical negligence cases reflect the present general judicial opinion in this area of law. The law made by judges may ameliorate the local quality of the rule of law, although, judges are not lawmakers. Legislative power is to be separated from judicial power. Judges enjoy the right merely to correct statutes, but never to challenge the original aim and meaning of the text of laws. With due respect to this restriction, the judges possess enormous power socially and economically to reshape the legal environment tied to a socio-economic issue. Medical negligence is a legal topic which is of great significance socio-economically and which concerns a whole society made up of patients and future patients. The judge-made law fills a legal hiatus when interpreting medical law in a case that does not fully fit the rules of the related positive law. When doing so, judges fulfil their task to serve justice; however, this justice is composed of the personal belief of the judge, the *ratio decidendi* of previous judgments in this field and the general opinion expressed by the majority of the local society. These three elements are, also occasionally, amended by various factors, but no legal interpretation is possible without regard to these three basic elements.

Empathy is not statistically measurable; however, a judge's empathy for a patient, who has been a victim of a medical negligence, is widely expected. Without entering into psycho-legal research, it seems broadly understandable that the empathetic character of a judge has a huge impact on the outcome of a lawsuit. This empathy is not necessarily for the patient; in many civil law cases, the physicians find themselves exposed to patients seeking money, or, in criminal law cases, to vengeful patients and relatives. Westaby and Jones argue that empathy plays a large role in making legal practice more effective and the appreciation of ethics and values deeper.<sup>20</sup> A physician's empathy for a patient has a huge role in

---

<sup>20</sup> C. Westaby, E. Jones, Empathy: an essential element of legal practice or 'never the twain shall meet'? *International Journal of the Legal Profession*, 1/2018, 107-124.

avoiding further legal procedures. Many patients, who have suffered medical negligence caused by an otherwise empathetic and polite physician, refrain from lawsuits. This phenomenon may be explained by the legal effect of the mere behaviour of the physician. In contrast, a medical negligence case of little relevance is usually brought to court when the physician behaves impolitely and without empathy. These unmeasurable psycho-legal effects have played an important role in the development of medical negligence case law today.

Unmeasurable factors, such as the behaviour of the medical practitioner towards the patient, have been scrutinized by legal scholars and psychologists in the last few years. It seems clear that the physician's manners count a great deal when it comes to a medical negligence case. Only a small proportion of injured patients insist on suing the vicariously liable hospital when the treating physician has been morally upright. This moral and behavioural correctness can save money for the hospital (and for the insurer). If we compare two healthcare providers, the more attention is paid to the moral and behavioural formation of the physicians and nurses, the fewer damages are to be paid, even if medical negligence occurs in a very similar number in both places.

## 11. INFORMATION AND MEDICAL NEGLIGENCE

A current issue in the area of medical negligence is whether to inform the patient and their relatives or not. According to English law, when the patient's relatives are exposed to a danger posed by the patient's disease, the relatives are to be informed about that danger. The omission of giving information constitutes a breach of duty and thus leads to medical negligence. This is not necessarily the case in Hungary. There health data protection is paramount, and, in most cases, relatives are not entitled to know about the patient's disease. A rarely applied exception is stipulated by Section 7(5) of Act XLVII of 1997 on Health Data Protection, making it possible to request a patient's health data to diagnose a family member's health problem. There are further exceptions when a patient's health data may be conveyed to the authorities. All that is in full accordance with Article 9 of the GDPR. Di Iorio et al. argued in the *Journal of Medical Ethics* in 2014 that the right to privacy overrides the right to health in Europe.<sup>21</sup> This theoretical problem has always existed and has led to a medical practice sometimes in contrast with the written law. When it comes to a patient who poses an imminent risk to their relatives, it is common medical practice to inform the relatives in order to protect them. Otherwise, divulging the patient's health data constitutes a breach

---

<sup>21</sup> C.T. Di Iorio, F. Carinci, J. Oderkirk, Health research and system's governance are at risk: Should the right to data protection override health? *Journal of Medical Ethics*, 7/2014, 488-492.

of the patient's right to health data protection (Section 2:43(e) of the Hungarian Civil Code). Health data are sensitive, and a growing number of medical negligence cases are factually based on a breach of data protection. This is a sign of increasing legal knowledge among patients and also that of the activity of lawyers in the area of medical negligence. Even if a breach of health data protection usually leads to theoretical legal debates, the outcomes of these lawsuits are tangible: damages are paid to the claimant. In Hungary, lawsuits based on a breach of the patient's right to health data protection have recently gained in importance. Previously, the legal institution of medical negligence was preserved for what are seen as more serious legal problems. In practice, the extension of the notion of medical negligence to not only imply cases of bodily harm is a step toward integrating Hungary into the Western European legal culture.

All in all, the Hungarian legal system tends toward protection of the patient's health data, while English law rather supports protection of the patient's relatives. There are pros and cons of both legal tendencies. Health data protection is within a person's rights, which should be respected by all. Only exceptional cases exist that allow the physician to breach that person's right. It is true that a patient's unalienable rights include not only their bodily integrity, but also their sensitive data.

This problem may also be contemplated from another aspect. When it comes to obtaining informed consent of the patient, the patient is supposed to have all necessary information at their disposal to make a decision whether to consent to a medical intervention. However, according to the *ratio decidendi* of the Sidaway case, there are some rare side-effects about which the physician is not obliged to inform the patient, especially when they occur in less than 1% of cases.<sup>22</sup> The recent Montgomery case stated that the patient should be told what they want to know and not what the physician thinks is important.<sup>23</sup>

In Hungary, as in all democratic countries, the patient has the right to give their consent to a medical intervention or not, and, similarly to English law, the patient need not be informed about unlikely side-effects. If a side-effect eventually occurs, the patient usually achieves nothing in suing the healthcare provider. According to Hungarian medical practice, the informed consent is provided in writing, but patients often sign a declaration of consent after receiving no more than a short verbal briefing. In Hungary, the declaration of consent signed by the patient usually contains a long list of possible negative outcomes, and the patient only faces what was in it when bringing the medical negligence case before court.

The patient is entitled to information about their state of health, and the information may only be withheld when it is in the best interests of a psychiatric patient (Section 193 of Act on Health of Hungary). There was a practice during the

---

<sup>22</sup> Sidaway v Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital [1985] AC 871

<sup>23</sup> Montgomery v Lanarkshire Health Board [2015] SC 11 [2015] 1 AC 1430

years of communism in Hungary of not informing the patient of a serious diagnosis in order to spare them (*pia fraus*). This paternalistic approach led to an abuse:

- the patient did not have sufficient time to arrange their affairs before exiting;
- the relatives and authorities were better informed than the patient, a situation which was detrimental to the patient's rights;
- instead of considering the patient as someone with rights and obligations like anyone else, they were exposed to possible pity on the part of the physicians and nurses;
- in the case of medical negligence, the patient had no knowledge of the information required to seek a potential legal remedy.

## 12. DIVERSITY AND UNIFORMITY IN THE MEDICAL NEGLIGENCE LAW

New tendencies in medical negligence concern not only Hungary, but all market democracies. These new tendencies are reflected in jurisprudence; however, legislative processes also mirror the social and economic needs of the population. The well-functioning old tendencies in medical negligence should be sustained and new tendencies, which do not conflict the right path of legal development, should also occupy their place in local legal systems.

On the one hand, it is important to attempt to make the legal practice with regard to medical negligence as uniform as possible in all countries because this would lead to a legal certainty not only at the national level, but also when it comes to transboundary legal cases. On the other hand, the national characteristics of medical negligence cases are part of local legal cultures. To a certain degree, legal cultural diversity is a universal value. This universal value and the need for legal uniformity should thus be balanced.

## REFERENCES

- R.B. Brown, Canada's first malpractice crisis: medical negligence in the late nineteenth century, *Osgoode Hall Law Journal*, 3/2017, 777-804.
- L. Berlin, Medical errors, malpractice, and defensive medicine: an ill-fated triad, *Diagnosis*, 3/2017, 133-139.
- B.W. Janke, F.X. Licari, Enforcing punitive damage awards in France after Fountaine Pajot, *American Journal of Comparative Law*, 3/2012, 775-804.
- S.P. Calandrillo, Penalizing punitive damages: why the Supreme Court needs a lesson in law and economics, *George Washington Law Review*, 4/2010, 774-821.
- P.A. Hoversten, Punishment but not a penalty? Punitive damages are impermissible under foreign substantive law, *Michigan Law Review*, 5/2018, 759-784.

- A.B. Kachalia, M.M. Mello, T.A. Brennan et al, Beyond negligence: avoidability and medical injury compensation, *Social Science & Medicine*, 2/2008, 387-402.
- T. Vandersteegen, W. Marneffe, I. Cleemput et al., The impact of no-fault compensation on healthcare expenditures: an empirical study of OECD countries, *Health Policy*, 3/2015, 367-374.
- D. Weisbrot, K.J. Breen, A no-fault compensation system for medical injury is long overdue, *Medical Journal of Australia*, 5/2012, 296-298.
- T. Popa, Practitioner perspectives on continuing legal challenges in mental harm and medical negligence: Time for a no-fault approach? *Tort Law Review*, 1/2017, 19-36.
- K. Wallis, S. Dovey, No-fault compensation for treatment injury in New-Zealand, *BMJ Quality & Safety*, 7/2011, 587-591.
- A. Samanta, J. Samanta, Gross negligence manslaughter and doctors: ethical concerns following the case of Dr Bawa-Garba, *Journal of Medical Ethics*, 1/2019, 10-14.
- O. Quick, Prosecuting 'gross' medical negligence: manslaughter, discretion, and the crown prosecution service, *Journal of Law and Society*, 3/2006, 421-450.
- Bolam v Friern Hospital Management Committee. [1957] 1 WLR 582.
- D.M. Studdert, M.M. Mello, A.A. Gawande et al., Claims, errors, and compensation payments in medical malpractice litigation, *The New England Journal of Medicine*, 2006, 354, 2024-2033.
- C.W. Ghobadi, O. Gevorgyan, C.E. Bednarski et al., Medical malpractice web advertising, *Issues in Law & Medicine*, 2/2017, 205-212.
- E.L. Nelson, Prenatal harm and the duty of care, *Alberta Law Review*, 4/2016, 933-953.
- Mehmet Şentürk and Bekir Şentürk v Turkey* (Application No. 13423/09) (2013) 60 EHRR 4; *Asiye Genç v Turquie* (Application No. 24109/07), Judgment of 27 January 2015.
- A. Nissen, A right to access to emergency healthcare: the European Court of Human Rights pushes the envelope, *Medical Law Review*, 4/2018, 693-702.
- C.H.M. Castillo, V. Garaffa, T. Cunha et al., Access to healthcare as a human right in international policy: critical reflections and contemporary challenges, *Cien-cia & Saude Coletiva*, 7/2017, 2151-2160.
- C. Westaby, E. Jones, Empathy: an essential element of legal practice or 'never the twain shall meet'? *International Journal of the Legal Profession*, 1/2018, 107-124.
- C.T. Di Iorio, F. Carinci, J. Oderkirk, Health research and system's governance are at risk: Should the right to data protection override health? *Journal of Medical Ethics*, 7/2014, 488-492.
- Sidaway v Board of Governors of the Bethlem Royal Hospital* [1985] AC 871
- Montgomery v Lanarkshire Health Board* [2015] SC 11 [2015] 1 AC 1430

*Dr Mate J. Jules, naučni istraživač  
Univerzitet u Segedinu  
Medicinski fakultet  
Institut za sudska medicinu  
mate.julesz@freemail.hu*

## **Tendencije u oblasti nepažnje medicinskog osoblja, sa posebnim osvrtom na Mađarsku**

**Sažetak:** Nepažnja medicinskog osoblja već je dugo u fokusu pravnih istraživanja u većini zemalja. U nekim zemljama standard nepažnje zamenjen je avoidability standardom, koji vodi ka sistemu odgovornosti bez obzira na krivicu (no-fault system). Ipak, većina pravnih sistema primenjuje standard nepažnje. Prema mom shvatanju, standard nepažnje treba da se održi jer, uprkos nesumnjivim prednostima no-fault sistema, „dobri stari zakon“ o nepažnji medicinskog osoblja promoviše veću pravnu sigurnost i bezbednost pacijenata. Pojam nepažnje medicinskog osoblja u oblasti krivičnog prava razlikuje se od pojma nepažnje medicinskog osoblja u oblasti građanskog prava kako u pogledu tereta dokazivanja, tako i u drugim aspektima. U Velikoj Britaniji, mnogi pravnici i lekari protestuju protiv pravne prakse ubistva usled grube nepažnje, što bi moglo da služi kao primer drugim zemljama. U većini zemalja kontinentalne Evrope, izvršenje strane presude kojom se dosudiće naknada štete koja ima kaznenu funkciju bilo bi u suprotnosti s javnim poretkom; međutim, u nekim zemljama, poput Francuske i Mađarske, ovakva presuda se može izvršiti.

**Ključne reči:** pojam nepažnje medicinskog osoblja u oblasti građanskog prava, Mađarska, naknada štete koja ima za cilj kažnjavanje štetnika, naknada koja ima za cilj otklanjanje štetnih posledica, pojam nepažnje medicinskog osoblja u oblasti krivičnog prava, pravo na jeftin sudski postupak.

Datum prijema rada: 06.03.2019.



# ODELJAK ZA STUDENTE



Σβγιετλана П. Ντραγκοβίτς, υποψηφια διδακτωρ  
Πανεπιστημιο του Νοβι Σαντ  
Νομικη Σχολη του Νοβι Σαντ  
svjetlanadragovic@gmail.com

## ΣΧΕΔΙΟ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΜΑΡΤΥΡΩΝ ΣΤΗ ΒΟΣΝΙΑ – ΕΡΖΕΓΟΒΙΝΗ

**Περίληψη:** Η προστασία των μαρτύρων βάσει Σχεδίου είναι: αστυνομική, σωματική και τεχνική προστασία η οποία προβλέπεται από έναν ειδικό νόμο. Παρέχεται όχι μόνο σε μάρτυρες αλλά και σε κοντινούς τους ανθρώπους (αν και η προστασία μπορεί να περιλαμβάνει και άλλες κατηγορίες προσώπων, όπως για παράδειγμα στη Σερβία, εκτός από τους μάρτυρες και τους συνεργάτες τους, στην προστασία μπορούν επίσης να συμπεριληφθούν ύποπτοι, κατηγορούμενοι, τραυματίες, εμπειρογνόμονες και κοντινά τους πρόσωπα). Η διάρκεια της προστασίας των μαρτύρων βάσει Σχεδίου δεν συνδέεται με την ποινική διαδικασία. Η προστασία αυτή μπορεί να εφαρμοστεί πριν από την έναρξη της ποινικής διαδικασίας, κατά τη διάρκεια της ποινικής διαδικασίας, αλλά και μετά τη νομίμως περατωθείσα ποινική διαδικασία. Η χρήση Σχεδίου αποφασίζεται από ειδικούς φορείς, που δεν σχετίζεται με τις δικαστικές αρχές. Επίσης, οι αρχές εκτέλεσης είναι ειδικές. Αυτά τα μέτρα προστασίας δεν εξυπηρετούν άμεσα τη διεξαγωγή της ποινικής διαδικασίας, παραδίδονται στον μάρτυρα έξω από την αίθουσα του δικαστηρίου τη στιγμή που δεν εκτελεί τη μαρτυρία της κατάθεσης. Σε αντίθεση με τη διαδικαστική προστασία μαρτύρων που δεν έχουν περιορισμούς ως προς τα ποινικά αδικήματα, ή εκτός της διαδικασίας προστασίας των μαρτύρων παρέχεται μόνο για συγκεκριμένα ποινικά αδικήματα.

Το Σχέδιο περί προστασίας μαρτύρων, Βοσνία-Ερζεγοβίνη εισήχθη από το Νόμο περί προστασίας μαρτύρων το 2004. Λόγω του γεγονός ότι ο Νόμος είχε πολλές αδυναμίες, το 2014 εγκρίθηκε ένας νέος Νόμο περί προστασίας μαρτύρων. Ο βασικός λόγος για την έγκριση αυτού του Νόμου πηγάδει από το γεγονός ότι είναι απαραίτητο να δημιουργηθεί ένα αποτελεσματικό σύστημα προστασίας μαρτύρων πριν, κατά τη διάρκεια, και μετά την ποινική διαδικασία προκειμένου να παραβρεθούν μάρτυρες με ελεύθερη και ανοικτή μαρτυρία σε ποινική διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου της Βοσνίας-Ερζεγοβίνης.

**Λέξεις-κλειδιά:** μάρτυρες, προστασία, πρόγραμμα προστασίας μαρτύρων,  
B-E.

## 1. Η ΠΡΟΣΤΑΣΙΑ ΤΩΝ ΜΑΡΤΥΡΩΝ ΣΤΗ ΒΟΣΝΙΑ – ΕΡΖΕΓΟΒΙΝΗ

Το καθήκον της κατάθεσης στη Βοσνία – Ερζεγοβίνη προκύπτει από τις διατάξεις του Κώδικα ποινικής δικονομίας της Βοσνίας – Ερζεγοβίνης (άρθρα 81-91).<sup>1</sup> Η μαρτυρία είναι ένα γενικό καθήκον του πολίτη που περιλαμβάνει την υποχρέωση απάντησης στην προσφυγή της δικαστικής αρχής, την υποχρέωση να καταθέσει και την υποχρέωση να δώσει αληθινή μαρτυρία. Όσον αφορά το δίκαιο, παρόλο που ο συγκεκριμένος Νόμος δεν προβλέπει συγκεκριμένα, στην πράξη, δεν πρέπει να ξεχνάμε ότι ένας μάρτυρας σύμφωνα με το Σύνταγμα έχει δικαίωμα στην αξιοπρέπεια.<sup>2</sup> Αυτό σημαίνει ότι η κατάθεση θα πρέπει να οργανώνεται με τρόπο ώστε να αποφεύγονται αδικαιολόγητες παραβιάσεις των δικαιωμάτων των θυμάτων και των μαρτύρων.<sup>3</sup> Το πρότυπο αυτό έχει καθιερωθεί όχι μόνο από το Σύνταγμα της Βοσνίας – Ερζεγοβίνης αλλά και από διεθνή και ευρωπαϊκά μέσα που έχει υπογράψει και επικυρώσει η Βοσνία – Ερζεγοβίνη. Για να εξασφαλιστεί η αξιοπρέπεια ενός ανθρώπου σε ποινική διαδικασία, πρέπει, μεταξύ άλλων, να παρέχει επαρκή προστασία και υποστήριξη.

Όσον αφορά τη νομοθεσία στη Βοσνία – Ερζεγοβίνη για την αντιμετώπιση του ζητήματος της προστασίας των μαρτύρων, εκτός από τον *Κώδικα Ποινικής Δικονομίας της Βοσνίας-Ερζεγοβίνης*, ο οποίος περιέχει γενικές διατάξεις σχετικά με τη διαδικαστική προστασία όλων που συμμετέχουν στη διαδικασία, συμπεριλαμβανομένων των μαρτύρων<sup>4</sup> και τον *Ποινικό Κώδικα της Βοσνίας-Ερζεγοβίνης*<sup>5</sup>, ο οποίος εξασφαλίζει την ποινική προστασία των μαρτύρων από τους εκφοβισμούς<sup>6</sup>, η οποία στην κατηγορία των ποινικών αδικημάτων κατά του δικα-

<sup>1</sup> Νόμος περί ποινικής δικονομίας της Βοσνίας – Ερζεγοβίνης, ΦΕΚ Β-Ε, αριθ. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76 / 07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09 και 93/09, 72/13 και 65/18.

<sup>2</sup> Το άρθρο II του Συντάγματος της Β-Ε ορίζει ότι όλα τα πρόσωπα, όχι τα εδάφη, της Βοσνίας-Ερζεγοβίνης, θα έχουν μεταξύ άλλων: το δικαίωμα στη ζωή, το δικαίωμα στην ελευθερία και την ασφάλεια, το δικαίωμα στην ελεύθερη κυκλοφορία και διαμονή, το δικαίωμα σε δίκαιη δίκη σε αστικές και ποινικές υποθέσεις και άλλα δικαιώματα σε σχέση με την ποινική διαδικασία, το δικαίωμα να μην υποβάλλονται σε βασανιστήρια ή απάνθρωπες εξευτελιστικές μεταχειρίσεις και τιμωρίες και άλλα.

<sup>3</sup> Βλέπε: Προστασία και υποστήριξη μαρτύρων σε εγκλήματα πολέμου στη Βοσνία – Ερζεγοβίνη, *Έκθεση αποστολής του ΟΑΣΕ*, 2010, 9.

<sup>4</sup> Αυτός ο Νόμος δεν ρυθμίζει τα ζητήματα που σχετίζονται με τον αποκαλούμενο προστατευόμενο μάρτυρα, αλλά προτείνει να εφαρμοστεί ένας ειδικός νόμος σε αυτή την κατηγορία μαρτύρων. Πρόκειται για το Νόμο περί προστασίας μαρτύρων υπό απειλή και ευάλωτων μαρτύρων.

<sup>5</sup> Ποινικός κώδικας της Β-Ε, ΦΕΚ της Β-Ε, αριθ. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10, 47/14, 22/15, 40 / 15 και 35/18.

<sup>6</sup> Βλέπε: Snežana Brkić, „Krivičnopravna zaštita svjedoka od zastrašivanja“, *Πρακτικά της Νομικής Σχολής στο Novi Sad*, 1-2 / 2007, 217-226.

стикоύ σώματος περιέχει αρκετές κατηγορίες για την προστασία μαρτύρων<sup>7</sup> στη Βοσνία-Ερζεγοβίνη υπάρχουν δύο lex specialis νόμοι που αφορούν την προστασία των μαρτύρων, μεταξύ των οποίων: Ο Νόμος περί προστασίας των μαρτύρων υπό απειλή και ευάλωτοι μάρτυρες<sup>8</sup> και ο Νόμος περί σχεδίου προστασίας των μαρτύρων.<sup>9</sup>

Ο Νόμος περί προστασίας μαρτύρων υπό απειλή και ευάλωτοι μάρτυρες ρυθμίζει τη διαδικαστική προστασία μαρτύρων σε ποινικές διαδικασίες που διεξάγονται από την Εισαγγελία της Β-Ε και το Δικαστήριο της Β-Ε για αξιόποινες πράξεις που υπάγονται στη δικαιοδοσία του Δικαστηρίου της Β-Ε.<sup>10</sup> Υπάρχουν δύο κατηγορίες μαρτύρων που προστατεύονται από αυτόν τον νόμο, μάρτυρες υπό απειλή και ευάλωτοι μάρτυρες.<sup>11</sup> Ένας μάρτυρας υπό απειλή είναι μάρτυρας του οποίου η προσωπική ασφάλεια ή η ασφάλεια της οικογένειάς του είναι σε κίνδυνο για τη συμμετοχή του σε εγκληματική διαδικασία, ως αποτέλεσμα της απειλής, φόβου ή παρομοίων πράξεων που σχετίζονται με την κατάθεση του ή ο μάρτυρας, που νομίζει ότι υπάρχει μια λογική βάση για το φόβο που θα προέκυπτε από την τη μαρτυρία του (άρθρο 3, παράγραφος 1). Ο ευάλωτος μάρτυρας είναι μάρτυρας ο οποίος έχει τραυματιστεί σοβαρά σωματικά ή ψυχικά από τις περιστάσεις υπό τις οποίες διαπράχθηκε το ποινικό αδίκημα ή που πάσχει από σοβαρές ψυχικές διαταραχές που τον καθιστούν εξαιρετικά ευάλωτο όπως το παιδί ή έναν νεαρό. (Άρθρο. 3, σελ. 2).<sup>12</sup>

<sup>7</sup> Ποινικό αδίκημα – εμπόδιση αποδεικτικών στοιχείων (άρθρο 236), ποινικό αδίκημα της αποκάλυψης της ταυτότητας του προστατευόμενου μάρτυρα (άρθρο 240) και ποινικό αδίκημα που παρεμποδίζει το έργο της δικαιοσύνης (άρθρο 241).

<sup>8</sup> Νόμος περί προστασίας μαρτύρων υπό απειλή και ευάλωτοι μάρτυρες, *ΦΕΚ Β-Ε*, αριθ. 3/03, 21/03, 61/04 και 55/05.

<sup>9</sup> Νόμος περί σχεδίου προστασίας μαρτύρων στη Βοσνία – Ερζεγοβίνη – ΒΣ ZSZS, *ΦΕΚ Β-Ε*, αρ. 36/14

<sup>10</sup> Ορισμένες από τις διαδικαστικές εγγυήσεις που προβλέπει ο νόμος αυτός είναι: η παροχή ψυχολογικής, κοινωνικής και επαγγελματικής βοήθειας, απόκλιση από τη σειρά με την οποία παρουσιάζονται τα αποδεικτικά στοιχεία στην κύρια δίκη, η δυνατότητα απομάκρυνσης κατηγορούμενου από την αίθουσα του δικαστηρίου, η δυνατότητα ανάγνωσης καταθέσεων των μαρτύρων οι οποίες μπορούν να χρησιμοποιηθούν ως αποδεικτικό στοιχείο στην κύρια ακρόαση, η δυνατότητα μαρτυρίας μέσω τηλεδιάσκεψης ή με άλλων τεχνικών μέσων για τη μετάδοση εικόνων και ήχων χρησιμοποιώντας μια ηλεκτρονική συσκευή για παραμόρφωση φωνής και προσώπου μαρτύρων κ.ο.κ.

<sup>11</sup> Δείτε περισσότερες λεπτομέρειες σχετικά με αυτούς τους μάρτυρες: Miodrag Simović, Mile Šikman, *Krivičnopravno reagovanje na teške oblike kriminaliteta*, Νομική Σχολή, Πανεπιστήμιο της Μπάνια Λούκας, Banja Luka 2017, 493-497.

<sup>12</sup> Η σωστή στάση των συγγραφέων που πιστεύουν ότι αυτή η ορολογία δεν είναι μια καλή λύση και ότι αυτό είναι στην πραγματικότητα ένα συνώνυμο. Ο μάρτυρας που απειλείται είναι ένας ευάλωτος μάρτυρας, ενώ οι μάρτυρες που λέγονται ευάλωτοι μάρτυρες είναι ιδιαίτερα ευαίσθητοι μάρτυρες. Δείτε: Tatjana Lukic, *Posebnosti krivičnog postupka za organizovani kriminal, terorizam i korupciju*, Νομική Σχολή Νόβι Σαντ 2008, 224.

Ο Νόμος περί σχεδίου προστασίας μαρτύρων ρυθμίζει την σχεδίαση εξωδικαστικής προστασίας των μαρτύρων. Η εξωδικαστική προστασία περιλαμβάνει φυσικό-τεχνικά μέτρα προστασίας των μαρτύρων, τα οποία έχουν αστυνομικό χαρακτήρα και καλύπτονται από το λεγόμενο «Σχέδιο προστασίας μαρτύρων.<sup>13</sup> Ο Νόμος περί σχεδίου προστασίας μαρτύρων προστατεύει τον μάρτυρα, τα μέλη της οικογένειάς του και άλλα πρόσωπα που συνδέονται στενά με τον μάρτυρα από εκφοβισμό, επίθεση ή επικίνδυνες συνέπειες ως αποτέλεσμα της απόφασης του μάρτυρα να καταθέσει.<sup>14</sup>

## 2. «ΣΧΕΔΙΑΣΜΕΝΗ» ΠΡΟΣΤΑΣΙΑ ΜΑΡΤΥΡΩΝ

Το Σχέδιο προστασίας μαρτύρων περιλαμβάνει μέτρα για την προστασία της ζωής, της υγείας, της ελευθερίας και της σωματικής ακεραιότητας ή της περιουσίας των ατόμων που συμμετέχουν στο Σχέδιο. Το Σχέδιο προστασίας μαρτύρων περιλαμβάνει τους μάρτυρες και τους στενούς τους ανθρώπους. Ο μάρτυρας, σύμφωνα με τον Νόμο περί σχεδίου προστασίας μαρτύρων, είναι ένα πρόσωπο όπου χωρίς τη μαρτυρία του δεν υπάρχει προοπτική να διερευνηθούν και να διαπιστωθούν πραγματικά περιστατικά κατά την ποινική διαδικασία ή να διαπιστωθεί η κατοικία ή τα ίχνη του υπόπτου ή χωρίς τη μαρτυρία του η διερεύνηση των γεγονότων θα ήταν πολύ πιο δύσκολη. (Άρθρο 2, παρ. 1, στοιχείο α). Οι κοντινοί άνθρωποι είναι τα μέλη της οικογένειας και άλλα πρόσωπα που συνδέονται στενά με τον μάρτυρα. Η Επιτροπή για την εφαρμογή του Σχεδίου αποφασίζει για την ένταξη, τον τερματισμό, την επέκταση και την ολοκλήρωση του Σχεδίου.<sup>15</sup> και το Σχέδιο οργανώνεται και υλοποιείται από τη Μονάδα Προστασίας Μαρτύ-

---

<sup>13</sup> Snežana Brkić, „Posebno osjetljivi svedoci“, Πρακτικά της Νομικής Σχολής στο Novi Sad, 2/2014, 224.

<sup>14</sup> Μια μορφή προστασίας μαρτύρων προβλέπεται επίσης από τον Νόμο περί προστασίας προσώπων που καταγγέλλουν τη διαφθορά στα θεσμικά όργανα της Βοσνίας-Ερζεγοβίνης. Ο νόμος αυτός προβλέπει την προστασία των προσώπων που απασχολούνται στα θεσμικά όργανα της Β-Ε και νομικά πρόσωπα που είναι εγκατεστημένα από τα θεσμικά όργανα της Β-Ε, για τους οποίους υπάρχουν βάσιμες υποψίες ή τις συνθήκες για τη διαφθορά σε κάθε θεσμικό όργανο της Β-Ε με καλή θέληση υποβάλουν την αίτηση προς τις αρμόδιες υπηρεσίες ή πρόσωπα. Σύμφωνα με τις διατάξεις του παρόντος νόμου, η προστατευόμενη καταγγελία περιλαμβάνει, μεταξύ άλλων, μαρτυρία ενώπιον του δικαστηρίου ή ενώπιον του διοικητικού οργάνου κατά του υπεύθυνου προσώπου και συνεργασία κατά τη διαδικασία που διεξάγουν οι αρχές διερεύνησης.

<sup>15</sup> Η Επιτροπή αποτελείται από: έναν δικαστή του Ποινικού Δικαστηρίου του Δικαστηρίου της Β-Ε, έναν Εισαγγελέα της Εισαγγελίας της Β-Ε και τον Προϊστάμενο του Τμήματος Προστασίας Μαρτύρων. Ο Πρόεδρος της Επιτροπής είναι ο δικαστής του Ποινικού Δικαστηρίου του Δικαστηρίου της Β-Ε. Τα μέλη της Επιτροπής δεν έχουν αντικαταστάτες. Διορίζονται για θητεία πέντε ετών, με δυνατότητα επαναδιορισμού. Η Επιτροπή διορίζεται από το Συμβούλιο Υπουργών της Βοσνίας-Ερζεγοβίνης, μετά από πρόταση του Υπουργείου Ασφάλειας της Β-Ε.

ρων ως εξειδικευμένη ανεξάρτητη μονάδα του Κρατικού Οργανισμού Ερευνών και Προστασίας (SIPA).<sup>16</sup>

Όσον αφορά τους όρους συμμετοχής στο Σχέδιο προστασίας μαρτύρων, πρέπει να πληρούται η προϋπόθεση σχετικά με το ποινικό αδίκημα που αποτελεί αντικείμενο αποδείξεων. Ο Νόμος ορίζει ότι το Σχέδιο μπορεί να εφαρμοστεί όταν αποδειχθεί ένα από τα ακόλουθα ποινικά αδικήματα:

- κατά της ακεραιότητας της Βοσνίας – Ερζεγοβίνης,
- κατά της ανθρωπότητας και των αξιών που προστατεύονται από το διεθνές δίκαιο,
- κατά της τρομοκρατίας,
- κατά του οργανωμένου εγκλήματος,
- για τα οποία, από το νόμο, μπορεί να επιβληθεί ποινή πέντε ετών ή περισσότερο.

Όσο αφορά τους όρους που πρέπει να πληροί ο μάρτυρας, στην πρώτη θέση είναι η σημασία της μαρτυρίας του, ο εθελοντισμός του δηλαδή η συναίνεση του μάρτυρα να μπει στο σχέδιο προστασίας. Φυσικά, είναι σημαντικό ένας μάρτυρας, ή στενός του άνθρωπός, λόγω της πρόθεσής του να καταθέσει, να αντιμετωπίζει κίνδυνο για τη ζωή, την υγεία, την ελευθερία και την ιδιοκτησία. Η επιλεξιμότητα για ένταξη στο Σχέδιο προστασίας μαρτύρων, από την άποψη της ιατρικής, ψυχολογικής, οικονομική ικανότητάς του να «αντέξει» το Σχέδιο, ο νόμος δεν το αναφέρει σαν όρος, αλλά αυτός όρος συνεπάγεται και οι έλεγχοι για την καταλληλότητα πραγματοποιούνται για κάθε μάρτυρα. Η εξέταση της καταλληλότητας των μαρτύρων περιλαμβάνει επίσης την ανάλυση του εγκληματικού παρελθόντος του. Τα πρόσωπα που είναι επαναληπτικός δράστης, δηλαδή πρόσωπα που είναι επιρρεπή σε ποινικά αδικήματα, καθώς και άτομα που εκτίουν ποινές φυλάκισης μακράς διάρκειας δεν περιλαμβάνονται στο Σχέδιο. Εάν, κατά τη στιγμή της έγκρισης της εφαρμογής του Σχεδίου, δεν πληρούται καμία από τις προϋποθέσεις αυτές ή έχει παύσει να υφίσταται, τα μέτρα προστασίας μπορούν να ανασταλούν. Η αναστολή της ποινικής διαδικασίας δεν συνεπάγεται με την αναστολή των μέτρων προστασίας εάν ο κίνδυνος παραμένει, δηλαδή εάν πληρούνται οι προϋποθέσεις εφαρμογής του Σχεδίου προστασίας. Ο μάρτυρας μπορεί να προστατεύεται και, αν διαπιστωθεί ο κίνδυνος μετά τη λήξη της ποινικής διαδικασίας, εάν ο κίνδυνος είναι αποτέλεσμα του γεγονότος ότι ο μάρτυρας κατέθεσε κατά τη διάρκεια της διαδικασίας.

<sup>16</sup> Το Τμήμα οργανώνει και εφαρμόζει επίσης μέτρα προσωρινής προστασίας, τα οποία αποκαλούνται μέτρα έκτακτης ανάγκης, τα οποία εκτελούνται μέχρι τη σύναψη της συμφωνίας προστασίας. Η Μονάδα είναι επίσης υπεύθυνη για τη σύναψη επιχειρησιακών συμφωνιών και πρωτοκόλλων με τα διοικητικά όργανα και τους φορείς άλλων κρατών που είναι υπεύθυνοι για την εφαρμογή της συμφωνίας σε σχέση με το Σχέδιο προστασίας.

Οσον αφορά τη διαδικασία εφαρμογής του Σχεδίου προστασίας μαρτύρων, πρώτα πρέπει να υπάρχει η πρωτοβουλία για την υποβολή της αίτησης, ύστερα γίνεται υποβολή της αίτησης για την εφαρμογή του Σχεδίου και τελικά η απόφαση για την εφαρμογή του Σχεδίου προστασίας, μετά την οποία συνάπτεται η συμφωνία με το πρόσωπο που εισέρχεται στο πρόγραμμα προστασίας.

Η πρωτοβουλία για την υποβολή αίτησης μπορεί να δοθεί από τον αρμόδιο δικαστή που ασχολείται με την υπόθεση, τον επικεφαλή του σωφρονιστικού ιδρύματος, τον εξουσιοδοτημένο πληρεξούσιο, τον εισαγγελέα, την αστυνομική υπηρεσία που είναι υπεύθυνη για την έρευνα και τον μάρτυρα ή ένα στενό του πρόσωπο. Η πρωτοβουλία υποβάλλεται στον Γενικό Εισαγγελέα της Βοσνίας-Ερζεγοβίνης ή στον Πρόεδρο του Δικαστηρίου της Βοσνίας-Ερζεγοβίνης. Είναι υποχρεωμένοι εντός πέντε ημερών να αποφασίσουν για την υποβληθείσα πρωτοβουλία, μετά την οποία η Επιτροπή για την εφαρμογή του σχεδίου υποβάλει αιτιολογημένη αίτηση για την εφαρμογή του Σχεδίου προστασίας μαρτύρων. Η αίτηση για την εφαρμογή του Σχεδίου πρέπει να περιλαμβάνει:

- Λεπτομερείς πληροφορίες σχετικά με μάρτυρες και στενούς τους ανθρώπους για τους οποίους προτείνεται το Σχέδιο προστασίας.
- Περιγραφή και τίτλος του ποινικού αδικήματος και αξιολόγηση των υφιστάμενων αποδεικτικών στοιχείων.
- Περιγραφή των περιστάσεων που υποδηλώνουν ότι υπάρχει πραγματικός και σοβαρός κίνδυνος για τα πρόσωπα που προτείνονται για την εφαρμογή του Σχεδίου, και
- Άλλες πληροφορίες σχετικά με την εφαρμογή του Σχεδίου.<sup>17</sup>

Η Επιτροπή μπορεί να ζητήσει από τον αιτούντα να συμπληρώσει το αίτημα με ορισμένες άλλες πληροφορίες τις οποίες η Επιτροπή θεωρεί ότι είναι σημαντικές για τη λήψη απόφασης σχετικά με την εφαρμογή του Σχεδίου. Η Επιτροπή αποφασίζει για την αίτηση το αργότερο 20 ημέρες από την ημερομηνία υποβολής της αίτησης ή της υποβολής της συμπληρωματικής αίτησης, ενώ η πρώτη σύνοδος πραγματοποιείται εντός πέντε ημερών από την παραλαβή της αίτησης. Πριν από τη λήψη απόφασης, η Επιτροπή θα συμβουλευθεί το Τμήμα και θα ζητήσει τη γνώμη του σχετικά με τον βαθμό κινδύνου, την ψυχολογική και υγειονομική κατάσταση του μάρτυρα, τα προτεινόμενα μέτρα προστασίας και τη διάρκειά τους, καθώς και τις δαπάνες που απαιτούνται για την εφαρμογή των μέτρων.

Αφού η Επιτροπή εκδώσει απόφαση σχετικά με την εφαρμογή του Σχεδίου, ο επικεφαλής του Τμήματος και ο μάρτυρας ή ένα στενό του πρόσωπο υπογράφουν τη συμφωνία σχετικά με την εφαρμογή του. Η συμφωνία περιλαμβάνει τα ακόλουθα στοιχεία:

- Τα ονόματα των συμβαλλόμενων μερών.
- Δήλωση σχετικά με την προαιρετική ένταξη στο Σχέδιο.

---

<sup>17</sup> Βλεπε: άρθρο 8, σελ. 4 ΖΠΖΣ Β-Ε

- Δήλωση ότι οι πληροφορίες που παρέχονται στο Ερωτηματολόγιο είναι αληθείς και ότι σε περίπτωση ψευδών δεδομένων το σχέδιο μπορεί να διακοπεί,<sup>18</sup>
- Δήλωση ότι το άτομο που εντάσσεται στο Σχέδιο είναι εξοικειωμένο με τη συμφωνία και να κατανοήσει το περιεχόμενό του.
- Υποχρεώσεις των συμβαλλόμενων μερών.
- Διάρκεια σχεδίου προστασίας.
- Μια ρήτρα ότι η συμφωνία έγινε σε ένα αντίγραφο το οποίο τηρείται στο Τμήμα.
- Άλλες πληροφορίες σχετικά με την εφαρμογή του Σχεδίου.
- Οι υπογραφές των συμβαλλόμενων στη συμφωνία και η ημερομηνία σύναψης της συμφωνίας.
- Μια ρήτρα σύμφωνα με την οποία οι υποχρεώσεις που απορρέουν από τη συμφωνία δεν μπορούν να αποτελέσουν αντικείμενο αστικής ή δικαστικής διαφοράς.

Η εφαρμογή του Σχεδίου αρχίζει την ημέρα της σύναψης της συμφωνίας, αλλά πριν από τη σύναψη της συμφωνίας, η Επιτροπή πρέπει να δώσει τη συγκατάθεσή της για το περιεχόμενο της συμφωνίας.<sup>19</sup>

### 3. ΜΕΤΡΑ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ ΚΑΙ ΠΑΡΟΧΗ ΒΟΗΘΕΙΑΣ

Ο Νόμος περί σχεδίου προστασίας μαρτύρων προβλέπει ότι το Σχέδιο προστασίας μαρτύρων περιλαμβάνει:

- μέτρα προστασίας,
- έκτακτα μέτρα και
- παροχή βοήθειας.

Οσον αφορά τα μέτρα προστασίας, προβλέπονται τέσσερα μέτρα για την προστασία των μαρτύρων και των προσώπων που βρίσκονται κοντά του, ως εξής:

- Μέτρα φυσικής και τεχνικής προστασίας προσώπων και περιουσίας,
- Μέτρα μεταφοράς,
- Μέτρο απόκρυψης δεδομένων ταυτότητας και ιδιοκτησίας,
- Μέτρο αλλαγής ταυτότητας.

Το μέτρο της φυσικής και τεχνικής προστασίας των προσώπων και των περιουσιακών στοιχείων συνίσταται στην αποφυγή του κινδύνου για τη ζωή, την υγεία, τη σωματική ακεραιότητα, την ελευθερία ή την ιδιοκτησία μαρτύρων ή στενών του ανθρώπων, χρησιμοποιώντας φυσικά και τεχνικά μέτρα. Τα μέτρα

<sup>18</sup> Πρόκειται για προσωπικά δεδομένα, δεδομένα για περιουσιακά στοιχεία και υποχρεώσεις και άλλαν στοιχεία.

<sup>19</sup> Για περισσότερες πληροφορίες σχετικά με τη Συμφωνία, βλ. ΖΠΖΣ, άρθρο 9.

αυτά εφαρμόζονται σύμφωνα με το Νόμο για τους αστυνομικούς της Βοσνίας – Ερζεγοβίνης.

Το μέτρο μεταφοράς ενός μάρτυρα ή ενός στενού προσώπου συνίσταται στην προσωρινή ή μόνιμη μεταφορά από τον τόπο κατοικίας ή κατοικίας σε άλλο τόπο στη Βοσνία-Ερζεγοβίνη ή στο εξωτερικό. Στη Βοσνία – Ερζεγοβίνη, λόγω της μικρής κρατικής επικράτειας, οι μάρτυρες συνήθως μετακινούνται στο εξωτερικό. Η διεθνή συνεργασία για την εφαρμογή του Σχεδίου προστασίας ασκείται με βάση τα δικαιώματα και τις υποχρεώσεις που έχει ανάλαβει η Βοσνία-Ερζεγοβίνη με τη σύναψη διμερών και πολυμερών συμφωνιών και με βάση την αρχή της αμοιβαιότητας και της υπογραφείσας επιχειρησιακής συμφωνίας. Η συνεργασία συνεπάγεται μια διπλή σχέση: την υποβολή αίτησης προς το άλλο κράτος για την αποδοχή μαρτύρων ή στενών ανθρώπων του και την εφαρμογή των προστατευτικών μέτρων που προβλέπονται γι ‘αυτά και την παροχή βοήθειας σε άλλο κράτος, δηλαδή κατόπιν αιτήματος άλλου κράτους ή ανάληψης προστατευόμενου προσώπου, και η εφαρμογή των μέτρων προστασίας στη Βοσνία – Ερζεγοβίνη.

Μέτρα απόκρυψης ταυτότητας μαρτύρων ή στενών προσώπων καθώς και πληροφορίες σχετικά με την περιουσία τους περιλαμβάνουν την κατασκευή και τη χρήση προσωπικών εγγράφων και εγγράφων σχετικά με την περιουσία των μαρτύρων ή στενών ανθρώπων στους οποίους προσωρινά άλλαξαν τα αρχικά τους δεδομένα.<sup>20</sup>

Η αλλαγή ταυτότητας συνεπάγεται την τροποποίηση των προσωπικών δεδομένων του μάρτυρα ή του στενού του προσώπου, πλήρως ή εν μέρει, συμπεριλαμβανομένης της δυνατότητας αλλαγής των φυσικών χαρακτηριστικών του. Μετά την αλλαγή της ταυτότητας, το Τμήμα εγκρίνει και παρακολουθεί την πρόσβαση στα αρχικά δεδομένα σχετικά με την ταυτότητα των μαρτύρων και των στενών προσώπων τους που εμπλέκονται στο Σχέδιο και λαμβάνει υπόψη το σύνολο της κατάστασης και τα άλλα δικαιώματα και υποχρεώσεις που σχετίζονται με την αρχική τους ταυτότητα.<sup>21</sup> Στο Τμήμα φυλάσσονται πρωτότυπα έγγραφα με την πρωτότυπη ταυτότητα και τα έγγραφα των προσώπων που περιλαμβάνονται στο Σχέδιο.<sup>22</sup>

<sup>20</sup> Την πραγματική ταυτότητα, δηλαδή την κυριότητα των αντικειμένων που χρησιμοποιεί για να εκτελέσει ορισμένα μέτρα, το Τμήμα μπορεί επίσης να κρύψει, και στον υπάλληλο του, εάν με άλλο τρόπο δεν μπορούν να εφαρμοστούν προστατευτικά μέτρα.

<sup>21</sup> Χωρίς τη συγκατάθεση του Τμήματος, δεν μπορεί να αναληφθεί καμία ενέργεια σχετικά με την αρχική, κρυφή ή αλλοιωμένη ταυτότητα. Κάθε μη εξουσιοδοτημένη πρόσβαση σε αρχεία με σκοπό την διαπίστωση της αρχικής, συγκεκαλυμμένης ή αλλοιωμένης ταυτότητας, οι αρχές, τα δημόσια ιδρύματα και άλλα ιδρύματα ενημερώνουν το Τμήμα.

<sup>22</sup> Ένα άτομο που περιλαμβάνεται στο Σχέδιο προστασίας μπορεί να συμμετέχει σε νομικές υποθέσεις χρησιμοποιώντας συγκεκαλυμμένη ή τροποποιημένη ταυτότητα. Για την ολοκλήρωση των νομικών πράξεων που ενδέχεται να έχουν επιπτώσεις σε τρίτους, το πρόσωπο που συμμετέχουν στο Σχέδιο μπορεί να χρησιμοποιήσει τα έγγραφα με τα αλλαγμένα δεδομένα μόνο με την εκ των

Αν και ο νόμος ορίζει ότι τα προαναφερθέντα μέτρα προστασίας μπορούν να εφαρμοστούν μεμονωμένα, στην πράξη, για λόγους καλύτερης ποιότητας προστασίας, τα μέτρα γενικά συνδυάζονται, δηλαδή εφαρμόζονται ταυτόχρονα διάφορα μέτρα.

Όσον αφορά τα επείγοντα μέτρα προστασίας, στην πραγματικότητα δεν υπάρχουν κάποια ειδικά μέτρα, αλλά προβλέπεται ότι τα «τακτικά» μέτρα προστασίας, εκτός από το μέτρο της αλλαγής ταυτότητας, μπορούν να ληφθούν ως επείγοντα μέτρα σε μια κατάσταση όπου εκτιμάται ότι η ζωή, η υγεία ή η σωματική ακεραιότητα, η ελευθερία ή η περιουσία των μαρτύρων ή στενών τους ανθρώπων, μπορούν να εκτεθούν αμέσως σε έναν πραγματικό και σοβαρό κίνδυνο που δεν μπορεί να απομακρυνθεί με τα κατάλληλα μέτρα προστασίας που παρέχει η αστυνομία στους πολίτες. Το αίτημα για την εφαρμογή επειγόντων μέτρων υποβάλλεται από τον Γενικό Εισαγγελέα ή τον Πρόεδρο του Δικαστηρίου της Βοσνίας-Ερζεγοβίνης και στην περίπτωση απουσίας αυτών και όταν ο βαθμός κινδύνου απαιτεί επείγουσα δράση, η αίτηση για την εφαρμογή αυτών των μέτρων μπορεί επίσης να υποβληθεί από τον εισαγγελέα ή τον αρμόδιο δικαστή που ασχολείται με την υπόθεση. Η απόφαση σχετικά με την αίτηση και τον τύπο του μέτρου λαμβάνεται από τον επικεφαλή του Τμήματος εντός 24 ωρών από την παραλαβή της αίτησης και μπορεί να εφαρμοστεί μέχρι την υπογραφή της συμφωνίας. Πριν από την εφαρμογή επειγόντων μέτρων, πρέπει να ληφθεί γραπτή συγκατάθεση του μάρτυρα ή στενού του ανθρώπου.<sup>23</sup>

Όσον αφορά την παροχή βοήθειας στον μάρτυρα ή στενού του ανθρώπου, ο νόμος προβλέπει ότι η βοήθεια αυτή παρέχεται κατά την εφαρμογή μέτρων προστασίας, συμπεριλαμβανομένης της οικονομικής, νομικής, ιατρικής, ψυχολογικής και κοινωνικής βοήθειας. Η βοήθεια παρέχεται μέχρι που ο μάρτυρας ή ο στενός του άνθρωπος δεν γίνεται ανεξάρτητος και δεν μπορεί να είναι μεγαλύτερη από το ποσό που απαιτείται για την κάλυψη των δαπανών διαβίσης και την ένταξη του στο νέο κοινωνικό περιβάλλον. Στους μάρτυρες, βοήθεια και υποστήριξη παρέχονται από τη Μονάδα Υποστήριξης Μαρτύρων ως ανεξάρτητο όργανο στο Δικαστήριο της Βοσνίας – Ερζεγοβίνης.

Η εφαρμογή του Σχεδίου προστασίας μαρτύρων μπορεί να σταματήσει ή να διακοπεί με απόφαση της Επιτροπής, κατόπιν προτάσεως του προϊσταμένου τμήματος, του γενικού εισαγγελέα, του προέδρου του δικαστηρίου της Β-Ε ή του μάρτυρα ή στενού του ανθρώπου.

Το πρόγραμμα σταματά:

προτέρων έγκριση του Τμήματος. Εάν το Τμήμα δεν εγκρίνει τη σύναψη της δικαιοπραξίας, το πρόσωπο που συμμετέχει στο Σχέδιο μπορεί, με τη σύμφωνη γνώμη του Τμήματος, το οποίο θα διορίσει έναν δικηγόρο για λογαριασμό του, να ολοκληρώσει αυτό το έργο. Το Τμήμα είναι υποχρεωμένο να διασφαλίσει στο άτομο που περιλαμβάνεται στο Σχέδιο να είναι διαθέσιμο για την εκτέλεση αυτών των καθηκόντων.

<sup>23</sup> Περισσότερα σχετικά με τα μέτρα έκτακτης ανάγκης, βλ. ZZPS BiH, άρθρα 13 και 14.

- Με τη λήξη του χρόνου εφαρμογής του Σχεδίου που προβλέπει η συμφωνία,
- Με το θάνατο προσώπου που περιλαμβάνεται στο Σχέδιο και
- Εάν δεν υπάρχουν πλέον βάσιμοι λόγοι για την εφαρμογή του Σχεδίου.  
Το πρόγραμμα διακόπτεται:
- Εάν το άτομο που περιλαμβάνεται στο Σχέδιο προστασίας παραιτείται,
- Εάν, κατά την εφαρμογή του Σχεδίου, κινηθεί ποινική διαδικασία κατά του προσώπου που εμπλέκεται στο Σχέδιο για ποινικό αδίκημα το οποίο θέτει υπό αμφισβήτηση την αιτιολόγηση της εφαρμογής του Σχεδίου και
- Εάν το πρόσωπο που περιλαμβάνεται στο Σχέδιο αναφέρει ψευδείς πληροφορίες στο ερωτηματολόγιο ή υποβάλλει ψευδή στοιχεία στην Εισαγγελία της Β-Ε, το Δικαστήριο της Β-Ε ή το Τμήμα.

#### 4. ΠΡΟΗΓΟΥΜΕΝΕΣ ΕΜΠΕΙΡΙΑ ΣΤΗΝ ΕΦΑΡΜΟΓΗ ΤΟΥ ΣΧΕΔΙΟΥ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Ο νέος Νόμος για το σχέδιο προστασίας των μαρτύρων του 2014 δημιούργησε καλύτερες υποθέσεις για την προστασία των μαρτύρων, αλλά υπάρχουν ορισμένα προβλήματα που αντιμετωπίζει το Τμήμα κατά την εφαρμογή του. Τα προβλήματα είναι νομικά, διοικητικά και οικονομικά.

Πρώτον, δεν έχουν θεσπίσει τις διατάξεις του Νόμου, οι οποίες θα διευκρινίζουν τον τρόπο εφαρμογής του παρόντος Νόμου, έτσι υπάρχουν ορισμένες ελλείψεις και «περιπλανήσεις» όταν λαμβάνονται προστατευτικά μέτρα.<sup>24</sup> Η εφαρμογή του Σχεδίου περιπλέκεται από τη σύνθετη κρατική δομή. Ένα κράτος, δύο οντότητες, 10 καντόνια, ένα διαμέρισμα, αρχές σε όλα τα επίπεδα, κατανομή αρμοδιοτήτων κ.λπ. περιπλέκουν σημαντικά την εφαρμογή του Σχεδίου, ιδίως όταν ορισμένες δραστηριότητες πρέπει να πραγματοποιούνται σε συνεργασία με φορείς διαφορετικών οντοτήτων (π.χ. κατά την έκδοση νέων εγγράφων ταυτότητας).

Οι ικανότητες του προσωπικού είναι επίσης ένα πρόβλημα. Λόγω της ευαισθησίας των καθηκόντων που πρέπει να εκτελέσουν, μόνο οι Ειδικοί Αστυνομικοί, ψυχολογικά και σωματικά προετοιμασμένοι, που έχουν υποβληθεί σε ειδική εκπαίδευση, μπορούν να εργαστούν στο Τμήμα. Ωστόσο, λόγω των ικανοτήτων τους, και η ανεπαρκής οικονομική αποζημίωση που λαμβάνουν για την εργασία τους είναι «δύσκολο να κρατηθούν», επομένως υπάρχει συνεχής εκροή του προσωπικού αυτού, γεγονός που αποτελεί σημαντικό πρόβλημα για το Τμήμα.

Τέλος, το μεγάλο πρόβλημα είναι οι οικονομικοί πόροι. Είναι υπηρεσιακό απόρρητο το πόσο κοστίζει ένα κράτος ένας μάρτυρας. Φυσικά, το κόστος ποικίλλει ανάλογα με τα μέτρα που εφαρμόζονται. Ένα πράγμα είναι βέβαιο, το

<sup>24</sup> Στο Άρθρο 11, σελ. 5. ZPZS της Β-Ε ορίζει ότι οι διευθυντές του SIPA πρέπει να θεσπίζουν λεπτομερείς διατάξεις σχετικά με τους κανόνες, τις διαδικασίες και τον τρόπο εφαρμογής των μέτρων προστασίας, κατόπιν πρότασης του Προϊσταμένου του Τμήματος.

Σχέδιο είναι πολύ ακριβό, επομένως το κράτος δεν μπορεί να προσφέρει προστασία σε όλους τους μάρτυρες που χρειάζονται αυτή την προστασία. Ο αριθμός των μαρτύρων που έλαβαν μέρος στο Σχέδιο, καθώς και ο αριθμός των μαρτύρων που βρίσκονται επί του παρόντος στο Σχέδιο δεν είναι διαθέσιμος στη δημοσιότητα. Άλλα αυτό που είναι γνωστό είναι ότι ο αριθμός των ατόμων που χρειάζονται προστασία είναι μεγάλος, αλλά σήμερα, λόγω των προαναφερθέντων προβλημάτων, το Τμήμα δεν έχει την ικανότητα και την ευκαιρία να τους προσφέρει προστασία. Μια πρόσθετη οικονομική επιβάρυνση είναι η μεταφορά μαρτύρων στο εξωτερικό. Το μέτρο μεταφοράς εφαρμόζεται πολύ σπάνια στη Βοσνία-Ερζεγοβίνη. Λόγω του μικρού κρατικού εδάφους και του μικρού αριθμού κατοίκων, επικρατεί γενική στάση ότι «όλοι γνωρίζονται μεταξύ τους» και ότι «κανείς δεν μπορεί να κρυφθεί», έτσι στις περισσότερες περιπτώσεις αυτό το μέτρο πραγματοποιείται σε συνεργασία με άλλες χώρες, πράγμα που δημιουργεί σημαντικά υψηλότερο κόστος.<sup>25</sup>

## 5. ΣΥΜΠΕΡΑΣΜΑ

Η Βοσνία – Ερζεγοβίνη έχει σημειώσει κάποια πρόοδο όσον αφορά την προστασία των μαρτύρων. Ως συμβαλλόμενο μέρος σε ορισμένες συμβάσεις που απαιτούν την εφαρμογή νέων μηχανισμών για την αποτελεσματική προστασία των μαρτύρων σε ποινικές διαδικασίες έχουν θεσπιστεί δύο νόμοι lex specialis, Ο Νόμος περί προστασίας των μαρτύρων υπό απειλή και ευάλωτοι μάρτυρες και ο Νόμος περί σχεδίου προστασίας των μαρτύρων στη Βοσνία – Ερζεγοβίνη αποσκοπούν στην παροχή επαρκούς προστασίας και υποστήριξης σε μάρτυρες. Ο Νόμος περί σχεδίου προστασίας των μαρτύρων είναι σχεδόν ο ίδιος με αυτόν των γειτονικών χωρών και αντιπροσωπεύει μια καλή νομική βάση για την προστασία των μαρτύρων από το Σχέδιο, αλλά οι συνθήκες για την εφαρμογή του είναι κακές. Το κράτος είναι μικρό, και ταυτόχρονα πολύ περίπλοκο, νομικά ανεξέλεγκτο και φωτιά. Το Σχέδιο δεν μπορεί να θεωρηθεί αναποτελεσματικό, αλλά για την αποτελεσματικότερη προστασία των μαρτύρων από την άποψη της ποιότητας της προστασίας, καθώς και τον αριθμό των μαρτύρων που μπορούν να παρασχεθούν,

<sup>25</sup> Βλεπε: Θέμα: Προστασία μαρτύρων σε ποινικές διαδικασίες, προηγούμενες εμπειρίες και εντοπισμένα προβλήματα [http://www.tuzilastvobih.gov.ba/files/docs/TEMA\\_ZASTITA\\_SVJEDOKA-Atena-3-8\\_2\\_08\\_finalni.pdf](http://www.tuzilastvobih.gov.ba/files/docs/TEMA_ZASTITA_SVJEDOKA-Atena-3-8_2_08_finalni.pdf), 8 Φεβρουαρίου 2019 και Προστασία μαρτύρων και την υποστήριξη σε περιπτώσεις εγκλημάτων πολέμου στη Βοσνία-Ερζεγοβίνη: Εμπόδια και προτάσεις ένα χρόνο μετά την έγκριση της εθνικής στρατηγικής για τα εγκλήματα πολέμου, <https://www.osce.org/bs/bih/118894?download=true>, 8. Φεβρουαρίου 2019. Παρόλο που τα προαναφερθέντα προβλήματα εντοπίστηκαν πριν από την έγκριση του ισχύοντος νόμου για το σχέδιο προστασίας μαρτύρων στη Β-Ε, εξακολουθούν να υπάρχουν και σήμερα. Στην πραγματικότητα, μερικά από τα προβλήματα δεν θα μπορέσουν να εξαλειφθούν ή τουλάχιστον, δεν θα επιλυθούν σύντομα (όπως το μέγεθος του εδάφους της κρατικής δομής της Β-Ε, οικονομική κατάσταση).

είναι απαραίτητο να βελτιωθεί το γενικό περιβάλλον της χώρας. Όταν εξασφαλισθεί η χρηματοπιστωτική σταθερότητα, η έννομη τάξη, η καλύτερη συνεργασία και ο συντονισμός των κρατικών αρχών εντός του κράτους και το Σχέδιο προστασίας μαρτύρων θα είναι ασφαλώς καλύτερο. Λαμβάνοντας υπόψη ότι το Σχέδιο προστασίας είναι στην αρχή και ότι υπάρχει καλή θέληση εκείνων που το συνειδητά θέλουν να καταστήσουν το Σχέδιο ακόμα καλύτερο, είναι λογικό να ελπίζουμε ότι οι συνθήκες για την εφαρμογή του θα είναι ακόμα καλύτερες. Ως εκ τούτου, μπορούμε να αναμένουμε καλύτερη προστασία των μαρτύρων και καλύτερα αποτελέσματα στην καταπολέμηση όλων των μορφών εγκληματικότητας, ιδίως του οργανωμένου εγκλήματος. Μέχρι τότε, η προστασία των μαρτύρων του Σχεδίου στη Βοσνία-Ερζεγοβίνη θα εξαρτηθεί σε μεγάλο βαθμό από τη διεθνή βοήθεια και τη συνεργασία.

## ΒΙΒΛΙΟΓΡΑΦΙΑ

- Miodrag Simović, Mile Šikman, *Krivičnopravno reagovanje na teške oblike kriminaliteta*, Νομική Σχολή Πανεπιστημίου Μπανιαλούκας, Μπανιαλούκα 2017.
- Snežana Brkić, „Krivičnopravna zaštita svedoka od zastrašivanja“, Πρακτικά της Νομικής Σχολής στο Νόβι Σαντ, 1-2/2007, 217-226.
- Snežana Brkić, „Posebno osetljivi svedoci“, Πρακτικά της Νομικής Σχολής στο Νόβι Σαντ, 2/2014, 211-227.
- Tatjana Lukić, *Posebnosti krivičnog postupka za organizovani kriminal, terorizam i korupciju*, Νομική Σχολή Πανεπιστημίου στο Νόβι Σαντ, Νόβι Σαντ 2008.
- Νόμος περί ποινικής διαδικασίας της Βοσνίας και Ερζεγοβίνης, *ΦΕΚ B&E*, αρ. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09 και 93/09, 72/13 και 65/18.
- Νόμος περί προστασίας μαρτύρων υπό απειλή και ευάλωτων μαρτύρων *ΦΕΚ B&E*, αρ. 3/03, 21/03, 61/04 και 55/05.
- Νόμος για το πρόγραμμα προστασίας μαρτύρων στη Βοσνία-Ερζεγοβίνη – ZPZS B&E, *ΦΕΚ B&E*, αρ. 36/14.
- Ποινικός Κώδικας της Βοσνίας – Ερζεγοβίνης, *ΦΕΚ B&E*, αρ. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10, 47/14, 22/15, 40/15 και 35/18.
- Προστασία και υποστήριξη των μαρτύρων σε εγκλήματα πολέμου στη Βοσνία – Ερζεγοβίνη, *Έκθεση αποστολής του ΟΑΣΕ*, 2010, 9.
- Θέμα: Προστασία μαρτύρων σε ποινικές διαδικασίες, προηγούμενες εμπειρίες και εντοπισμένα προβλήματα [http://www.tuzilastvobih.gov.ba/files/docs/TEMA\\_ZASTITA\\_SVJEDOKA-Atena-3-8\\_2\\_08\\_finalni.pdf](http://www.tuzilastvobih.gov.ba/files/docs/TEMA_ZASTITA_SVJEDOKA-Atena-3-8_2_08_finalni.pdf), 8. Φεβρουαρίου 2019.
- Εμπόδια και συστάσεις ένα χρόνο μετά την έγκριση της Κρατικής στρατηγικής σε υποθέσεις για τα εγκλήματα πολέμου, <https://www.osce.org/bs/bih/118894?download=true>, 8. Φεβρουαρίου 2019.

Svetlana P. Dragović, student doktorskih studija  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
svjetlanadragovic@gmail.com

## Program zaštite svjedoka u Bosni i Hercegovini

**Sažetak:** Programska zaštita svjedoka je policijska, fizičko-tehnička zaštita i ona se najčešće predviđa posebnim zakonom. Pruža se ne samo svjedocima, nego i njima bliskim licima (mada programskom zaštitom mogu biti obuhvaćene i druge kategorije lica, npr. u Srbiji, pored svjedoka i svjedoka saradnika, programsku zaštitu mogu uživati i osumnjičeni, okrivljeni, oštećeni, vještak, stručno lice i njima bliska lica). Trajanje programske zaštite svjedoka nije vezano za krivični postupak, ova zaštita se može primijeniti prije početka krivičnog postupka, za vrijeme krivičnog postupka, ali i nakon pravnosnažno okončanog krivičnog postupka. O primjeni programske zaštite odlučuju posebni organi, izvan krivičnog postupka. Takođe, posebni su i organi izvršenja. Ove mjere zaštite ne služe neposredno sprovodenju krivičnog postupka, pružaju se svjedoku van sudnice, u vrijeme kada ne vrši procesnu radnju svjedočenja. Za razliku od procesne zaštite svjedoka koja nema nikakvih ograničenja u pogledu krivičnih djela, vanprocesna zaštita svjedoka se pruža samo u pogledu pojedinih, zakonom tačno određenih krivičnih djela.

Programsku zaštitu svjedoka Bosna i Hercegovina je uvela Zakonom o programu zaštite svjedoka 2004. godine. S obzirom na to da je ovaj Zakon imao mnogo nedostataka, 2014. godine usvojen je novi Zakon o programu zaštite svjedoka. Osnovni razlog za donošenje ovog Zakona proizilazi iz činjenice da je neophodno obezbijediti efikasan sistem zaštite svjedoka prije, tokom i nakon krivičnog postupka, kako bi se svjedocima omogućilo slobodno i otvoreno svjedočenje u krivičnim postupcima pred Sudom Bosne i Hercegovine.

**Ključne reči:** svjedoci, zaštita, program zaštite svjedoka, BiH.

Svetlana P. Dragović, Ph.D. Student  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
svjetlanadragovic@gmail.com

## **Witness Protection Program in Bosnia and Herzegovina**

**Abstract:** Program protection of witnesses is one of the new forms of protection, which consists in providing protection to witnesses outside criminal proceedings, before, in progress, but also after legally terminated procedure. This protection has a police character, it includes physical and technical protection of persons and property, concealment, or change of their identity and transfer, or the relocation of witness and persons close to him. The objective of the witness protection program is to achieve the general purpose of witness protection, which is, on the one hand, the protection of witnesses and persons close to him, and, on the other hand, protection of the interests of the criminal proceedings. Bosnia and Herzegovina introduced the program protection of witnesses in 2014. Despite numerous problems, it can be said that this form of protection is effective and has significantly improved the status of witnesses in Bosnia and Herzegovina.

**Keywords:** witnesses, protection, witness protection program, BiH.

Datum prijema rada: 16.01.2019.

Tijana V. Đurđević, Ph.D. Student  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
*durdevict@yahoo.com*

## IS DNA ANALYSIS THE KEY TO FREEING THE WRONGFULLY CONVICTED?\*

**Abstract:** *The fact that nearly five hundred wrongfully convicted persons have been exonerated thanks to subsequent DNA analysis, after the discovery of DNA and the possibility of identifying person on the basis of DNA, inspired us to research the issue of wrongful convictions and the role of DNA analysis in their correction. This paper firstly discusses the concept and consequences, the estimates of frequency and the causes of wrongful convictions. After that, it gives an overview of some organizations that deal with cases of wrongful convictions in comparative practice. It further explains the role of DNA in exonerations of the wrongfully convicted as well as the assumptions that must exist in order to correct the conviction this way. Lastly, the paper discusses current possibilities and prospects in the Republic of Serbia regarding the correction of the wrongful convictions through subsequent DNA analysis and in other ways.*

**Keywords:** *criminal procedure, wrongfully convicted, DNA, the innocence projects.*

### 1. INTRODUCTION

When a 20-year-old girl was raped and murdered in Austin, Texas in October 1988, two roommates – Christopher Ochoa and Richard Danziger – were arrested.<sup>1</sup>

\* The paper is written within the project „Human Rights and Values in Biomedicine – Democratization of decision-making and implementation in health care“ (Project No. 179023), funded by the Ministry of Education, Science and Technological Development

<sup>1</sup> Ellen Yaroshefsky, „Ethics and Plea Bargaining – What's Discovery Got to Do With It“, *Criminal Justice* 28/2008, 29; Steven A. Krieger, „Why Our Justice System Convicts Innocent People, and the Challenges Faced by Innocence Projects Trying to Exonerate Them“, *New Criminal Law Review* 14(3)/2011, 347; Daniel S. Medwed, *Prosecution Complex: America's Race to*

According to Ochoa,<sup>2</sup> he knew nothing about this crime, but while being interrogated by the police, he was threatened with a death penalty if he did not cooperate.<sup>3</sup> His mother also received calls and threats that her son would be executed if he did not confess to the crime. Ochoa, feeling pressured and trying to avoid the death penalty, pleaded guilty to murder and agreed to testify against Danziger on court. The only evidence against Danziger, other than this testimony, was the pubic hair found at the crime scene, which was allegedly consistent with Danziger's. A small amount of semen was also found, however, it was not possible to determine to whom the semen belonged. Danziger was convicted of rape. Both of them were given a life sentence.

Achim Josef Marino was a convict serving three life sentences in Texas in the 1990s who became a “born-again Christian” in prison. In 1998, this convict wrote a letter to the former President of the United States, George Bush, in which he confessed that he alone committed the rape and the murder for which Ochoa and Danziger were convicted. In addition to the confession, he also sent information on where the evidence could be found. The police reopened the investigation. With the help of the Wisconsin Innocence Project, a DNA testing of the biological traces from the crime scene was performed and the results confirmed Marino's confession. Ochoa and Danziger were released in 2002 after spending 12 years in prison.

## 2. THE CONCEPT AND CONSEQUENCES OF WRONGFUL CONVICTIONS

Part of the literature underlines the difference between the actual<sup>4</sup> or factual<sup>5</sup> innocence and the wrongful conviction<sup>6</sup> or miscarriage of justice<sup>7</sup>. A person is

---

*Convict, and Its Impact on the Innocent*, New York 2012, 54; Richard Danziger, <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/casedetail.aspx?caseid=3152>, April 3, 2019.

<sup>2</sup> America's Guilty Plea Problem: Chris Ochoa, <https://www.youtube.com/watch?v=AU65911-BbU>, April 3, 2019.; Chris Ochoa: A True Story of a False Confession, [https://www.youtube.com/watch?v=9aI8AqB\\_TLA](https://www.youtube.com/watch?v=9aI8AqB_TLA), April 3, 2019.; Innocence Project – Chris Ochoa, <https://www.youtube.com/watch?v=0xJlsxCGw9w>, April 3, 2019.

<sup>3</sup> Taking Ochoa's hand and pointing to his vein, the police officer said: „This is where the needle is gonna go if you do not cooperate and tell us.” America's Guilty Plea Problem: Chris Ochoa, <https://www.youtube.com/watch?v=AU65911-BbU>, April 3, 2019.

<sup>4</sup> Gwendolyn Carroll, „Proven Guilty: An Examination of the Penalty-Free World of Post-Conviction DNA Testing”, *The Journal of Criminal Law and Criminology* 97(2)/2007, 672

<sup>5</sup> Jon B. Gould, Richard A. Leo, „One Hundred Years Later: Wrongful Convictions after a Century of Research”, *The Journal of Criminal Law and Criminology* 100(3)/2010, 832

<sup>6</sup> G. Caroll, 672

<sup>7</sup> Stephanie Roberts, Lynne Weathered, „Assisting the Factually Innocent: The Contradictions and Compatibility of Innocence Projects and the Criminal Cases Review Commission”, *Oxford Journal of Legal Studies* 29(1)/2009, 50

factually innocent if it did not commit a crime, while a wrongful conviction implies that a person has been convicted despite some procedural error due to which it should not have been convicted. Therefore, wrongful conviction involves a convicted person who may or may not be factually innocent. It should be noted that the aforementioned conceptual differences are not accepted all without exception in the literature and that some authors<sup>8</sup> and statistics<sup>9</sup> speak of wrongful convictions or miscarriages of justice taking into account only the convictions of persons who did not commit the crime for which they were convicted.

Apparently, the consequences of convicting the truly innocent cannot be compared to the consequences of wrongful convictions which occur as the result of procedural mistakes. As long as an innocent person is behind bars, the society is at risk because the actual perpetrator is still at large. Also, a wrongfully convicted person loses its freedom and faces the dangers of prison life.<sup>10</sup> Having that in mind, in this paper, the concept of “wrongful convictions” is used for convictions of actually innocent persons.

### 3. ESTIMATING THE PREVALENCE OF WRONGFUL CONVICTIONS

Criminal proceedings are guided by the principle that no innocent should be convicted.<sup>11</sup> Further, an English lawyer, William Blackstone<sup>12</sup> is famous for his quote that “it is better that ten guilty persons escape than that one innocent suffer.” Except in cases where it later turns out that the crime was not committed at all, for example, because the victim of the alleged murder was found alive and well, we can never be completely sure that we know the truth about the crime and the perpetrator.<sup>13</sup> Therefore, it is impossible to determine how many convicted persons are actually innocent.

---

<sup>8</sup> See Robert J. Norris, „Framing DNA: Social Movement Theory and the Foundations of the Innocence Movement”, *Journal of Contemporary Criminal Justice* 33(1)/ 2017, 39; Lynne Weathered, „Investigating Innocence – The Emerging Role of Innocence Projects in the Correction of Wrongful Conviction in Australia”, *Griffith Law Review* 12(1)/2003, 85; S. Krieger, 360

<sup>9</sup> The National Registry of Exonerations, <http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/Race-and-Wrongful-Convictions.aspx>, April 3, 2019.; List of miscarriage of justice cases, [https://en.wikipedia.org/wiki/List\\_of\\_miscarriage\\_of\\_justice\\_cases](https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_miscarriage_of_justice_cases), April 3, 2019.

<sup>10</sup> J. Gould, R. Leo, 836

<sup>11</sup> See Criminal Procedure Code – CPC, *Službeni glasnik RS*, no. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 and 55/2014, art. 1

<sup>12</sup> Sir William Blackstone, <https://www.britannica.com/biography/William-Blackstone>, April 3, 2019.

<sup>13</sup> Chrisje Brants, „Vulnerability of Dutch Criminal Procedure to Wrongful Conviction”, *Wrongful Conviction: International Perspectives on Miscarriages of Justice* (eds. Ronald C. Huff, Martin Killias), New York 2013, 158

Nevertheless, different estimates can be found in the literature. The death penalty opponents recorded 350 cases of wrongful convictions for the most serious crimes in the United States from 1900 to 1985.<sup>14</sup> One study found that the minimum rate of wrongful convictions for capital rape-murder in the US in the 1980s amounted to 3.3%.<sup>15</sup> It is estimated that 4.1% of criminal defendants who received a death sentence between 1973 and 2004 in the US were wrongfully convicted.<sup>16</sup> The percentages of all wrongfully convicted to life imprisonment in the US ranges from 0.5 to 5.<sup>17</sup> On the other hand, placing American experience over the last 15 years (20 exonerations of wrongfully convicted per year) into European frameworks, some estimations point to 7 wrongful convictions per year in Germany and 5 in France.<sup>18</sup> Data also reveal a total of 3218 non-US cases of wrongful convictions by 2018.<sup>19</sup>

When it comes to the Republic of Serbia, just because there is no empirical study on wrongful convictions it does not mean that one can speak of a flawless judiciary. Namely, if the wrongfully convicted person is the one who has been finally convicted of a criminal offense that it did not do, then the statistics regarding the extraordinary legal remedy – request for reopening criminal proceedings can serve as a factor in assessing whether a final conviction was right or wrong. The study of the practice of the Basic Court in Niš in the period from the beginning of 2014 to the end of 2016 in cases in which a request for reopening criminal proceedings was filed shows that (only before this court and only in mentioned time range) there was one request which, after it was granted, resulted in dismissing the indictment, instead of the previously imposed sentence of 5 months and 7 days.<sup>20</sup> During the same period, the Higher Court in Niš received a request for reopening criminal proceedings, which, upon being granted, resulted in the reversal of the judgment.<sup>21</sup> The defendants in both cases were wrongfully convicted pending the annulment of the previous judgments.

---

<sup>14</sup> Hugo Adam Bedau, Michael L. Radelet, „Miscarriages of Justice in Potentially Capital”, *Stanford Law Review*, 40(1)/1987, 38

<sup>15</sup> Michael D. Risinger, „Innocents Convicted: An Empirical Justified Factual Wrongful Conviction Rate” *The Journal of Criminal Law & Criminology* 97(3)/2007, 762

<sup>16</sup> S. R. Grossa et al, „Rate of false conviction of criminal defendants who are sentenced to death”, *PNAS*, 11(20)/2014, 20

<sup>17</sup> L. Weathered, 65

<sup>18</sup> Ronald C. Huff, Martin Killias, „Wrongful Conviction: Conclusions from an International Overview”, *Wrongful Conviction: International Perspectives on Miscarriages of Justice* (eds. Ronald C. Huff, Martin Killias), New York 2013, 296

<sup>19</sup> Innocents Database, <http://forejustice.org/edbinternational.html>, April 3, 2019.

<sup>20</sup> Ivan Ilić, *Ispitivanje činjenične osnove krivične presude: doktorska disertacija*, University of Niš, Faculty of Law, Niš 2018, 431

<sup>21</sup> *Ibid.*, 433. Bearing in mind that this extraordinary legal remedy can only be filed in favor of the defendant, the conviction was evidently overturned and the defendant was acquitted.

Having these assessments in mind, we can conclude that wrongful convictions are an international problem as well as the reality of criminal justice systems. Writing about the death sentence of Christian Ranucci (the last person executed in France), French writer *Gilles Perrault* said that the honor of justice consists of admitting that it may be wrong.<sup>22</sup>

Proponents of the death penalty downplayed the significance of wrongful convictions by making comparisons such as the following: “(trucks) run over innocent bystanders more frequently than courts sentence innocents to death. We do not give up trucks because the benefits they produce outweigh the harm, including the death of innocents.”<sup>23</sup> Although most countries have abolished the death penalty, the problem of wrongful convictions had not ceased to exist. States will not renounce trials simply because wrongful convictions happen. However, the causes of wrongful convictions and ways to minimize them ought to be taken into consideration.

#### 4. THE CAUSES OF WRONGFUL CONVICTIONS

##### 4.1. Misidentification

Identification of suspects is an unavoidable segment of numerous criminal investigations while witness testimony is the most commonly used evidence in criminal proceedings.<sup>24</sup> As many as 70% of the 350 wrongful convictions that were overturned due to subsequent DNA analysis were caused by the witness's misidentification of the perpetrator.<sup>25</sup> Misidentification can be a consequence of psychological errors in human perception and memory, but also a consequence of the suggestiveness of the competent authorities during the identification process.<sup>26</sup>

Because our memories are not video recordings,<sup>27</sup> they are often unreliable. In addition, stress changes one's understanding of events. The moment victims are faced with a weapon, they can place such focus on that weapon that they do not remember a single detail about the attacker, although the victims may later think they remember the attacker well.<sup>28</sup> Furthermore, errors may be the result of various

---

<sup>22</sup> Gilles Perrault: “L'honneur de la justice est d'admettre qu'elle peut se tromper”, <https://www.humanite.fr/node/241053>, March 6, 2019.

<sup>23</sup> Ernest van den Haag, „The Death Penalty Once More”, *UC Davis Law Review* 18(4)/1985, 967

<sup>24</sup> Adnan Fazlić, Irma Deljkić, „Multidisciplinarni pristup provođenju radnje prepoznavanja osoba u kriminalističkoj istrazi”, *Kriminalistička teorija i praksa* 4(2)/ 2017, 41

<sup>25</sup> Eyewitness Misidentification, <https://www.innocenceproject.org/causes/eyewitness-misidentification/>, April 3, 2019.

<sup>26</sup> J. Gould, R. Leo, 841-43

<sup>27</sup> L. Weathered, 70

<sup>28</sup> J. Gould, R. Leo, 842

suggestive actions by members of the competent authorities during any stage of the identification process,<sup>29</sup> which are aimed at steering the witness to identify the suspect as the perpetrator.<sup>30</sup> The theory proposes that during the identification process, especially in pre-trial proceedings, attention should be paid to the following:<sup>31</sup> if identification is being performed over photographs, then the photographs should be shown to the witness one by one (not together), and after the witness is shown each photograph, the witness should be asked whether it recognizes the perpetrator; the number of persons in a police lineup should be as high as possible; the member of the competent authorities present during the identification should not know the identity of the suspect; the time between the witness reports the crime and the suspect identification should be as short as possible; the identification process should be recorded to minimize suggestive behavior.

#### 4.2. Tunnel Vision

In situations where both the criminal offense and the possible perpetrator are reported to the competent authorities, the investigating authorities may use all their resources to incriminate that suspect, overlooking not only evidence that indicates that the suspect is not the perpetrator, but also evidence that may incriminate someone else. In any investigation, there is a possibility that the competent authorities may assume that the suspect is guilty, and the stronger this belief is, there is less chance that competent authorities will consider any other possibility.<sup>32</sup> When investigative authorities are focused on the individual, the investigation is often not conducted objectively, the time since the commission of a criminal offense passes by, and the true perpetrator is provided an opportunity to hide evidence – all of which are reasons that may lead to a wrongful conviction. Research conducted in the United States has shown that about 25% of the persons primarily suspected for sexual offences were excluded as the perpetrator of the crime at the earliest stage of the proceedings thanks to DNA identification.<sup>33</sup>

---

<sup>29</sup> Saša Atanasov, *Uloga svedoka u otkrivanju i dokazivanju krivičnog dela: doktorska disertacija*, University of Priština temporarily settled in Kosovska Mitrovica, Faculty of Law, Kosovska Mitrovica 2016, 301

<sup>30</sup> At the main hearing at the Basic Court in Novi Sad (K 1596/16), the (female) witnesses were asked whether they could identify the perpetrator (a man) in the courtroom. At that moment, the defendant was sitting at the defense table and two uniformed members of the internal affairs stood beside him, while all other present persons in the courtroom were women, sitting at their places in the courtroom. Before the start of the main hearing, the witnesses saw the defendant in handcuffs being led by members of the police outside the courtroom.

<sup>31</sup> S. Krieger, 341-343

<sup>32</sup> Jerome Frank, Barbara Frank Kristein, *Not guilty*, New York 1957, cited in Bruce A. MacFarlane, *Wrongful Convictions: The Effect of Tunnel Vision and Predisposing Circumstances in the Criminal Justice System*, Toronto 2008, 29-30; J. Gould, R. Leo, 851

<sup>33</sup> L. Weathered, 72

Such behavior by investigative authorities is called a tunnel vision. In short, preoccupied with solving the case quickly, police officers turn their attention to the apparently best suspect, all the while ignoring all other clues and evidence.<sup>34</sup> Tunnel vision can, however, occur at any point of the criminal justice process, and anyone can be infected with this “virus.”<sup>35</sup> The public prosecutor or a judge may also be so satisfied with the defendant’s confession that they overlook all evidence which challenges the accused’s alleged culpability.

#### **4.3. False Confessions**

One of four wrongfully convicted persons in the US whose convictions were later overturned thanks to DNA evidence falsely confessed to committing the crime.<sup>36</sup> Falsely confessing goes against the urge of self-preservation.<sup>37</sup> However, there are two main groups of reasons behind this behavior.

The first group is related to punishment. Namely, in countries where there is a plea bargaining system, the defendant is offered a reduced sentence in exchange for a confession, a charge for a smaller offense, or a dismissal of some charges.<sup>38</sup> The plea agreement implies direct negotiation between the public prosecutor and the defendant regarding penal sanctions, but the agreement requires confirmation of the court.<sup>39</sup> In the states which allow the death penalty, in agreement with the prosecutor, the defendants confessed to offenses although they did not commit those crimes because the alternative was to go to trial and risk receiving the death sentence. On the other hand, in this way the defendants only received prison sentences.<sup>40</sup> Even though the most rigorous sentence in Serbian criminal justice system is a 30 to 40 years long imprisonment, the issue of false confessions is still relevant, especially given that plea agreements are increasingly being used.

The second group of reasons relates to the psychological aspects of pre-trial confession. As a rule, the police are convinced that the suspect is guilty, so they

---

<sup>34</sup> Tim Prenzler, *Police Corruption – Preventing Misconduct and Maintaining Integrity*, Boca Raton 2009, 22, cited in Zoran Kesić, Radomir Zekavica, “Sloboda ili sigurnost: izbor koji nameće aktuelni rat protiv terorizma”, *Naučno-stručni skup sa međunarodnim učešćem Evropske integracije: pravda, sloboda i bezbednost*, Kriminalističko-policijска akademija, Belgrade, May 2016, Volume 3, Tara, 33

<sup>35</sup> J. Gould, R. Leo, 851; L. Weathered, 72

<sup>36</sup> False Confessions & Recording Of Custodial Interrogations, <https://www.innocenceproject.org/causes/false-confessions-admissions/>, April 3, 2019.

<sup>37</sup> Snežana Brkić, „Priznanje okrivljenog kao tačka približavanja srpskog krivičnog procesnog prava anglosaksonskom pravu”, *Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije*, Novi Sad 2013, 309

<sup>38</sup> *Ibid.*, 310

<sup>39</sup> Boriša Lečić, „Sporazumi javnog tužioca i okrivljenog”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2/2017, 388

<sup>40</sup> Veljko M. Delibašić, „Sporazum javnog tužioca i okrivljenog o priznanju krivičnog dela”, *Kultura polisa* 32/2017, 363

try to obtain its confession by using different tactics during the interrogation.<sup>41</sup> The interrogation techniques employed by the police make it clear to the suspect that its guilt has already been established, that no one will believe its denials of guilt, and that continuing to deny its crimes will only aggravate its position. The suspect may comply with the police's demands because it simply feels tired and worn out after being questioned for hours or because it believes that the only way to be released is if it says what the police want to hear.<sup>42</sup>

In the Republic of Serbia, the statement of a defendant taken by the police can only be used as evidence in criminal proceedings if it is given in the presence of a defense lawyer.<sup>43</sup> This gives less room for convictions based on false confessions given in the police station because the confession made by the suspect without the presence of counsel, which may occur as the result of psychological or even physical coercion, cannot be used in criminal proceedings. There are also provisions related to the plea agreement in order to prevent false confessions and false convictions: When this agreement is being concluded, the defendant must have a counsel present, and one of the conditions for accepting the agreement by the court is that there is additional evidence that does not contradict the defendant's confession.<sup>44</sup> Finally, when the defendant confesses that it committed a crime, the competent authorities are obliged to continue to gather evidence about the perpetrator and the crime (only) if there is a reasonable doubt as to the accuracy of the confession or if the confession is incomplete, contradictory or unclear and contrary to other evidence.<sup>45</sup>

#### **4.4. Imperfect forensic scientific methods**

As science and technology developed, it became clear that some previously acceptable forensic methods were actually unreliable. For example, for a long time, microscopic hair analysis has been an acceptable way of connecting a suspect to a crime scene. Yet today, this forensic method is considered to be highly subjective and largely dependent on the capability of the competent authorities analyzing the samples.<sup>46</sup> By DNA analysis, it is revealed that “11 percent of the time, two hairs can be microscopically similar yet come from different people”<sup>47</sup>

---

<sup>41</sup> Such as implicit or explicit promises of leniency and implicit or explicit threats of harsher treatment in combination with other interrogation techniques such as accusation, repetition, attacks on denials, and claims that there is other evidence that incriminates the suspect even though such evidence does not actually exist, *etc.*

<sup>42</sup> J. Gould, R. Leo, 846-847

<sup>43</sup> CPC, art. 289 pg. 4

<sup>44</sup> See CPC, art. 313 pg. 2 and art. 371 pg. 1 par. 3

<sup>45</sup> CPC, art. 88

<sup>46</sup> See J. Gould, R. Leo, 853

<sup>47</sup> Convicted defendants left uninformed of forensic flaws found by Justice Dept, <https://perma.cc/4M2B-LA3X>, April 3, 2019.

The AB0 blood type identification was also used to connect biological evidence to suspects.<sup>48</sup> When speaking about this method, it should first be pointed out that it requires a larger blood sample in order to guarantee accurate testing, much larger than the one required for current DNA analysis. Consequently, the smaller the amount of blood tested, the more inaccurate the result will be. In addition, it is clear that matching a blood group does not mean identifying the suspect – approximately 40% of the world population has type 0 blood, about 30% type A blood, around 24% type B, and about 6% type AB blood.<sup>49</sup>

Latent fingerprints left on different surfaces are still challenging to compare and identify.<sup>50</sup> When it comes to non-computer fingerprint comparisons, it is performed by experts using the “ACE-V” procedure. This procedure involves 4 phases: analysis, comparison, evaluation and verification. Various studies attest to the errors inherent in this method. For example, when a group of experts was given 10 matches to verify – 8 of which were correct and 2 incorrect, none of the experts noticed any incorrect matches.<sup>51</sup> In 2007, a court in Baltimore, USA ruled that a forensic expert cannot identify the one suspect and exclude others using the “ACE-V” method.<sup>52</sup>

#### **4.5. Inadequate Defense Representation**

The role of the defense counsel is to protect the innocent party from the mistakes made by other participants in the criminal proceedings. However, the convictions of innocents resulting from inadequate defense representation are still a reality,<sup>53</sup> and this problem can be solved by raising the advocacy capacity, especially when it comes to the court appointed defense counsels.

The court appointed defense counsel must have expert knowledge on criminal case files or a moral character to refuse to represent someone if they believe they are not up to the task. They need to be acquainted with the criminal procedure and have as much experience as possible. These prerequisites should be taken into account when making the roster of court appointed defense counsels. In Serbia,

---

<sup>48</sup> See M. Šatrak *et al.*, „Biološki tragovi na mjestu događaja”, *Medicina fluminensis* 54(2)/2018, 132

<sup>49</sup> World Population By Percentage Of Blood Types, <https://www.worldatlas.com/articles/what-are-the-different-blood-types.html>, April 3, 2019.

<sup>50</sup> Nikola Milašinović, „Polimeri u kriminalistici – otkrivanje latentnih tragova otiska prstiju – od ideje do praktične primene”, *Nauka, bezbednost, policija* 21(3)/2016, 133

<sup>51</sup> Anush Sankaran, Mayank Vatsa, Richa Singh, „Latent Fingerprint Matching: A Survey”, *IEEE Access* 2/2014, 988, table 2

<sup>52</sup> STATE OF MARYLAND v. BRYAN ROSE (K06-0545), <http://www.latent-prints.com/images/State%20Of%20Maryland%20vs%20Bryan%20Rose%20K06-0545.pdf>, April 3, 2019.

<sup>53</sup> Gwen Jordan *et al.*, „Contemporary Perspectives on Wrongful Conviction: An Introduction to the 2016 Innocence Network Conference, San Antonio, Texas, Hofstra Law Review 45/2016, 386; J. Gould, R. Leo, 855; S. Krieger, 354

all interested attorneys can be added to this list.<sup>54</sup> The financial aspect of court appointed defense counsel is a motivation for attorneys to actually dedicate themselves to assigned cases.<sup>55</sup> However, due to the potential for making a nice profit, a large number of attorneys join the list and not all of them have the aforementioned qualities.

It should be kept in mind that criminal proceedings in the Republic of Serbia are designed in such a way that the defense and the prosecution are opposing parties and the court is kind of passive arbitrator. Therefore, the defense attorneys would have to be at least at the same level of expertise as the prosecutors. It is also worth mentioning that the legal concepts such as gathering of evidence and other materials by the defense,<sup>56</sup> the cross-examination of witnesses,<sup>57</sup> the hiring of professional consultant,<sup>58</sup> etc. are called into question if, due to the incompetence of the defense counsel, they are not properly utilized.

## 5. THE INNOCENCE PROJECTS

Amid the struggle to abolish the death penalty, various tactics to draw public attention to the inadmissibility of the death penalty were explored. Traditional moral and religious arguments against capital punishment were not enough, prompting the proponents of the abolition of the death penalty to start using innocence as a messaging tactic focusing on wrongfully convicted persons and flaws of the criminal justice system to convince the public to support abolition. The bottom line was to convince the capital punishment supporters that the execution was too risky, as demonstrated by the wrongful execution of innocent individuals.<sup>59</sup> At about the same time, a theology student, James C. McCloskey<sup>60</sup> founded *Centurion Ministries*, an organization which provided help to the wrongfully convicted persons.<sup>61</sup> As part of his seminary field education work as a student chaplain at a New Jersey prison, McCloskey spent a lot of time talking to a convict who claimed to be innocent, which inspired him to dedicate his life to freeing the wrongfully convicted.<sup>62</sup> Centurion Ministries investigated the cases of the factually innocent,

---

<sup>54</sup> See ex. Official duty (Službena dužnost), [http://akvogns.com/?page\\_id=342](http://akvogns.com/?page_id=342), April 3, 2019.

<sup>55</sup> See Tariff on fees and costs of attorneys (Tarifa o nagradama i naknadama troškova za rad advokata) *Službeni glasnik RS*, no. 121/2012

<sup>56</sup> CPC, art. 301

<sup>57</sup> CPC, art. 2 pg. 1 point 22

<sup>58</sup> CPC, art. 125

<sup>59</sup> S. Krieger, 360

<sup>60</sup> McCloskey was a Vietnam veteran and a successful businessman who decided to abandon his business life and enroll in Princeton Theological Seminary at age 37. R. Norris, 29

<sup>61</sup> S. Krieger, 361

<sup>62</sup> Centurion Innocence Movement, <https://centurion.org/about-us/at-a-glance/>, April 3, 2019.

sentenced to life in prison or death.<sup>63</sup> In the first ten years of its existence, the organization freed 24 people.<sup>64</sup> In 1992, Barry C. Scheck and Peter J. Neufeld, together with Benjamin N. Cardozo School of Law at the Yeshiva University in New York, USA, founded a non-profit organization – The Innocence Project.<sup>65</sup> Since 1988, the founders worked as defense attorneys in cases where DNA samples have been used as evidence, soon becoming DNA specialists themselves. The Innocence Project initially only dealt with cases where a convict could have been exonerated on the basis of post-conviction DNA testing. The organization helped freeing of 364 people to date.<sup>66</sup>

The Innocence Project led to the creation of other similar organizations in cooperation with the law schools where students investigated cases under the mentorship of a professor or a lawyer. The functioning and goals of these later projects were basically the same as those of the “Innocence Project” and “Centurion Ministries.” The only difference was as to whether only cases where there was DNA evidence were accepted for the research or were other cases accepted as well, and whether only cases where the death sentence or life imprisonment has been imposed were accepted or not. In any case, the two above-mentioned organizations impacted today’s organizations of the innocence movement, with the help of journalists who drew the public’s attention to wrongful convictions. All of this resulted in the exoneration of 2395 wrongfully convicted persons in the United States to date, 483 of which occurred due to the post-conviction DNA testing.<sup>67</sup> In addition to case studies, organizations of this type also advocate a criminal justice reform to reduce the number of wrongful convictions.

Today, there are also organization associations that provide *pro bono* case investigation services with the aim to exonerate the wrongfully convicted and eliminate the causes of wrongful convictions, such as the Innocence Network<sup>68</sup> (69 members, 56 of which are from the US) and the Red Innocente<sup>69</sup> (15 members from 9 Latin America countries). In Europe, there are similar organizations in the United Kingdom, Ireland, France, the Netherlands, Spain, Italy, the Czech Republic and Poland, and when it comes to the Balkan countries, Croatia has plans to set up innocence projects in the near future.<sup>70</sup>

---

<sup>63</sup> G. Carroll, 673

<sup>64</sup> Centurion Innocence Movement, <https://centurion.org/about-us/at-a-glance/>, April 3, 2019.

<sup>65</sup> R. Norris, 31

<sup>66</sup> Innocence Project, <https://www.innocenceproject.org/#causes>, April 3, 2019.

<sup>67</sup> The National Registry of Exonerations, <http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/Race-and-Wrongful-Convictions.aspx>, February 26, 2019.

<sup>68</sup> About the Innocence Network, <https://innocencenetwork.org/about/>, April 3, 2019.

<sup>69</sup> Red Innocente, <http://redinocente.org/>, April 3, 2019.

<sup>70</sup> Science conferences and panels on this topic were held in Zagreb in 2015, in Split in 2016 and in Dubrovnik in 2018, after which it was announced that all prerequisites had been met in Croatia to officially launch the Innocence Project. See Innocence project launched in Croatia,

## 6. THE ROLE OF DNA TESTING IN FREEING THE WRONGFULLY CONVICTED

After the British geneticist Alex Jeffreys discovered the techniques for DNA profiling, forensic science started using his methods both to incriminate suspects and to eliminate suspicion. After the DNA testing was conducted, in the first case, the DNA profile from the disputed biological sample, as a biological trace of unknown origin found at the crime scene, and the DNA profile from the undisputed biological sample, as the sample of a known person (the suspect), would match. In the second case, when DNA profiling is used to eliminate suspicions, the DNA profiles would not match. After DNA databases were created, the DNA profile of a disputed sample could be “run” through the database, thus immediately incriminating the individual whose DNA profile, stored in the database, matched the one found at the crime scene. DNA databases also play a significant role in DNA profiling upon completion of criminal proceedings: once it is confirmed that the DNA profile from the disputed sample and the DNA profile of the convicted person do not match, the actual perpetrator can be found by running the former sample through the database. The actual perpetrator was found in 50% of cases in which wrongfully convicted were exonerated based on post-conviction DNA analysis. In more than 3/4 of these cases, the wrongfully convicted were exonerated with the help of the DNA database. However, in order to use DNA in this way, it is necessary to have the database of DNA profiles. In Serbia, there is only an informal database of DNA profiles within the laboratories performing DNA analysis<sup>71</sup> and within the Ministry of Interior,<sup>72</sup> while the official DNA database will be established by April 2020.<sup>73</sup> On the other hand, some countries launched a DNA database over 20 years ago.<sup>74</sup>

We can, therefore, conclude that DNA analysis is, because of its accuracy rate, the most appropriate means of proving wrongful convictions. Letting an expert compare DNA profiles is much easier than pondering whether and why the

<https://www.jutarnji.hr/vijesti/hrvatska/u-hrvatskoj-pokrenut-projekt-neduznosti-osudenim-osobama-omogucit-ce-preispitivanje-njihovih-predmeta-radi-utvrdivanja-neduznosti/7129305/?fbclid=IwAR1Yc34ien3z8vxvoZSL8Hr8IMx2WxAo9UVJgz7v4C5k-XM9-Zlh-ZazJ0>, April 3, 2019.

<sup>71</sup> Ištván Feješ, „Zakonitost primene DNK analize u krivičnom postupku“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* 1-2/2008, 471

<sup>72</sup> Proposal of the Negotiating Position of the Republic of Serbia for the Intergovernmental Conference on the Accession of the Republic of Serbia to the European Union for Chapter 24 – Justice, Freedom and Security, Belgrade 2016. <http://eukonvent.org/wp-content/uploads/2016/07/PG24-Pregovaracka-pozicija.pdf>, 19

<sup>73</sup> See National DNA Register Act, *Službeni glasnik RS*, no. 24/2018, art. 10 pg. 1

<sup>74</sup> DNA databases were established back in 1994 and 1995 in the US and UK, in 1999 and 2000 in Austria, Germany, the Netherlands, Slovenia, Finland and Norway, and later on in Denmark, Switzerland, Croatia, Bulgaria, Montenegro and many other countries. Tijana Đurđević, „Zakon o nacionalnom DNK registru: čekajući odluku Ustavnog suda“, *Pravni život* 9/2018 Tom 1, 278

witness misidentified the perpetrator. So why is the “DNA – non-DNA” exoneration ratio 1:5 – even in the US?<sup>75</sup> The answer to this question should be sought in the conditions for post-conviction DNA analysis.

Firstly, for a DNA profile to be generated from the unknown sample, a biological trace must be left behind at the scene of the crime – which depends on the nature of the crime and the manner of its execution. Secondly, if biological traces are left behind, those traces must be available at the time when subsequent DNA analysis is ordered. In this regard, in the US, the length of biological trace evidence preservation varies depending on the state and crime.<sup>76</sup> Florida law, for example, provides that in a case in which the death penalty is imposed, the evidence shall be maintained for 60 days after execution of the sentence.<sup>77</sup> The Innocence Project revealed that (only) 29% of closed cases from 2004 to 2015 were “closed” because of lost or destroyed evidence.<sup>78</sup> Thirdly, post-conviction DNA testing must be permitted. “Justice for All Act” is an act that, among other things, regulates the issue of post-conviction DNA testing in the US and sets the terms under which it is permitted.<sup>79</sup> Since the conditions are not too restrictive, it is said that it is actually surprising that not all prisoners in the US have already filed a petition for post-conviction DNA testing.<sup>80</sup> And finally, since exonerations can occur only after a retrial, the law must provide for the possibility of retrial.

## 7. POSSIBILITIES IN THE REPUBLIC OF SERBIA

As noted in the preceding chapters, in the absence of precise research, we can assume that wrongful convictions are also happening in Serbia – the same as in every other country. Speaking about the opportunities afforded by DNA, the DNA analysis is covered by evidentiary action – obtaining samples and is used in criminal proceedings, while the country still does not have an official DNA database. Organizations such as innocence projects also do not exist in the Republic of Serbia.

---

<sup>75</sup> Exonerations by year: DNA and non-DNA, <http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/Exoneration-by-Year.aspx>, 26.02.2019.

<sup>76</sup> See Evidence Retention Laws, <http://victimsofcrime.org/docs/default-source/dna-resource-center-documents/evidence-retention-check-chart-9-5.pdf?sfvrsn=2>, April 3, 2019.

<sup>77</sup> The 2018 Florida Statutes, [http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App\\_mode=Display\\_Statute&Search\\_String=&URL=0900-0999/0925/Sections/0925.11.html](http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&Search_String=&URL=0900-0999/0925/Sections/0925.11.html), April 3, 2019.

<sup>78</sup> DNA Exonerations in the United States, <https://www.innocenceproject.org/dna-exonerations-in-the-united-states/>, April 3, 2019.

<sup>79</sup> Justice for All Act of 2004, <https://www.justice.gov/archive/olp/pdf/jfaa2004.pdf>, April 3, 2019.

<sup>80</sup> Even for a guilty man, filing a petition for a post-conviction DNA testing could pay off if there is even the smallest chance that the DNA evidence found at the crime scene would not match his DNA, which could happen due to a technical error. G. Carroll, 698, 692

In the context of the aforementioned assumptions for the exoneration of convicted persons through post-conviction DNA testing, it should be emphasized that there is no regulation on the preservation of evidence after the final verdict, nor any regulation on post-conviction DNA testing. An extraordinary legal remedy may be used – the request for reopening criminal proceedings, if new facts are presented or new evidence submitted, which, in themselves or in connection with earlier facts or evidence, may lead to rejection of the charges or an acquittal or a conviction according to a more lenient criminal law.<sup>81</sup> It seems that, when the conditions for post-conviction DNA analysis are met, the request for reopening criminal proceedings could be placed under this category because the same fact in different circumstances, with different interpretation, using the opportunities afforded by the advancement of technology, may be crucial in proving innocence.<sup>82</sup>

The key problem, however, is that evidence is not preserved after the final verdict,<sup>83</sup> therefore, neither is the evidence that contains biological traces from which DNA could be extracted. The CPC has an article<sup>84</sup> which provides that keeping of records on the samples taken for DNA analysis,<sup>85</sup> their safekeeping and destruction is regulated by the act referred to in Article 279 of the Code. That Article states that the manner of keeping *criminal records* is regulated by the government. The criminal records have nothing to do with the crime scene samples, nor did the government regulate the manner of preserving the criminal record as per this Article. Therefore, there would be no evidence to compare with the DNA profile of the convicted person after the criminal proceedings were completed.

If this practice were to be changed now, if the permanent preservation of evidence or biological traces from the crime scene were to be regulated, this would not help the wrongfully convicted who are currently serving their sentences. It could possibly help those wrongfully convicted in the future, especially given that the national DNA database will soon be created and will be expanded over time. However, since DNA analysis is already being used as evidence in criminal proceedings, running the unknown DNA profile taken from the biological traces found at the crime scene subsequently through a larger base, will not help someone who was convicted on the basis of DNA evidence because its DNA profile already matched the DNA profile from the crime scene. If that person was wrongfully convicted, for example, because DNA had been tampered with, then post-con-

---

<sup>81</sup> CPC, art. 473 pg. 1 point 3

<sup>82</sup> Davor Derenčinović, Sunčana Roksandić Vidlička, Marta Dragičević Prtenjača, “Projekti nedužnosti i naknadna DNK vještačenja u Republici Hrvatskoj – moguća stvarnost ili nedostizna želja”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 67(3-4)/2017, 387

<sup>83</sup> See CPC art. 147 pg. 1, art. 151 pg. 1, art. 153 pg. 4, art. 276 pg. 4 and 5; Judicial deposit, <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/050917/050917-vest2.html>, 06.03.2019.

<sup>84</sup> CPC, art. 142 pg. 2

<sup>85</sup> Including the samples found at the crime scene or in some other place where the crime traces are located.

viction DNA analysis would once again be of no help. Only future convictions based on other type of evidence, which does not include DNA samples, can benefit from this. However, if a biological trace was found at the crime scene, that trace would have been used as evidence in the criminal proceedings, so it seems that then we can only talk about post-conviction DNA analysis if the biological trace is found later on. And this is one of the reasons to request a retrial according to the current rules, as mentioned above. On the other hand, innocence projects, which would investigate cases no matter if the DNA evidence exist, would be useful both from a practical and a scientific and academic point of view, especially if they were organized with the support of law schools, which is, comparatively speaking, often the case.

## 8. CONCLUSION

When compared to previous forensic science methods, DNA analysis is undoubtedly a revolutionary technique. Its benefits include the expert examination of DNA traces in criminal proceedings, which is now universally accepted evidence. In countries with established DNA database, DNA is also used for discovering incriminating evidence against the suspect in pre-trial proceedings. Finally, DNA may also be used after the final judgment to exonerate the wrongfully convicted.

With it comes to the latter, post-conviction DNA analysis is just one way of determining a wrongful conviction. When conducted by an expert, it is the most reliable and the simplest method, however, it assumes that biological traces are found at the scene of the crime and that those traces are preserved until the time the post-conviction DNA analysis is requested. Even in the US, where the biological traces are preserved even after the final verdict, “DNA – Non-DNA” exonerations have a ratio of 1:5. In countries where the evidence is not kept after the final verdict, one of which is the Republic of Serbia, as long as that is the case, despite the possibility of using an extraordinary legal remedy that would allow a retrial, post-conviction DNA analysis simply cannot be conducted.

Other ways of determining a wrongful conviction and finally exonerating the wrongfully convicted are based on the traditional concept of investigating cases, finding evidence in favor of the convicted and then seeking a retrial. In this way, the largest number of wrongful convictions in the world has been overturned. Yet the majority of wrongful convictions have never been overturned. In order to achieve the goal of criminal proceedings *to prevent the conviction of any innocent person*, it must be first acknowledged that the criminal justice system makes mistakes. Then, the causes of conviction of the innocent must be investigated and should be eliminated through judicial reform. Finally, one should think about whether and in what way the current as well as all future convicts punished for other people’s

actions, can be helped. Organizations such as the “Innocence Project,” which are commonplace in the United States and no longer represent a rare sight in European countries, would make a significant contribution to these activities.

## REFERENCES

- Adnan Fazlić, Irma Deljkić, „Multidisciplinarni pristup provođenju radnje prepoznavanja osoba u kriminalističkoj istrazi”, Kriminalistička teorija i praksa 4(2)/ 2017  
About the Innocence Network, <https://innocencenetwork.org/about/>, 03.04.2019.  
America’s Guilty Plea Problem: Chris Ochoa, <https://www.youtube.com/watch?v=AU65911-BbU>, 03.04.2019.
- Anush Sankaran, Mayank Vatsa, Richa Singh, „Latent Fingerprint Matching: A Survey”, IEEE Access 2/2014
- Boriša Lečić, „Sporazumi javnog tužioca i okrivljenog”, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2/2017
- Bruce A. MacFarlane, Wrongful Convictions: The Effect of Tunnel Vision and Pre-disposing Circumstances in the Criminal Justice System, Toronto 2008
- Veljko M. Delibašić, „Sporazum javnog tužioca i okrivljenog o priznanju krivičnog dela”, Kultura polisa 32/2017
- Gilles Perrault: “L’honneur de la justice est d’admettre qu’elle peut se tromper”, <https://www.humanite.fr/node/241053>, 06.03.2019.
- Gwen Jordan et al., „Contemporary Perspectives on Wrongful Conviction: An Introduction to the 2016 Innocence Network Conference, San Antonio, Texas, Hofstra Law Review 45/2016
- Gwendolyn Carroll, „Proven Guilty: An Examination of the Penalty-Free World of Post-Conviction DNA Testing”, The Journal of Criminal Law and Criminology 97(2)/2007
- Davor Derenčinović, Sunčana Roksandić Vidlička, Marta Dragičević Prtenjača, „„Projekti nedužnosti” i naknadna DNK vještačenja u Republici Hrvatskoj – moguća stvarnost ili nedostizna želja”, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu 67(3-4)/2017
- Daniel S. Medwed, Prosecution Complex: America’s Race to Convict, and Its Impact on the Innocent, New York 2012
- DNA Exonerations in the United States, <https://www.innocenceproject.org/dna-exonerations-in-the-united-states/>, 03.04.2019.
- Ellen Yaroshefsky, „Ethics and Plea Bargaining – What’s Discovery Got to Do With It”, Criminal Justice 28/2008
- Ernest van den Haag, „The Death Penalty Once More”, UC Davis Law Review 18(4)/1985  
Evidence Retention Laws, <http://victimsofcrime.org/docs/default-source/dna-resource-center-documents/evidence-retention-check-chart-9-5.pdf?sfvrsn=2>, 03.04.2019.
- Exonerations by year: DNA and non-DNA, <http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/Exoneration-by-Year.aspx>, 26.02.2019.
- Eyewitness Misidentification, <https://www.innocenceproject.org/causes/eyewitness-misidentification/>, 03.04.2019.

- Zakon o nacionalnom DNK registru, Službeni glasnik RS, br. 24/2018  
Zakonik o krivičnom postupku – ZKP, Službeni glasnik RS, br. 72/2011, 101/2011,  
121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014
- Zoran Kesić, Radomir Zekavica, „Sloboda ili sigurnost : izbor koji nameće aktuelni  
rat protiv terorizma”, Naučno-stručni skup sa međunarodnim učešćem Evropske  
integracije: pravda, sloboda i bezbednost, Kriminalističko-policijiska akademija,  
Beograd, Maj 2016, Tom 3, Tara
- Ivan Ilić, Ispitivanje činjenične osnove krivične presude : doktorska disertacija, Uni-  
verzitet u Nišu, Pravni Fakultet, Niš 2018
- Ištvan Feješ, „Zakonitost primene DNK analize u krivičnom postupku“, Zbornik  
radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 1-2/2008
- Innocence Project – Chris Ochoa, <https://www.youtube.com/watch?v=0xJlsxCGw9w>,  
03.04.2019.
- Innocence Project, <https://www.innocenceproject.org/#causes>, 03.04.2019.
- Innocents Database, <http://forejustice.org/idbinternational.html>, 03.04.2019.
- Jon B. Gould, Richard A. Leo, „One Hundred Years Later: Wrongful Convictions after  
a Century of Research”, The Journal of Criminal Law and Criminology 100(3)/2010
- Justice for All Act of 2004, <https://www.justice.gov/archive/olp/pdf/jfaa2004.pdf>,  
03.04.2019.
- List of miscarriage of justice cases, [https://en.wikipedia.org/wiki/List\\_of\\_miscar-  
riage\\_of\\_justice\\_cases](https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_miscar-<br/>riage_of_justice_cases), 03.04.2019.
- Lynne Weathered, „Investigating Innocence – The Emerging Role of Innocence Pro-  
jects in the Correction of Wrongful Conviction in Australia”, Griffith Law Re-  
view 12(1)/2003
- M. Šatrak et al., „Biološki tragovi na mjestu događaja”, Medicina fluminensis 54(2)/2018
- Michael D. Risinger, „Innocents Convicted: An Empirical Justified Factual Wrongful  
Conviction Rate” The Journal of Criminal Law & Criminology 97(3)/2007
- Nikola Milašinović, „Polimeri u kriminalistici – otkrivanje latentnih tragova otiska  
prstiju – od ideje do praktične primene”, Nauka, bezbednost, policija 21(3)/2016
- Predlog Pregovaračke pozicije Republike Srbije za Međuvladinu konferenciju o pris-  
tupanju Republike Srbije Evropskoj uniji za poglavlje 24 – „Pravda, sloboda i  
bezbednost“, Beograd 2016. [http://eukonvent.org/wp-content/uploads/2016/07/  
PG24-Pregovaracka-pozicija.pdf](http://eukonvent.org/wp-content/uploads/2016/07/<br/>PG24-Pregovaracka-pozicija.pdf)
- Red Inocente, <http://redinocente.org/>, 03.04.2019.
- Richard Danziger, [https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/casedetail.  
aspx?caseid=3152](https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/casedetail.<br/>aspx?caseid=3152), 03.04.2019.
- Robert J. Norris, „Framing DNA: Social Movement Theory and the Foundations of the  
Innocence Movement”, Journal of Contemporary Criminal Justice 33(1)/ 2017
- Ronald C. Huff, Martin Killias, „Wrongful Conviction: Conclusions from an Inter-  
national Overview”, Wrongful Conviction: International Perspectives on Mis-  
carriages of Justice (eds. Ronald C. Huff, Martin Killias), New York 2013
- Saša Atanasov, Uloga svedoka u otkrivanju i dokazivanju krivičnog dela: doktorska  
disertacija, Univerzitet u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitro-  
vici, Pravni fakultet, Kosovska Mitrovica 2016
- Službena dužnost, [http://akvogns.com/?page\\_id=342](http://akvogns.com/?page_id=342), 03.04.2019.

- Snežana Brkić, „Priznanje okrivljenog kao tačka približavanja srpskog krivičnog procesnog prava anglosaksonskom pravu”, Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske unije, Novi Sad 2013
- Sudski depozit, <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/050917/050917-vest2.html>, 06.03.2019.
- S. R. Grossa et al, „Rate of false conviction of criminal defendants who are sentenced to death”, PNAS, 11(20)/2014
- Sir William Blackstone, <https://www.britannica.com/biography/William-Blackstone>, 03.04.2019.
- STATE OF MARYLAND v. BRYAN ROSE (K06-0545), <http://www.latent-prints.com/images/State%20Of%20Maryland%20vs%20Bryan%20Rose%20K06-0545.pdf>, 03.04.2019.
- Stephanie Roberts, Lynne Weathered, „Assisting the Factually Innocent: The Contradictions and Compatibility of Innocence Projects and the Criminal Cases Review Commission”, Oxford Journal of Legal Studies 29(1)/2009
- Steven A. Krieger, „Why Our Justice System Convicts Innocent People, and the Challenges Faced by Innocence Projects Trying to Exonerate Them”, New Criminal Law Review 14(3)/2011
- Tarifa o nagradama i naknadama troškova za rad advokata, Službeni glasnik RS, br. 121/2012
- Tijana Đurđević, „Zakon o nacionalnom DNK registru: čekajući odluku Ustavnog suda”, Pravni život 9/2018 Tom 1
- The 2018 Florida Statutes, [http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App\\_mode=Display\\_Statute&Search\\_String=&URL=0900-0999/0925/Sections/0925.11.html](http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&Search_String=&URL=0900-0999/0925/Sections/0925.11.html), 03.04.2019.
- The National Registry of Exonerations, <http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/Race-and-Wrongful-Convictions.aspx>, 03.04.2019.
- U Hrvatskoj pokrenut projekat nedužnosti, <https://www.jutarnji.hr/vijesti/hrvatska/u-hrvatskoj-pokrenut-projekt-neduznosti-osudenim-osobama-omogucit-ce-preispitivanje-njihovih-predmeta-radi-utvrdivanja-neduznosti/7129305/?fbclid=IwAR1Yc34ien3z8xvxoZSL8Hr8IMx2WxSAo9UVJgz7v4C5k-XM9-Zlh-ZazJ0>, 03.04.2019.
- False Confessions & Recording Of Custodial Interrogations, <https://www.innocenceproject.org/causes/false-confessions-admissions/>, 03.04.2019.
- Hugo Adam Bedau, Michael L. Radelet, „Miscarriages of Justice in Potentially Capital”, Stanford Law Review, 40(1)/1987
- Centurion Innocence Movement, <https://centurion.org/about-us/at-a-glance/>, 03.04.2019.
- Chris Ochoa: A True Story of a False Confession, [https://www.youtube.com/watch?v=9aI8AqB\\_TLA](https://www.youtube.com/watch?v=9aI8AqB_TLA), 03.04.2019.
- Chrisje Brants, „Vulnerability of Dutch Criminal Procedure to Wrongful Conviction”, *Wrongful Conviction: International Perspectives on Miscarriages of Justice* (eds. Ronald C. Huff, Martin Killias), New York 2013
- Convicted defendants left uninformed of forensic flaws found by Justice Dept, <https://perma.cc/4M2B-LA3X>, 03.04.2019.
- World Population By Percentage Of Blood Types, <https://www.worldatlas.com/articles/what-are-the-different-blood-types.html>, 03.04.2019.

Tijana V. Đurđević, student doktorskih studija  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
durdevict@yahoo.com

## **Da li je DNK analiza ključ slobode za pogrešno osuđene?**

**Sažetak:** Podatak da je nakon otkrića DNK i mogućnosti identifikacije lica na osnovu DNK zahvaljujući naknadnoj DNK analizi oslobođeno blizu pet stotina pogrešno osuđenih inspirisao nas je da istražimo pitanje pogrešnih osuda i ulogu DNK analize u njihovom ispravljanju. U članku se najpre razmatraju pojам i posledice, procene o učestalosti i uzroci pogrešnih osuda, a potom se daje prikaz pojedinih organizacija koje se u uporednoj praksi bave istraživanjem slučajeva pogrešnih osuda. Nadalje se objašnjava uloga DNK u oslobođanju pogrešno osuđenih kao i pretpostavke koje moraju postojati da bi se osude mogle ispraviti na ovaj način. Na samom kraju članka razmatraju se trenutne mogućnosti i perspektive u našoj zemlji u vezi sa ispravljanjem pogrešnih osuda putem naknadne DNK analize, ali i na druge načine.

**Ključne reči:** krivični postupak, pogrešno osuđeni, DNK, projekti nevinosti.

Datum prijema rada: 23.04.2019.



*Kristian Z. Kovač, Ph.D. Student  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad  
kristian.kovac@yahoo.com*

## INTERNATIONAL LEGAL ASPECTS OF THE CHAGOS ARCHIPELAGO CASE

**Abstract:** Chagos Archipelago is a territory that was detached from Mauritius in 1965 on the basis of the Lancaster House Agreement concluded between the governments of the United Kingdom and Mauritius, a colony of the United Kingdom in that period. That same year, the United Kingdom founded the British Indian Ocean Territory, which includes, *inter alia*, the territory of this archipelago. Mauritius gained its independence on 12th March 1968, while the Chagos Archipelago remained under the colonial rule of the United Kingdom. Mauritius continues to regard the Chagos Archipelago as its own territory, and is continually trying to use available international legal mechanisms to challenge the 1965 detachment of the Chagos Archipelago. The author investigates the international legal aspects of the longstanding dispute between Mauritius and the United Kingdom, such as the issue of the depopulation of the Chagos Archipelago, the unilateral proclamation of a Marine Protected Area by the United Kingdom in 2010, regarding which Mauritius initiated an arbitration award under the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), as well as the issues of decolonization and the right of the people to self-determination, regarding which the United Nations General Assembly requested by Resolution 71 / 292 of 22 June 2017 an Advisory Opinion of the International Court of Justice on the subject matter. The Advisory Opinion of the International Court of Justice was made on 25th February 2019.

**Keywords:** decolonisation, right to self-determination, human rights, marine protected area, International Court of Justice.

### INTRODUCTION

On 25<sup>th</sup> February 2019, the International Court of Justice (hereinafter – ICJ) adopted the Advisory Opinion on the Legal consequences of the separation of the

Chagos Archipelago from Mauritius in 1965.<sup>1</sup> In this Advisory Opinion, the ICJ expressed the view that the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (hereinafter – the UK) is under an obligation to bring to an end its administration of the Chagos Archipelago as rapidly as possible.<sup>2</sup> The proceedings before the ICJ were initiated on the basis of United Nations (hereinafter – UN) General Assembly Resolution 71/292.<sup>3</sup> This ICJ procedure was preceded by a long-standing dispute between Mauritius and the UK, which has more international legal aspects, such as the issue of the depopulation of the Chagos Archipelago, the issue of the unilateral proclamation of a Marine Protected Area (hereinafter – MPA) by the UK 2010, regarding which Mauritius initiated an arbitration award under the 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS),<sup>4</sup> as well as the issues of decolonization and the right of the people to self-determination, regarding which the UN General Assembly requested by Resolution 71 / 292 of 22 June 2017 an Advisory Opinion of the International Court of Justice on the subject matter. In order to research the mentioned international legal aspects of the Chagos Archipelago case, it is firstly necessary to explain the historical background and the factual circumstances of this case.

## 1. HISTORICAL BACKGROUND AND THE FACTUAL CIRCUMSTANCES OF THE CHAGOS ARCHIPELAGO CASE

The Chagos Archipelago is located in the Indian Ocean, south of India, about halfway between Africa and Indonesia, and it consists of numerous islands and atolls, the biggest of which is the island of Diego Garcia.<sup>5</sup> Between 1814 and 1965, the Chagos Archipelago was administered by the UK, as the territory of Mauritius, which was under UK colonial rule. The first colonial administration of Mauritius was established in 1715 by France which named it Ile de France.<sup>6</sup> In 1810, the British captured Ile de France and renamed it Mauritius.<sup>7</sup> By the Treaty of Paris of 1814, France ceded Mauritius and all its dependencies to the United Kingdom.<sup>8</sup>

---

<sup>1</sup> ICJ, Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago From Mauritius In 1965 (Advisory Opinion), 2019, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/169/169-20190225-01-00-EN.pdf>, 1st April 2019.

<sup>2</sup> *Ibid.* para. 183.

<sup>3</sup> UN General Assembly Resolution A/RES/71/292 2017 (Resolution 71/292), [https://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/71/292](https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/71/292), 1st April 2019.

<sup>4</sup> United Nations Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), [http://www.un.org/depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/unclos\\_e.pdf](http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf), 1st April 2019.

<sup>5</sup> See. British Indian Ocean Territory, [https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/print\\_io.html](https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/print_io.html), 1th April 2019.

<sup>6</sup> Advisory Opinion, para. 27.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> *Ibid.*

After World War II, the issue of decolonization was opened, and on 14th December 1960, the UN General Assembly adopted the Resolution 1514 (XV), „Declaration on the granting of independence to colonial countries and peoples“,<sup>9</sup> which accelerated the process of decolonization. During 1964., the United States of America (hereinafter – USA) expressed an interest in establishing military facilities on the island of Diego Garcia., and discussions commenced between the USA and the UK regarding this subject.<sup>10</sup> On 23th September 1965, the representatives of the Mauritius colony concluded the Lancaster House Agreement with the UK Government, which defined the detachment of the Chagos Archipelago from Mauritius, and in December that year, the UK founded the British Indian Ocean Territory (hereinafter – BIOT) which consists from the Chagos Archipelago and three island's detached from Seychelles<sup>11</sup>.<sup>12</sup> In 1966, the UK and the USA concluded an agreement by which the island of Diego Garcia was leased to the United States for 50 years for defense purposes (establishment of a military base), with the possibility of extending it to an additional 20 years.<sup>13</sup> From 1967 to 1973, all the local population of the Chagos Archipelago<sup>14</sup> were either prevented from returning to the territory of the archipelago or forcibly removed and prevented from returning by the UK, while the main forcible removal of Diego Garcia's population took place in July and September 1971, on the basis of administrative decision of the UK to satisfy USA defense needs.<sup>15</sup> Mauritius gained independence on 12th March 1968, while the Chagos Archipelago remained under the colonial administration of the UK. Mauritius still considers the Chagos Archipelago as its own territory, and is continuously trying to use the available legal mechanisms to challenge the detachment of the Chagos Archipelago in 1965. On the territory of the Chagos Archipelago, the UK unilaterally proclaimed a MPA, regarding which Mauritius initiated an arbitration award under the UNCLOS. With the adoption of the Resolution 71/292 on 22<sup>nd</sup> June 2017, the UN General Assembly initiated proceedings before the ICJ for the adoption of an Advisory Opinion, about the question of compliance of the process of decolonization of Mauritius completed

---

<sup>9</sup> UN General Assembly Resolution A/RES/15/1514 (XV) 1960 „Declaration on the granting of independence to colonial countries and peoples“ (Resolution 1514), [https://undocs.org/A/Res/1514\(XV\)](https://undocs.org/A/Res/1514(XV)), 2<sup>nd</sup> April 2019.

<sup>10</sup> See. Advisory Opinion, para. 31.

<sup>11</sup> Aldabra, Farquhar and Desroches islands.

<sup>12</sup> See. Advisory Opinion, para. 32,33.

<sup>13</sup> See. Agreement concerning the availability for defense purposes of the British Indian Ocean Territory, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20603/volume-603-I-8737-English.pdf>, 2nd April 2019.

<sup>14</sup> The population of the Chagos Archipelago are also known as Chagossians or *Ilois* (the Islanders). They have African, Malayan and Indian origin.

<sup>15</sup> See. Advisory Opinion, para. 37,43.

with the international law, as well as about the consequences under international law arising from the continued administration by the UK of the Chagos Archipelago.<sup>16</sup>

## 2. DEPOPULATION OF THE CHAGOS ARCHIPELAGO

The depopulation of the Chagos Archipelago was carried out between 1967 and 1973, in which period the entire population of the Chagos Archipelago, was either prevented from returning or forcibly removed and prevented from returning by the UK.<sup>17</sup> According to the UK regulations, since 1971, the arrival or stay of any person in the territory of the Chagos Archipelago without a permit, has been declared illegal. Between 1971 and 1982, negotiations were conducted between the UK and Mauritius, as well as Seychelles, which resulted in the establishment of a trust fund by the UK Government as compensation for the displaced population of the Archipelago.<sup>18</sup> In the period between 1983 and 1984, the sum of approximately 4 million British Pounds paid by the UK was disbursed to 1,344 Chagossians with a condition for collecting the funds, that the islanders sign or to place a thumbprint on a form renouncing their right to return to the Chagos Archipelago.<sup>19</sup> The form was a one-page legal document, written in English, without a Creole translation, and only 12 persons refused to sign this document.<sup>20</sup>

Among the important international institutions, the issue of violation of human rights of the inhabitants of the Chagos Archipelago was a subject of activity of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination established by Article 8 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination<sup>21</sup>, the Human Rights Committee established by Article 28 of the International Covenant on Civil and Political Rights<sup>22</sup>, and also, the natives of, or descendants of natives of the Chagos Archipelago submitted an application

---

<sup>16</sup> See. Resolution 71/292.

<sup>17</sup> Advisory Opinion, para. 43.

<sup>18</sup> See. British Indian Ocean Territory, [https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/print\\_io.html](https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/print_io.html), 1st April 2019.

<sup>19</sup> See. Advisory Opinion, para. 120.

<sup>20</sup> See. *Ibid.*

<sup>21</sup> International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination Adopted and opened for signature and ratification by General Assembly resolution 2106 (XX) of 21 December 1965, <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cerd.pdf>, 4th April 2019.

<sup>22</sup> International Covenant on Civil and Political Rights 1960 – ICCPR, <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%20999/volume-999-i-14668-english.pdf>, 4th April 2019.

to the European Court of Human Rights (hereinafter – ECHR) on 20th September 2004, citing violations of Article 3 (Prohibition of torture), Article 6 (Right to a fair trial), Article 8 (Right to respect for private and family life) and Article 13 (The right to an effective remedy) of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms<sup>23</sup> and Article 1 (Protection of property) of Protocol no. 1 of this Convention.<sup>24</sup>

The Committee on the Elimination of Racial Discrimination considers the situation of the Chagos Archipelago in its Concluding observations on the UK.<sup>25</sup> In 2003, this Committee expressed regret that the UK had not provided any information on the implementation of the Convention in the BIOT in its report, while in 2006, the UK replied to the Committee that the Convention does not apply to the BIOT bearing in mind that BIOT has no permanent inhabitants..<sup>26</sup> In 2011, the Committee expressed concern about the UK position regarding the application of the Convention in the BIOT, and it reminded the UK that the Convention is applicable to all territories under its control.<sup>27</sup> In the Concluding observations on the twenty-first to twenty-third periodic reports of UK, the Committee expressed its regrets that no progress has been made to implement the Committee's previous recommendation to withdraw all discriminatory restrictions on Chagossians (Ilois) from entering Diego Garcia or other islands in the Chagos Archipelago.<sup>28</sup> Also, the Committee expressed its regrets, due to the fact that the UK continues to maintain its position that the Convention does not apply to the BIOT on the grounds that it has no permanent population and that it has not yet extended the application of the Convention to the BIOT.<sup>29</sup>

---

<sup>23</sup> Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (CETS No.005), 04.11.1950, <https://rm.coe.int/1680063765>, 4th April 2019.

<sup>24</sup> See. *Chagos Islanders v. The United Kingdom*, No. 35622/04, para. 32-36, ECHR 20/12/2012.

<sup>25</sup> See. Amy Schwebel, „International Law and Indigenous People’s Rights: What Next for the Chagossians“, *Fifty Years of the British Indian Ocean Territory: Legal Perspectives*, Stephen Allen, Chris Monaghan (eds.), Springer International Publishing AG, part of Springer Nature, Cham, Switzerland, 2018, 329.

<sup>26</sup> See. Submission to the Committee on the Elimination of Racial Discrimination By Minority Rights Group International, International Non-Governmental Organisation with ECOSOC Consultative Status, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland 90th Session, 2-26 August 2016., 3,4, [https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/GBR/INT\\_CERD\\_IFN\\_GBR\\_24489\\_E.pdf](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/GBR/INT_CERD_IFN_GBR_24489_E.pdf), 4th April 2019.

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> Concluding observations on the twenty-first to twenty-third periodic reports of United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Committee on the Elimination of Racial Discrimination, CERD/C/GBR/CO/21-23, 26 August 2016, 9, [https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/GBR/CERD\\_C\\_GBR\\_CO\\_21-23\\_24985\\_E.pdf](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/GBR/CERD_C_GBR_CO_21-23_24985_E.pdf), 3th April 2019.

<sup>29</sup> *Ibid.*

The Human Rights Committee, considering the periodic reports submitted by the United Kingdom in 2001, noted that the UK's acceptance that its prohibition of the return of Chagossians who had left or been removed from the territory was unlawful, and it recommended that the UK should, to the extent still possible, seek to make exercise of the Chagossians' right to return to their territory practicable.<sup>30</sup> The UK didn't submitted reports to the Human Rights Committee about the territory of BIOT, stating that BIOT has no permanent population, which represents the same argument which the UK expressed when excluded the BIOT territory from the periodic reports submitted to the Committee on the Elimination of Racial Discrimination. In the Concluding observations of the Human Rights Committee on the subject of the Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 40 of the ICCPR, the Committee regrets that, despite its previous recommendation, the UK has not included the BIOT in its periodic report because it claims that, owing to an absence of population, the ICCPR does not apply to this territory.<sup>31</sup> The Committee recommended, that the UK should ensure that the Chagossians can exercise their right to return to their territory, and that it should include the BIOT in its next periodic report.<sup>32</sup> In the following, seventh periodic report which the UK submitted in April 2013, the BIOT territory was included in the report. In this report, it is emphasized, that in 2008, the Law Lords (the Supreme Court of the UK) confirmed that no person has the right of abode in BIOT or the right to enter the BIOT unless authorized. In addition, it is mentioned that a case has been brought against the UK at the ECHR around these issues.<sup>33</sup>

A group of 1786 natives of, or descendants of natives of the Chagos Archipelago, on 20th September 2004, submitted an application to the ECHR citing violations of Articles 3, 6, 8, 13 of the European Convention on Human Rights and Article 1 of Protocol no. 1 of this Convention by the UK. The ECHR declared this application inadmissible for formal reasons, without entering into a merit-based resolution of the allegations contained in the application. Namely, having accepted and received compensation and thus having effectively renounced on bringing any further local remedies, the applicants could therefore no longer claim

---

<sup>30</sup> Advisory Opinion, para. 123.

<sup>31</sup> See. Concluding observations of the Human Rights Committee – Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 40 of the Covenant, Human Rights Committee, CCPR/C/GBR/CO/6 30 July 2008, para. 22., [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/GBR/CO/6&Lang=Fr](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/GBR/CO/6&Lang=Fr), 5th April 2019.

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> See. Seventh periodic reports of States parties due in July 2012 United Kingdom, the British Overseas Territories, the Crown Dependencies – Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 40 of the Covenant, Human Rights Committee, CCPR/C/GBR/7, 29 April 2013, para. 206., [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/398147/ccpr-c-gbr-7.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/398147/ccpr-c-gbr-7.pdf), 5th April 2019.

to be victims of a violation of the Convention.<sup>34</sup><sup>35</sup> Also, the argument that not all the applicants had signed the waiver forms in the settlement or had not realised that the settlement was final was rejected by the ECHR.<sup>36</sup> As concerned the applicants who were not born at the time of the settlement, the ECHR noted that they had never had a home on the islands and could therefore have no claim to victim status arising out of the expulsions and their immediate aftermath.<sup>37</sup> Finally, the ECHR didn't find any indication of arbitrariness or unfairness in the proceedings before the national courts of the UK, which the applicants had previously initiated, and which could be construed as a denial of access to court.<sup>38</sup>

### 3. PROCLAMATION OF A MARINE PROTECTED AREA

On 10th April 2010, the UK unilaterally proclaimed a MPA on the territory of the Chagos Archipelago, which is one of the largest marine protected areas on the world. This area spreads on the territory of 640.000 km<sup>2</sup>. The creation of this MPA included, among other provisions, the prohibition of anything but recreational fishing.<sup>39</sup><sup>40</sup> On 20th December 2010, Mauritius initiated proceedings against

---

<sup>34</sup> Article 34 of the European Convention on Human Rights prescribes that the „The Court may receive applications from any person, non-governmental organisation or group of individuals claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or the Protocols thereto. The High Contracting Parties undertake not to hinder in any way the effective exercise of this right“. Status of a potential victim presupposes the existence of a high probability that an individual has been affected or could be affected by violation of human right. In spite of broad and flexible interpretation of the status of victim, certain personal detrimental impact of violation of human right is necessary as a criterion for the admissibility of an individual application before the ECHR; Rodoljub Etinski, „Specific Features of Human Rights Guaranteed by the Aarhus Convention“, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu* (Zbornik radova PFNS), 2/2013, 86,87.

<sup>35</sup> Chagos islanders' case inadmissible because they accepted compensation and waived the right to bring any further claims before the UK national courts, Press Release issued by the Registrar of the Court, ECHR 460 (2012)

20.12.2012, 3, [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwiinkS\\_qMbhAhUPcZoKHSYUBXQQFjAAegQIABAC&url=https%3A%2F%2Fhudocechr.coe.int%2Fapp%2Fconversion%2Fpdf%2F%3Flibrary%3DECHR%26id%3D003-4207010-4992253%26filename%3D003-4207010-4992253.pdf&usg=AOvVaw3dVUujf72zoeWnkvCnYWhw](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwiinkS_qMbhAhUPcZoKHSYUBXQQFjAAegQIABAC&url=https%3A%2F%2Fhudocechr.coe.int%2Fapp%2Fconversion%2Fpdf%2F%3Flibrary%3DECHR%26id%3D003-4207010-4992253%26filename%3D003-4207010-4992253.pdf&usg=AOvVaw3dVUujf72zoeWnkvCnYWhw), 5th April 2019.

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> Awaz Raoof, „Still dispossessed – the battle of the Chagos Islanders to return to their homeland“, Minority Rights Group International, 4, [https://minorityrights.org/wp-content/uploads/2015/07/MRG\\_Brief\\_Chagosv2.pdf](https://minorityrights.org/wp-content/uploads/2015/07/MRG_Brief_Chagosv2.pdf), 11th April 2019.

<sup>40</sup> It is interesting to note that Mauritius, in the proceedings before the Arbitral Tribunal, based one of its arguments on a dispatch of the USA Embassy in London from 15th May 2009,

the UK under Article 287 of the UNCLOS, challenging the unilateral establishment of the MPA by the UK, which proceeded before an Arbitral Tribunal constituted under Annex VII of the UNCLOS. In this proceedings, Mauritius claimed that: 1) the UK was not entitled to declare a MPA or other maritime zones in and around the Chagos Archipelago as it was not a coastal State within the meaning of UNCLOS; 2) the UK was not entitled to declare unilaterally a MPA or other maritime zones because Mauritius had rights as a coastal State within the meaning UNCLOS; 3) the UK should not take any steps to prevent the Commission on the Limits of the Continental Shelf from making recommendations to Mauritius in respect of any submission that Mauritius may make to that Commission regarding the Chagos Archipelago; and (4) the MPA was incompatible with the UK's obligations under UNCLOS.<sup>41</sup> On 18 March 2015, the Arbitral Tribunal rendered an Award, in which it found, that it lacked jurisdiction on Mauritius' first, second and third submissions. On the merits, the Arbitral Tribunal found, *inter alia*, that, in establishing the MPA surrounding the Chagos Archipelago, the UK had breached its obligations under Article 2, paragraph 3 (sovereignty over the territorial sea), Article 56, paragraph 2 (exercising rights and performing duties in the exclusive economic zone), and Article 194, paragraph 4 (measures for prevention, reduction or control pollution of the marine environment), of the UNCLOS, and that the UK's undertaking to return the Chagos Archipelago to Mauritius, when no longer needed for defence purposes, was legally binding.<sup>42</sup> The Arbitral Tribunal found that it was undisputed that Mauritius was affected by the proclamation of the MPA, primarily regarding the prohibition of fishing.<sup>43</sup>

---

published by WikiLeaks in 2010, declaring that the UK's intentions for the establishment of the MPA was not environmental protection, but the prevention of the return of the evicted population of the Chagos Archipelago. This could also be indicated by the fact, that the proclamation of the MPA happened in the same time when the proceedings before the ECHR were ongoing, on the basis of the application of natives of, or descendants of natives of the Chagos Archipelago; See. Marina Aksanova, Ciarán Burke, „The Chagos Islands Award: Exploring the Renewed Role of the Law of the Sea in the Post-Colonial Context”, *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 35, No. 1, 2017, 15.; Hmg Floats Proposal for Marine Reserve Covering the Chagos Archipelago (British Indian Ocean Territory), [https://wikileaks.org/plusd/cables/09LONDON1156\\_a.html](https://wikileaks.org/plusd/cables/09LONDON1156_a.html), 15th April 2019.

<sup>41</sup> Advisory Opinion, para. 48.

<sup>42</sup> *Ibid.* para. 50

<sup>43</sup> The Arbitral Tribunal Award in the Matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration before an Arbitral Tribunal Constituted under Annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Permanent Court of Arbitration, 18 March 2015, para. 521. <http://www.pcacases.com/pcadocs/MU-UK%2020150318%20Award.pdf>, 12<sup>th</sup> April 2019.

#### 4. DECOLONISATION AND THE RIGHT TO SELF-DETERMINATION

On 22<sup>nd</sup> June 2017, the UN General Assembly adopted the Resolution 71/292<sup>44</sup>, in which it requests an advisory opinion of the ICJ on the following questions: 1) Was the process of decolonization of Mauritius completed in compliance with the international law, when Mauritius was granted independence in 1968, following the separation of the Chagos Archipelago from Mauritius; 2) What are the consequences under international law arising from the continued administration by the UK of the Chagos Archipelago, including with respect to the inability of Mauritius to implement a program for the resettlement on the Chagos Archipelago of its nationals, in particular those of Chagossian origin.<sup>45</sup>

On 25th February 2019, the ICJ adopted the Advisory Opinion on the legal consequences of the separation of the Chagos Archipelago from Mauritius in 1965. The main subject of the consideration of the ICJ was the issue of the decolonization of Mauritius and the right of the people of Mauritius to self-determination. This issue also tangles the principle of *uti possidetis iuris*. All post-independence Mauritian governments reclaimed sovereignty over the Chagos Archipelago, pointing to the 1965 “excision” as a violation of the UN General Assembly’s Decolonization Resolutions 1514 (XV) and 2066 (XX),<sup>23</sup> and of the *uti possidetis* rule.<sup>46</sup> Firstly, it is necessary to summarize what is the principle of *uti possidetis*. The principle of *uti possidetis* is the principle of international law that „freezes“ the territorial title and converts the administrative boundary into an interstate border.<sup>47</sup> This principle was used to define postcolonial borders in Latin America, Asia, and Africa, as a doctrine according to which new independent states inherited administrative boundaries from the pre-decolonization period, determined by the metropole countries.<sup>48</sup> The doctrine is based on the fact that the legal basis for acquiring a certain territory, a former colony, prevails over other opposing requests

---

<sup>44</sup> The Resolution 71/292 was adopted by 89 votes with 9 abstentions. According to the opinion of Gifkins, Jarvis and Ralph, the lack of support to the UK by EU member states during the mentioned UN General Assembly vote (only four EU member states supported the UK position) is the result of Brexit; See. Jess Gifkins, Samuel Jarvis, Jason Ralph, „Global Britain in the United Nations“, 12, [https://www.una.org.uk/sites/default/files/UNA-UK\\_GlobalBritain\\_20190207d.pdf](https://www.una.org.uk/sites/default/files/UNA-UK_GlobalBritain_20190207d.pdf), 14<sup>th</sup> April 2019.

<sup>45</sup> See. Resolution 71/292.

<sup>46</sup> Peter Sand, „The Chagos Archipelago Cases: Nature Conservation Between Human Rights and Power Politics“, Giuliana Ziccardi Capaldo (ed.), *The Global Community Yearbook of International Law & Jurisprudence*, 2013 (I), 128.

<sup>47</sup> Rodoljub Etinski, „Primena načela uti possidetis u sporu o granici između Burkina Faso i Malija“, *Zbornik radova PFNS*, 3/2013, 48.

<sup>48</sup> Bojan Tubić, „Rešavanje teritorijalnih sporova u međunarodnom pravu“, *Zbornik radova PFNS*, 4/2015, 1868.

based on occupation.<sup>49</sup> Decolonization took place along the colonial boundaries, bearing in mind that this was the simplest and fastest way for it.<sup>50</sup> The *uti possidetis* principle assumes that internal, administrative boundaries are functionally equivalent to international borders.<sup>51</sup> It prevented unrests and major conflicts in the post-colonial era in Asia, Africa and Latin America. The *uti possidetis juris* principle is connected with the principle of self-determination defined in the UN Charter.<sup>52</sup>

In the Advisory Opinion of the ICJ in the case of Chagos Archipelago, the ICJ does not explicitly refer to the principle of *uti possidetis juris*. However, the ICJ invokes the rule on the inviolability of the territorial integrity of the colonized state in declaring independence, defined by paragraph 6 of the Resolution 1514 of the UN General Assembly.<sup>53</sup> Namely, this paragraph prescribes, that any attempt aimed at the partial or total disruption of the national unity and the territorial integrity of a country is incompatible with the purposes and principles of the Charter of the UN.<sup>54</sup> Bearing in mind that the principle of *uti possidetis juris* implies taking into account administrative boundaries that are equated with international borders when considering the independence of colonized states, the wording of paragraph 6 of UN General Assembly Resolution 1514 can be considered, in the context of decolonization as the subject of regulation this Resolution, as some sort of derivate of the *uti possidetis juris* principle.

The principle of *uti possidetis juris*, as well as the Resolution 1514, are connected with the right to self-determination. This is confirmed also by the ICJ in the mentioned Advisory Opinion. First of all, it is interesting to notice that the ICJ in its Advisory Opinion limited its analysis of the right to self-determination only to decolonization cases.<sup>55</sup> In this way, the Court avoided the possibility of invoke the conclusions of the Court from this Advisory Opinion in other (numerous) disputable cases which exist in practice, and which are concerning the existence of the right to self-determination, and in which there is a “conflict” between the right to self-determination (pure fact approach) and sovereignty (legal approach).<sup>56</sup>

---

<sup>49</sup> *Ibid.*

<sup>50</sup> Bojan Tubić, „Primena načela uti possidetis juris pri određivanju međudržavnih granica“, *Zbornik radova PFNS*, 3/2011, 655.

<sup>51</sup> B. Tubić (2015), 1868.

<sup>52</sup> B. Tubić (2011), 654; See. i ICJ, Case Concerning the Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali), Judgment of 22 December 1986, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/69/069-19861222-JUD-01-00-EN.pdf>, 26th May 2019.

<sup>53</sup> See. Advisory Opinion, para. 153.

<sup>54</sup> Resolution 1514, para. 6.

<sup>55</sup> See. Advisory Opinion, para. 144.

<sup>56</sup> For more about the *pure fact approach* and *legal approach*, See. Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia – The Structure of International Legal Argument*, Helsinki 1989, pp. 236-261.

In the Advisory Opinion, the ICJ considered whether the right of self-determination was, in the context of decolonization, the rule of international customary law in the period from 1965 to 1968.<sup>57</sup> Firstly, the ICJ points out that, according to Article 38 of the ICJ Statute, a custom is constituted through “general practice accepted as law”, more precisely, that for the existence of international customary rule, there must be a settled practice (objective element), as well as *opinio juris* sive necessitatis – the States concerned must feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation (subjective element).<sup>58</sup> In the opinion of the ICJ, the adoption of Resolution 1514 represents a defining moment in the consolidation of State practice on decolonization.<sup>59</sup> Namely, in the Court’s view, there is a clear relationship between Resolution 1514 and the process of decolonization following its adoption.<sup>60</sup> During the 1960s, the peoples of an additional 28 non-self-governing territories exercised their right to self-determination and achieved independence.<sup>61</sup> Also, the Court considered that, although Resolution 1514 is formally a recommendation, it has a declaratory character with regard to the right to self-determination as a customary norm, in view of its content and the conditions of its adoption.<sup>62</sup> The Resolution was adopted by 89 votes with 9 abstentions, and none of the States participating in the vote contested the existence of the right of peoples to self-determination.<sup>63</sup> On the other hand, the wording used in this Resolution has a normative character, in so far as it affirms that all peoples have the right to self-determination.<sup>64</sup>

By the opinion of the Court, both State practice and *opinio juris* at the relevant time confirm the customary law character of the right to territorial integrity of a non-self-governing territory as a corollary of the right to self-determination.<sup>65</sup> The Court pointed out, that no example has been brought to the attention of the Court in which, following the adoption of Resolution 1514, the General Assembly or any other organ of the UN has considered as lawful the detachment by the administering Power of part of a non-self-governing territory, for the purpose of maintaining it under its colonial rule.<sup>66</sup> Also, ICJ stated that States have consistently emphasized that respect for the territorial integrity of a non-self-governing

---

<sup>57</sup> See. *Ibid.* para. 148.

<sup>58</sup> *Ibid.* para. 149.

<sup>59</sup> See. *Ibid.*, para. 150.

<sup>60</sup> *Ibid.*

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> *Ibid.* para. 152.

<sup>63</sup> *Ibid.*

<sup>64</sup> *Ibid.* para. 153.

<sup>65</sup> *Ibid.* para. 160.

<sup>66</sup> *Ibid.*

territory is a key element of the exercise of the right to self-determination under international law.<sup>67</sup> The ICJ emphasized, that the peoples of non-self-governing territories are entitled to exercise their right to self-determination in relation to their territory as a whole, the integrity of which must be respected by the administering Power.<sup>68</sup> It follows that any detachment by the administering Power of part of a non-self-governing territory, unless based on the freely expressed and genuine will of the people of the territory concerned, is contrary to the right to self-determination.<sup>69</sup>

Regarding the question of whether there was a freely expressed and genuine will of the people of Mauritius for the detachment of the Chagos Archipelago, the ICJ found, that due to the fact that at the time when the Lancaster House Agreement was concluded, Mauritius was under colonial rule of the UK, it is not possible to talk of an international agreement, when one of the parties to it, Mauritius, which is said to have ceded the territory to the United Kingdom, was under the authority of the latter.<sup>70</sup> On this issue, the Court also mentions the report of the Committee of Twenty-Four (Decolonization Committee) of 1964, in which this Committee pointed out that the Constitution of Mauritius didn't allow to the representatives of the people of Mauritius to exercise real powers, and that authority was virtually all concentrated in the hands of the UK Government.<sup>71</sup> Bearing in mind all the mentioned, the detachment of the Chagos Archipelago was not based on the free and genuine expression of the will of the people concerned.<sup>72</sup>

Regarding the UN General Assembly question, what are the consequences under international law arising from the continued administration by the UK of the Chagos Archipelago, the ICJ concluded that since the decolonization of Mauritius was not conducted in a manner consistent with the right of peoples to self-determination, it follows that the UK's continued administration of the Chagos Archipelago constitutes a wrongful act entailing the international responsibility of that State.<sup>73</sup> Because of this, the UK is under an obligation to bring to an end its administration of the Chagos Archipelago as rapidly as possible.<sup>74</sup> Also, the Court concluded that all UN Member States are under an obligation to co-operate with the UN in order to complete the decolonization of Mauritius.<sup>75</sup>

---

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> *Ibid.*

<sup>69</sup> *Ibid.*

<sup>70</sup> See. *Ibid.*, para. 171, 172.

<sup>71</sup> *Ibid.*, para. 99, 172

<sup>72</sup> *Ibid.* para. 172.

<sup>73</sup> *Ibid.* para. 177.

<sup>74</sup> *Ibid.* para. 183.

<sup>75</sup> *Ibid.*

## CONCLUSION

The case of the Chagos Archipelago represents a kind of treasury of international legal rules, bearing in mind the diversity of international legal issues that affect this case. From 1965 until today, this case touched the issue of human rights, proclamation of MPA, and the question of decolonization and the right of peoples to self-determination, and these issues were the subject of consideration of a number of international institutions, such as the Committee on the Elimination of Racial Discrimination, the Human Rights Committee, the ECHR, the Arbitral Tribunal constituted on the basis of Annex VII of UNCLOS, the UN General Assembly and the ICJ.

Despite the fact that most of these institution formed an opinion contrary to the UK standpoint, the UK continues to exercise jurisdiction over the BIOT, which includes the Chagos Archipelago. After the Award of the Arbitral Tribunal on the matter of unilateral declaration of the MPA, which was not in favor of the UK, the UK extended the lease of the Diego Garcia island to the USA, and in the same year, the Foreign and Commonwealth Office of the UK retained the prohibition of the return of the displaced population of the Chagos Archipelago. After this, Mauritius initiated the adoption of the UN General Assembly Resolution on seeking the Advisory Opinion of the ICJ.

Regarding the Advisory Opinion of the ICJ, the spokesmen of the Foreign and Commonwealth Office of the UK stated, that this is an advisory opinion, not a judgment, and that the UK Government will look at the detail of this decision of the ICJ carefully.<sup>76</sup>

On the basis of Article 76, paragraph 8 of the UNCLOS, Mauritius submitted to the Commission on the Limits of the Continental Shelf, information on the limits of the continental shelf beyond 200 nautical miles from the baselines from which the depth of the territorial sea is measured concerning the Southern Chagos Archipelago region.<sup>77</sup> The consideration of the partial submission made by Mauritius will be included in the provisional agenda of the fiftieth session of the Commission to be held in New York from 1 July to 16 August 2019.<sup>78</sup>

It remains to be seen, which activities will both UK and Mauritius undertake in the future regarding the Chagos Archipelago, and whether there will be

---

<sup>76</sup> See. UN court rejects UK's claim of sovereignty over Chagos Islands, <https://www.theguardian.com/world/2019/feb/25/un-court-rejects-uk-claim-to-sovereignty-over-chagos-islands>, 15.th April 2019.

<sup>77</sup> Commission on the Limits of the Continental Shelf (CLCS) Outer limits of the continental shelf beyond 200 nautical miles from the baselines: Submissions to the Commission: Submission of the Republic of Mauritius, [https://www.un.org/depts/los/clcs\\_new/submissions\\_files/submission\\_musI\\_82\\_2019.html](https://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/submission_musI_82_2019.html), 15th April 2019.

<sup>78</sup> *Ibid.*

actual changes in accordance with the decisions of the relevant international institutions to date.

## REFERENCES

- Agreement concerning the availability for defense purposes of the British Indian Ocean Territory, <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20603/volume-603-I-8737-English.pdf>, 2th April 2019;
- Aksanova M., Burke C., „The Chagos Islands Award: Exploring the Renewed Role of the Law of the Sea in the Post-Colonial Context”, *Wisconsin International Law Journal*, Vol. 35, No. 1, 2017, 1-38;
- Chagos Islanders v. The United Kingdom, No. 35622/04,, ECHR 20/12/2012.
- Chagos islanders' case inadmissible because they accepted compensation and waived the right to bring any further claims before the UK national courts, Press Release issued by the Registrar of the Court, ECHR 460 (2012) 20.12.2012, [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=l&ved=2ahUKEwi-inKS\\_qMbhAhUPcZoKHSYUBXQQFjAAegQIABAC&url=https%3A%2F%2F-hudoc.echr.coe.int%2Fapp%2Fconversion%2Fpdf%2F%3Flibrary%3DECHR%26id%3D003-4207010-4992253%26filename%3D003-4207010\\_4992253.pdf&usg=AOvVaw3dVUujf72zoeWnkvCnYWhw](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=l&ved=2ahUKEwi-inKS_qMbhAhUPcZoKHSYUBXQQFjAAegQIABAC&url=https%3A%2F%2F-hudoc.echr.coe.int%2Fapp%2Fconversion%2Fpdf%2F%3Flibrary%3DECHR%26id%3D003-4207010-4992253%26filename%3D003-4207010_4992253.pdf&usg=AOvVaw3dVUujf72zoeWnkvCnYWhw), 5th April 2019;
- Commission on the Limits of the Continental Shelf (CLCS) Outer limits of the continental shelf beyond 200 nautical miles from the baselines: Submissions to the Commission: Submission of the Republic of Mauritius, [https://www.un.org/depts/los/clcs\\_new/submissions\\_files/submission\\_mus1\\_82\\_2019.html](https://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/submission_mus1_82_2019.html), 15<sup>th</sup> April 2019;
- Concluding observations of the Human Rights Committee – Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 40 of the Covenant, Human Rights Committee, CCPR/C/GBR/CO/6 30 July 2008, [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/GBR/CO/6&Lang=Fr](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/GBR/CO/6&Lang=Fr), 5<sup>th</sup> April 2019;
- Concluding observations on the twenty-first to twenty-third periodic reports of United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Committee on the Elimination of Racial Discrimination, CERD/C/GBR/CO/21-23, 26 August 2016, [https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/GBR/CERD\\_C\\_GBR\\_CO\\_21-23\\_24985\\_E.pdf](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/GBR/CERD_C_GBR_CO_21-23_24985_E.pdf), 3th April 2019;
- Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (CETS No.005), 04.11.1950. – EKLjP, <https://rm.coe.int/1680063765>, 4<sup>th</sup> April 2019;
- Etinski R., „Specific Features of Human Rights Guaranteed by the Aarhus Convention“, *Zbornik radova PFNS*, 2/2013, 79–92;
- Etinski R., „Primena načela uti possidetis u sporu o granici između Burkina Faso i Malija“, *Zbornik radova PFNS*, 3/2013, 43–59;
- Hmg Floats Proposal for Marine Reserve Covering the Chagos Archipelago (British Indian Ocean Territory), [https://wikileaks.org/plusd/cables/09LONDON1156\\_a.html](https://wikileaks.org/plusd/cables/09LONDON1156_a.html), 15th April 2019;

- ICJ, Case Concerning the Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali), Judgment of 22 December 1986, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/69/069-19861222-JUD-01-00-EN.pdf>, 26th May 2019;
- ICJ, Legal Consequences of the Separation of the Chagos Archipelago From Mauritius In 1965, 2019, <https://www.icj-cij.org/files/case-related/169/169-20190225-01-00-EN.pdf>, 1th April 2019;
- International Covenant on Civil and Political Rights 1960, <https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%20999/volume-999-i-14668-english.pdf>, 4th April 2019.;
- International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination Adopted and opened for signature and ratification by General Assembly resolution 2106 (XX) of 21 December 1965, <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cerd.pdf>, 4th April 2019.;
- Gifkins J., Jarvis S., Ralph J., „Global Britain in the United Nations“, [https://www.una.org.uk/sites/default/files/UNA-UK\\_GlobalBritain\\_20190207d.pdf](https://www.una.org.uk/sites/default/files/UNA-UK_GlobalBritain_20190207d.pdf), 14<sup>th</sup> April 2019, 1-16;
- Koskenniemi M., *From Apology to Utopia – The Structure of International Legal Argument*, Helsinki 1989;
- Raoof A., „Still dispossessed – the battle of the Chagos Islanders to return to their homeland”, Minority Rights Group International, [https://minorityrights.org/wp-content/uploads/2015/07/MRG\\_Brief\\_Chagosv2.pdf](https://minorityrights.org/wp-content/uploads/2015/07/MRG_Brief_Chagosv2.pdf), 11th April 2019, 1-8;
- Sand P., „The Chagos Archipelago Cases: Nature Conservation Between Human Rights and Power Politics”, Giuliana Ziccardi Capaldo (ed.), *The Global Community Yearbook of International Law & Jurisprudence*, 2013 (I), 125-149;
- Schwebel A., „International Law and Indigenous People’s Rights: What Next for the Chagossians“, *Fifty Years of the British Indian Ocean Territory: Legal Perspectives*, Stephen Allen, Chris Monaghan (eds.), Springer International Publishing AG, part of Springer Nature, Cham, Switzerland, 2018, 319-357;
- Submission to the Committee on the Elimination of Racial Discrimination By Minority Rights Group International, International Non-Governmental Organisation with ECOSOC Consultative Status, United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland 90th Session, 2-26 August 2016., [https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/GBR/INT\\_CERD\\_IFN\\_GBR\\_24489\\_E.pdf](https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CERD/Shared%20Documents/GBR/INT_CERD_IFN_GBR_24489_E.pdf), 4th April 2019;
- Seventh periodic reports of States parties due in July 2012 United Kingdom, the British Overseas Territories, the Crown Dependencies – Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 40 of the Covenant, Human Rights Committee, CCPR/C/GBR/7, 29 April 2013,[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/398147/ccpr-c-gbr-7.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/398147/ccpr-c-gbr-7.pdf), 5th April 2019.;
- The Arbitral Tribunal Award in the Matter of the Chagos Marine Protected Area Arbitration before an Arbitral Tribunal Constituted under Annex VII of the United Nations Convention on the Law of the Sea between the Republic of Mauritius and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, Permanent Court of Arbitration, 18 March 2015;. <http://www.pcacases.com/pcadocs/MU-UK%2020150318%20Award.pdf>, 12<sup>th</sup> April 2019.;

- Tubić B., „Rešavanje teritorijalnih sporova u međunarodnom pravu“, *Zbornik rada-va PFNS*, 4/2015, 1861–1875;
- Tubić B., „Primena načela uti possidetis juris pri određivanju međudržavnih granica“, *Zbornik radova PFNS*, 3/2011, 647–662;
- UN General Assembly Resolution A/RES/15/1514 (XV) 1960 „Declaration on the granting of independence to colonial countries and peoples“ (Resolution 1514), [https://undocs.org/A/Res/1514\(XV\)](https://undocs.org/A/Res/1514(XV)), 2nd April 2019;
- UN Convention on the Law of the Sea 1982, [http://www.un.org/depts/los/convention\\_agreements/texts/unclos/unclos\\_e.pdf](http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf), 1th April 2019.;
- UN General Assembly Resolution A/RES/71/292 2017, [https://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/71/292](https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/71/292), 1th April 2019;
- UN court rejects UK's claim of sovereignty over Chagos Islands, <https://www.theguardian.com/world/2019/feb/25/un-court-rejects-uk-claim-to-sovereignty-over-chagos-islands>, 15<sup>th</sup> April 2019.

Kristian Z. Kovač, student doktorskih studija  
Univerzitet u Novom Sadu  
Pravni fakultet u Novom Sadu  
kristian.kovac@yahoo.com

## Međunarodnopravni aspekti slučaja arhipelaga Čagos

**Sažetak:** Arhipelag Čagos je teritorija koja je 1965. godine odvojena od Mauricijusa, tadašnje kolonije Ujedinjenog Kraljevstva, na osnovu Lankasterskog sporazuma koji je Vlada kolonije Mauricijus zaključila sa Vladom Ujedinjenog Kraljevstva. Iste godine, Ujedinjeno Kraljevstvo osniva Britansku Teritoriju Indijskog Okeana koja obuhvata, između ostalog, i teritoriju ovog arhipelaga. Mauricijus je stekao nezavisnost 12. marta 1968. godine, dok je arhipelag Čagos ostao pod kolonijalnom upravom Ujedinjenog Kraljevstva. Mauricijus i dalje smatra arhipelag Čagos svojom teritorijom, i kontinuirano pokušava da upotrebi dostupne međunarodnopravne mehanizme u cilju osporavanja odvajanja arhipelaga Čagos 1965. godine. Autor istražuje međunarodnopravne aspekte dugogodišnjeg spora između Mauricijusa i Ujedinjenog Kraljevstva, poput pitanja depopulacije arhipelaga Čagos, pitanja proglašenja zaštićenog morskog područja od strane Ujedinjenog Kraljevstva 2010. godine povodom kojeg je Mauricijus inicirao arbitražni postuak na osnovu Konvencije Ujedinjenih nacija o pravu mora iz 1982. godine, kao i pitanja dekolonizacije i prava naroda na samoopredeljenje povodom kojeg je Generalna skupština Ujedinjenih nacija Rezolucijom 71/292 od 22. juna 2017. zatražila Savetodavno mišljenje Međunarodnog suda pravde. Savetodavno mišljenje Međunarodnog suda pravde doneto je 25. februara 2019. godine.

**Ključne reči:** dekolonizacija, pravo naroda na samoopredeljenje, ljudska prava, zaštićeno morsko područje, Međunarodni sud pravde.

Datum prijema rada: 25.04.2019.

PRAVNI FAKULTET UNIVERZITETA U NOVOM SADU  
ZBORNIK RADOVA

*Dosadašnji glavni urednici:*

Prof. dr Vladimir Kapor (1966), prof. dr Nikola Vorgić (1967–1968),  
prof. dr Miloš Stevanov (1969–1973), prof. dr Borivoje Pupić (1974–1976),  
prof. dr Milijan Popović (1977–1983), prof. dr Stanko Pihler (1984–1988),  
prof. dr Momčilo Grubač (1989–1990), prof. dr Jovan Munčan (1991–1997),  
prof. dr Milijan Popović (1998–2003), prof. dr Rodoljub Etinski (2004–2006),  
prof. dr Dragiša Drakić (2006–2013).

*Članovi Uredništva:*

Prof. dr Ljubomir Stajić, prof. dr Damjan Korošec (Slovenija),  
prof. dr Wilhelm Brauneder (Austrija), prof. dr Tamás Prugberger (Mađarska),  
prof. dr Serge Regourd (Francuska), prof. dr Heinz Mayer (Austrija),  
prof. dr Peter Mader (Austrija), prof. dr Suphawatchara Malanond (Tajland),  
prof. dr Branislav Ristivojević, prof. dr Tatjana Bugarski, prof. dr Bojan Tubić.

*Menadžer časopisa*  
Dr Luka Baturan

*Sekretarijat Uredništva*

Prof. dr Vladimir Marjanski, doc. dr Dragana Čorić,  
doc. dr Marko Knežević, doc. dr Cvjetana Cvjetković Ivetić, dr Uroš Stanković,  
dr Milana Pisarić, dr Nataša Rajić, dr Stefan Samardžić, dr Sandra Samardžić,  
dr Ivan Milić, dr Ratko Radošević, Milica Kovačević, mr Radmila Dabanović.

*Kompjuterska obrada teksta*  
Vladimir Vatić, „Grafit“

*Štampa:*  
„Futura“, Petrovaradin  
*Tiraž:* 100 primeraka

2019



