UDK 34(058) ISSN 0350-8501

UNIVERZITET U NIŠUPRAVNI
FAKULTET

ZBORNIK RADOVA
PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU

BROJ 103 | GODINA LXIII | 2024

FACULTY OF LAW
UNIVERSITY OF NIŠ

COLLECTION OF PAPERS
FACULTY OF LAW, NIŠ

N^{O} 103 | YEAR LXIII | 2024

Niš/Niš 2024.

ZBORNIK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU

Niš, 2024.

Izdavač
Pravni fakultet u Nišu

Za izdavača
Prof. dr Nebojša Raičević, dekan

Glavni i odgovorni urednik
Dr Miroslav Lazić,
redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

Uredništvo

Dr Nataša Stojanović, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

Dr Irena Pejić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

Dr Srđan Golubović, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

Dr Marija Ignjatović, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

Dr Aleksandar Mojašević, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

Dr Dušica Miladinović Stefanović,redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

Naučni savet

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

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

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

Dr Hajrija Mujović, naučnik savetnik Instituta društvenih nauka u Beogradu

Dr Dušan Nikolić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u NovomSadu

Dr Vladan Petrov, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu

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

Dr Dragoljub Todić, redovni profesor Instituta za međunarodnu politiku i privredu u Beogradu

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

Međunarodni redakcioni odbor

Dr Željko Bartulović, redovniprofesor
Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, Hrvatska

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

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

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

Dr Michael Geistlinger, profesor
Univerziteta, Salcburg, Austrija

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

Dr Mustafa Yasan, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Izmiru, Demokratski Univerzitet, Turska

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

Dr Zlatan Meškić, redovni profesor
Pravnog fakulteta Princ Sultan Univerziteta u Rijadu, Kraljevina Saudijske Arabije

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

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

Dr Dimitrije Ćeranić, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u IstočnomSarajevu, Republika Srpska, Bosna i Hercegovina

Sekretar Redakcionog odbora: dr Marija Dragićević,docent
Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

Lektura radova i prevod rezimea: Gordana Ignjatović (engleski)

Lektura: Aleksandra Gojković (srpski)

Tehnički urednik: Nenad Milošević

Tehnički urednik onlajn izdanja: Vladimir Blagojević

Štampa: Medivest Niš

Tiraž: 100

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

CENTAR ZA PUBLIKACIJE Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu18 000
Niš, Trg kralja Aleksandra 11, tel. +381 18 200 501, zbornik@prafak.ni.ac.rs
www.prafak.ni.ac.rs

COLLECTION OF PAPERS, FACULTY OF LAW, NIS
Niš, 2024

Publisher:
Faculty of Law, University of Niš

For the Publisher:
Prof. dr Nebojša Raičević Dean

Editor-in-Chief:
Dr Miroslav Lazic, Full Professor
Faculty of Law, University of Niš

Editorial Board of the Law Faculty Journal

Dr Nataša Stojanović, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

Dr Irena Pejić, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

Dr Srđan Golubović, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

Dr Marija Ignjatović, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

Dr Aleksandar Mojašević, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

Dr Dušica Miladinović Stefanović, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš

Scientific Council

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

Dr Gordana Ilić-Popov, Full Professor, Faculty of Law, University of Belgrade, Serbia

Dr Vesna Knežević Predić, Full Professor, Faculty of Political Science, University of Belgrade, Serbia

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

Dr Dušan Nikolić, Full Professor, Faculty of Law, University of Novi Sad, Serbia

Dr Vladan Petrov, Full Professor, Faculty of Law, University of Belgrade, Serbia

Dr Darko Simović, Full Professor, University of Criminal Investigation and Police Studies Zemun, Belgrade, Serbia

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

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

International Editorial Board

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

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

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

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

Dr Michael Geistlinger, University of Salzburg, Department of Public International Law, Salzburg, Austria

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

Dr Mustafa Yasan, Associate Professor, Faculty of Law Izmir, Democracy University, Turkey

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

Dr Zlatan Meškić, Full Professor, College of Law at Prince Sultan University, Riyadh, Kingdom of Saudi Arabia (KSA)

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

Dr Željko Radić, Full Professor, Faculty of Law, University of Split, Croatia

Dr Dimitrije Ćeranić, Associate Professor, Faculty of Law in East Sarajevo, Republic of Srpska, Bosnia and Herzegovina

Secretary of the Editorial Board: Dr Marija Dragićević

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

Proofreading: Aleksandra Gojković (Serbian)

Layout editor: Nenad Milošević

Online Journal editor: Vladimir Blagojević

Print: Medivest Niš

Circulation: 100

PUBLICATION CENTRE, Faculty of Law, University of Niš
Trg kralja Aleksandra 11, Niš 18000, Serbia
Telephone: +381 18 500 201,
E-mail: zbornik@prafak.ni.ac.rs
Website: http://www.prafak.ni.ac.rs

http://www.ebscohost.com/public/legal-source
http://home.heinonline.org/titles/Law-Journal-Library/Collection-of-Papers-Faculty-ofLaw-Nis/?letter=C
Central and Eastern European Online Library – CEEOL

SADRŽAJ / CONTENTS

Uvodna reč..... 11

I ČLANCI / ARTICLES

Jasna Atanasijević,
Dejan Vučetić,
Has public policy-making become a fully-fledged function of Public Administration in the Republic of Serbia?.....15
Da li se kreiranje javnih politika razvilo u ravnopravnu funkciju javne uprave u Republici Srbiji?

Anđelija Tasić, Miroslav Lazić,
Sudska zaštita stvarnih prava.....33
Judicial Protection of Real Property Rights

Marija Dragićević,
Goran Obradović,
Konvencija Međunarodne organizacije rada broj 190 o sprečavanju nasilja i uznemiravanja u svetu rada – razlozi za ratifikaciju.....53
The ILO Convention No. 190 concerning the Elimination of Violence and Harassment at Work: Reasons for ratification

Srđan Radulović,
Consent to Tattooing.....81
Pristanak na tetoviranje

Ivana Simonović,
The Autonomy of Will and the Patient's Right to Self-Determination: Legal Guarantees and (Bio)Ethical Dilemmas... 97
Autonomija volje i pravo na samoodređenje pacijenta: pravne garancije i bioetičke dileme

Sara Mitić,
Princip narodnog suvereniteta kroz prizmu svetoandrejske skupštine 115
The Principle of National Sovereignty through the lens of Saint Andrew's Day National Assembly

Nikola Milosavljević,
Kumulacija subjektivnih prava intelektualne svojine sa posebnim osvrtom na kumulaciju patenta i prava na industrijski dizajn 131
The Cumulation of Intellectual Property Rights, with specific reference to the cumulation of Patent and Design Rights

Cvjetana Cvetković Ivetić, Luka Baturan,
Lokalne komunalne takse kao izvorni prihodjedinica lokalne samouprave na teritoriji autonomne pokrajine Vojvodine 149
Public Utility Fees as Own Revenues of Local Self-Government Units in the territory of Autonomous Province of Vojvodina

Stojana Petrović,
Izvršenje na nepokretnosti na kojoj nije upisano pravo svojine izvršenika 169
Enforcement Procedure on Unregistered Real Estate Ownership Right

Sanja Đorđević Aleksovski,
General Principles of Law formed within the International Legal System: Foggy or forgotten concept? 191
Opšti principi prava stvoreni u međunarodnom pravnom sistemu – magloviti ili zaboravljen pojam?

Dragana Bjelić Gaćeša,
Challenges in exercising the right to annual leave for workers on long-term sick leave in the Republic of Croatia 211
Izazovi u ostvarivanju prava na godišnji odmor radnika na dugotrajnom bolovanju u Republici Hrvatskoj

Gordana Ignjatović,
AI Technologies in Education: Regulatory frameworks at the international, regional and national level 235
Veštačka inteligencija u obrazovanju: Regulatorni okviri na međunarodnom, regionalnom i nacionalnom nivou

II RADOVI DOKTORANADA / PHD STUDENTS PAPERS

Bojana Arsenijević,
Analiza primene zakona o nestalim bebama 263
Analysis of the Application of "the Missing Babies Act"

Uputstvo za autore / Guidelines for Authors..... 287

Uvodna reč

Poštovani čitaoci,

Predstavljamo vam broj 103/2024 Zbornika radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, u povećanom obimu 13 aktuelnih i kvalitetnih naučnih radova. Težnja da u svakom broju imamo i određeni broj kvalitetnih radova eminentnih naučnika na stranom jeziku je ostvarena i u ovom broju (6 radova). Takođe, uvrštena je i rubrika radova studenata sa doktorskih studija, koja je i ovom prilikom postigla visok naučni nivo. Koncepcija Zbornika i ubuduće ostaje ista – objavljivanje radova na srpskom jeziku (ćirilična i latinična verzija) i radova na engleskom jeziku koji su pre svega namenjeni pravničkoj publici, ali i sa štivima interesantnim i ekonomistima, istoričarima, sociolozima i drugima iz pretežno društveno-humanističkih nauka.

U Nišu, decembar, 2024.

Glavni i odgovorni urednik

Prof. dr Miroslav Lazić

Editor's Introductory Note

Dear Readers,

We are pleased to present a new issue of our law journal Collection of Papers of the Law Faculty, University of Niš (No. 103/2024), which contains 13 high-quality scientific papers on current issues. In line with the journal conceptual framework, we pursue the tradition of publishing papers in Serbian language and a number of papers in English. This issue contains 6 papers in English language. There is also a section containing high-quality scientific papers written by doctoral students. The published papers are primarily intended for legal audiences but they may be also interesting to economists, historians, sociologists and scholars from a range of social sciences and humanities.

Niš, December 2024

Editor-in-Chief

Prof. Miroslav Lazić, LL.D.

I ČLANCI

UDK: 321.022::351/354(497.11) originalni naučni rad
Rad primljen: 02.11.2024.
Rad prihvaćen: 23.11.2024.
DOI: 10.5937/zrpfn1-54519

Jasna Atanasijević, Ph.D.[*]
Associate Professor,
Faculty of Sciences, University of Novi Sad
Dejan Vučetić, LL.D.[*]
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

HAS PUBLIC POLICY-MAKING BECOME A FULLY-FLEDGED FUNCTION OF PUBLIC ADMINISTRATION IN THE REPUBLIC OF SERBIA?[**]

Abstract: *This paper examines the role of public policy-making by public administration in Serbia as one of the fundamental functions of public administration. By analyzing the normative framework and its application, the paper explores its historical development and advancement in recent decades. A set of regulations from 2018, including the Planning System Act and accompanying bylaws on the policy-making methodology, have laid the foundation for modern, evidence-based public policy in Serbia. Using qualitative methods, including normative-dogmatic and document analysis, the authors review the developments thus far and provide recommendations for further strengthening of this function of public administration in Serbia.*

Keywords*: public policy, public administration, governance, Serbia, reform, normative framework, effectiveness.*

1. Introduction

The positive law of the Republic of Serbia, embodied in the Constitution, legislative and other regulatory acts, defines the functions of the public and primarily state administration, including the specific types of tasks: participating in shaping government policy; monitoring conditions in specific administrative areas; enforcing laws, other regulations, and general acts; resolving administrative matters; conducting inspections; overseeing public services; developmental

[*] jasna.atanasijevic@dmi.uns.ac.rs ; https://orcid.org/0000000255279841
[*] dvucetic@prafak.ni.ac.rs; https://orcid.org/0000-0002-9140-5251
[**] The paper was a result of funding by the Ministry of Science, Technological Development and Innovation of the Republic of Serbia, under Contract Registration Number 451-03-65/2024-03/200120 dated 5 February 2024.

tasks, and other professional tasks. However, in administrative law theory and education, very little attention is given to the first of these functions even though this function has recently been extensively regulated and developed. The established comprehensive normative framework for the preparation of public policy documents is an important foundation for results-based management and, therefore, a basis for the desirable public accountability of the public sector (Atanasijević, Aleksić, Štimac, 2015: 147; Dimitrijević, Vučetić, 2021: 46). All of this is meant to enable an increased effectiveness, openness (transparency) and accountability of public administration, ultimately leading to a better quality of life for all citizens. In the EU enlargement strategy for 2011 and 2012, in addition to the adoption of the *acquis communautaire* (through 35 chapters), the European Union started focusing on public administration and its reform, including strengthening of its policy-making function and capacity (European Commission 2011: 4; Fink-Hafner, 2013: 41-42; Ker-Lindsay et al., 2017, 513-514). Over the last decade, under the influence of the New Public Management doctrine, performance management has been introduced into the work of state administration worldwide, including the developing countries (Dimitrijević, Vučetić, 2021: 49). In corporations, performance indicators are defined in terms of contributions toward company goals, the most important of which is profit-making. In the public sector, performance indicators are derived from public policy goals. In the next step, this is compared with inputs, i.e. the money spent across the entire administrative territory, parts of the territory, or at the level of individual institutions. In this way, performance management (i.e. the mechanisms used to ensure the efficient fulfillment of the purpose of public administration) is directly linked to the planning system, i.e. the public policy-making. Such a planning system serves to set goals, design instruments, and develop indicators that would ensure the monitoring of effects and subsequent evaluation of specific government interventions (Behn, 2003: 588; Bovaird, Löffler, 2009: 15; Bouckaert, Halligan, 2008: 28; Hood, 1991: 5; Ingraham & Donahue, 2000: 407; Moynihan, 2008: 6; Polit, Bukart, 2022: 57).

According to the State Administration Act, "State administration bodies prepare draft laws, other regulations, and general acts for the Government and propose development strategies and other measures to the Government that shape Government policy", and these tasks cannot be entrusted to other administrative bodies.[1]

The aim of this paper is to provide an overview of the established normative-regulatory framework for public policy-making by the Serbian public administration and identify possible gaps in terms of preconditions for fully fledged policy-making functions in public administration. The paper posits the

1 Article 12 of the State Administration Act, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, Nos. 79/2005, 101/2007, 95/2010, 99/2014, 30/2018 (another Act), 47/2018.

hypothesis that the central precondition for success in a long-term sustainable development in the Republic of Serbia, including several important structural reforms, is a comprehensive and systematic approach to the function of public policy-making, including the capacity in public administration, the latter being tightly related to the appropriate education programs and reform thereof. Through a case study analysis of Serbian policy-making and planning reform, the paper will demonstrate how properly formulated and implemented public policies can enhance the effectiveness of government in terms of impact of all reforms and activities aimed at improving the citizens' wellbeing and enabling good governance and greater accountability of public administration authorities towards citizens.

To test these hypotheses, a qualitative research methodology will be employed, including a normative-dogmatic approach and document analysis. This approach allows for a deeper understanding of the complexity of the public policy-making function within public administration and -identification of key factors that contribute to its successful implementation. Hence, the paper will contribute to the scientific field by providing new insights and recommendations for improving the functioning of public administration in Serbia. Some of the presented evidence originate from the direct insights into the policy-making reform in Serbia, given the fact that the first coauthor of this paper was the first director of the Public Policy Secretariat (PPS) of the Government of Serbia in the period 2014-2018, in charge of designing and conducting the policy-making reform in the Republic of Serbia.

2. A brief overview of the state planning origins in the Republic of Serbia

Before addressing the subject matter of our paper, it is necessary to outline the impact of the socialist legacy on today's approach to planning, specifically on the tradition of state planning in Serbia. This tradition has been present since the post-World War II times, including the period of socialism, when five-year social development plans were prepared (Čepo, 1986: 79). At that time, the Federal Planning Institute was established at the federal level to provide expert support in drafting development plans, in close cooperation with the Federal Statistical Office. This form of planning ceased to have full function after the five-year development plan of 1965, but the practice and an entire system of institutions and expert services within federal ministries remained, including various state institutes that provided decision-makers with necessary expert analyses (Maričić, Cvetinović, Bolay, 2018: 7). The major development directions were determined within the Communist Party and were transmitted through party officials to various decision-making bodies,

including local governments and economic organizations. In those post-war years, when the state systematically began to provide for common needs, the approach was far less participative, more centralized, and directive. When compared with solutions in other countries, the solutions were simpler and more universal (e.g., connections to water supply, electricity, and district heating were introduced; the entire population was included in mandatory education and health insurance systems; employees were insured against unemployment; the right to compensation was provided, as well as assistance in job-seeking, etc.). Since the early 2000s, Serbia has undergone a broad and comprehensive transition reforms driven by the central idea of switching to a market economy and its accompanying institutional framework (Stojanović, 2018: 27; Uvalić, 2012: 92-97). In this period, public policy-making occurred spontaneously but was largely supported by international institutions and international development projects (Uvalić, Arandarenko, 2014: 233-234). The role of public administration in creating public policies was perhaps the most important. However, throughout this period, the primary method of intervention did not begin with an inclusive preparation of a strategy (i.e. by setting the policy) but was instead carried out directly through the enactment of new regulations and specific policy measures. The content of the reforms was mostly reflecting the well-known transition agenda already experienced in other Central and Eastern European countries a decade earlier than in Serbia (r initial macroeconomic stabilization, liberalization, privatization, deregulation). Another stream of policy contents was stemming from the parallel application of the EU approximation process, which involved introducing new (market) institutes and related alignment with the European Union *acquis communautaire* (Atanasijević *et al*., 2015: 150). This period of intensive reforms was further complicated by the deterioration of the overall economic situation since 2008, when the global economic crisis broke out (Uvalić *et al*., 2020: 34). In the course of these intensive reforms, which are still underway, there were numerous examples of direct policy interventions where laws were amended in a short period of time (in urgent procedure) with no prior impact analysis or proper consultative process. The reform of the public policy-making function of the public administration was not comprehensively or systematically addressed during the first transition decade. There were numerous initiatives and changes, more or less successful, mostly within development projects, the results of which reflected a more modern approach in some cases (such as the introduction of regulatory impact assessment, program budgeting, and the government's normative activity plan which had no particular effect on improving management efficiency because it was not integrated into the system. Nevertheless, the state administration as a whole functioned according to old bureaucratic rules, while public policy-making and results-based management were not systematically represented. In regulatory

terms, all of this was changed during the second decade of transition reforms, which will be discussed further in the paper.

3. The concept of public policy-making in Serbia

From the perspective of economic theory, the need for public policy in a particular area is explained by a situation in which the free market does not produce the most economically efficient outcome for society as a whole. Such situations are referred to as market failures, meaning that a specific societal need cannot be adequately addressed through the spontaneous operation of the market (private production and trade influenced by the mechanisms of "market competition"). In these cases, according to the criterion of economic efficiency, state intervention is considered a justified means to compensate for market failures (Chaminade, Edquist, 2010: 98; Greve, 2022: 23-37; Knill, Tosun, 2021: 25, 39).

The typical situations of market failure are as follows:

(1) When private production and trade can affect third parties who are not directly involved in the process, these are so-called positive and negative externalities. For example, if someone hires private security, all the residents of the building or neighborhood will benefit from the service (like free riders) without paying for it. As a result, this service would not be profitable for either the buyer or the seller and would therefore not be offered. This economic argument explains why defense and security are considered public goods.

(2) The next typical case occurs when buyers and sellers are not equally informed about the subject of trade, or when the execution of a contract exceeds the knowledge of one party, i.e., when there is so-called information asymmetry. For this reason, there is a requirement for the registration of medicines with the relevant state authority, and public policy in this area protects consumers by mandating that sellers provide the necessary information during the sale.

(3) When there is significant market power (a monopoly) on one side of the market, public policy is needed to protect market competition and prevent the abuse of monopoly power.

Strategic decisions (i.e. public policies) are naturally made under conditions of uncertainty and pertain to planning changes in society and economy, which are complex and can only be indirectly influenced by the state instruments (Kronsell, Mukhtar-Landgren, 2018: 1001). Decisions regarding state intervention (or its absence) in addressing issues of public interest are made within political bodies: governments, parliaments, and local authorities.

Evidence-based policy-making is one of the cornerstones of efficient and effective public administration (Yuliani, Larasati, Kismartini, Yuningsih, 2022: 1701-1703). Public policy-making is most commonly defined as a cyclical process,

the so-called continuous policy cycle (Hill, 2013: 153-160). The policy cycle stages are: problem identification (data collection, problem analysis), policy definition (setting goals, selecting measures, budgetary resources, impact assessment), implementation, monitoring, and evaluation (Jann, Wegrich, 2007: 43; Knill, Tosun, 2021: 31).

Every intervention in the realm of public policy begins with someone's initiative (Roberts, Bradley, 1991: 210). This initiative may come from a politician in power, a public petition, or as a result of routine activities of civil servants whose responsibility is to improve conditions in a particular area of public concern (e.g., public transportation, public health, employment, environment). The concept of the policy cycle mandates that the problem be thoroughly identified first. In doing so, policymakers strive to consider the perspectives of all groups affected by the issue (the so-called stakeholders), and to understand the root causes of the problem as clearly as possible. It is crucial to collect all necessary data using various research methods. In these analyses, all available knowledge is utilized to better understand the root causes of the problem and provide a basis for potential government intervention. Empirical research and analyses conducted up to that point are used, along with theories from different fields (such as economics, sociology, psychology, etc.). Information about the problem is gathered from various stakeholders, and discussions are held to assess the need for intervention and the potential effects of future measures.

The next step is to define public policy. First, realistic goals are set for a certain period, usually spanning several years. Then, measures are determined to address the root causes of the problem. It is crucial to allocate budgetary resources, as every intervention (regulation, incentives, and education) incurs costs. During the policy definition phase, there are often several options that need to be carefully weighed. One possible option is to take no action at all! An important factor in selecting measures is the assessment of their effects, as it is advisable to choose the intervention that yields the greatest results with the least resources. However, things often become more complicated, as the economic criterion is not always the prevailing one; it is also important to consider the criteria of fairness or solidarity (Knill, Tosun, 2021: 119).

Public policies are usually formulated in the form of so-called public policy documents. These are most often strategies adopted by the Government, and programs or development plans of local governments adopted by local assemblies (Jerinić, Vučetić, Stanković, 2022: 48-49). At the very top is the development plan envisaged in Article 99 of the Constitution of the Republic of Serbia (2006), which expresses the most long-term vision of development and is adopted, along with the spatial plan, by the National Assembly upon the proposal of the Government. Although expressly envisaged in the Serbian Constitution, this supreme long-term development plan has never been adopted in

Serbia, while the last spatial plan (adopted in 2010) expired at the end of 2020.[2] The development plan should be further elaborated by the Government through the investment plan, prepared by the Ministry of Finance, which serves as an important instrument for managing public capital investment projects. In the hierarchy of public policy documents, the development plan is paramount in terms of its significance and scope (covering 18 different planning areas). The second most important documents are Government strategies, and programs (for narrower areas) which can be adopted by individual ministries, while their operationalization is stipulated in mandatory action plans, without which a strategy cannot be valid. Along with these public policy documents, there is the Government Program, outlined in the Prime Minister's exposé to the National Assembly, which establishes the main course of action and is operationalized through the Action Plan for the Implementation of the Government Program, as an important instrument for coordination within the Government. The Economic Reform Program and the National Plan for the Adoption of *Acquis Communautaire* are methodologically structured according to EU requirements; they have to be substantively referenced in public policy documents, as these are derived plans for specific areas where coordination with the European Union is required, along with unified monitoring of their implementation.[3]

During the implementation period, it is advisable to monitor the execution by collecting data and reporting regularly. This is typically done by public administration officials, but non-governmental organizations can also be involved. During implementation, and certainly at the end of the "validity period" of a given public policy document (such as a strategy), good practice calls for an evaluation of the public policy effects, aimed at assessing whether the intervention was successful. Good practice also dictates that the evaluation be carried out by an independent body rather than by the public administration responsible for implementing the specific strategy (Knill, Tosun, 2021: 173-198).

However, in practice, public policymaking does not always follow the "procedural" and "linear" approach described above, step by step. In other words, not all decisions in the realm of public policy are made based on these methodologically "ideal" principles. Many factors contribute to deviations from this ideal flow in practice. Additionally, there are issues referred to as "wicked problems," such as unemployment or the lack of appropriate qualifications among job seekers, and the emigration of educated individuals. These problems require a special approach, the skill of critical reflection, interdisciplinary

2 The spatial plan focuses on polycentric and balanced development of the country, covering a wide range of topics, from urban development to environmental protection. The latest Draft Spatial Plan of the Republic of Serbia covers the period 2021-2035. Early public consultation began in 2021, but the Plan has not been officially adopted yet.

3 Articles 20-22 of the Planning System Act, *Official Gazette of the RS*, No. 30/2018.

analytical efforts, communication skills, negotiation, as well as creativity in finding solutions and flexibility for subsequent reactions (Head, Alford, 2015: 719-728; Termeer, Dewulf, Biesbroek, 2019: 174-176).

4. Improvement of the Public Administration Planning Function in the Republic of Serbia

As already noted, in the first decade of the new millennium, public policy-making and results-based management were not systematically represented. A functional analysis of the state administration conducted by the World Bank during that period revealed that only 8% of positions in the central administration were dedicated to public policy creation and monitoring (World Bank, 2016: 26). The lack of coordination and methodological consistency resulted in many discrepancies between the enacted laws. Reforms often took place in a fragmented manner, without a clear plan or strategic framework. In practice, there were numerous examples of enacted laws that were not adequately aligned with existing regulations, thus further burdening the implementation of reforms. The disconnection between different sectors of the administration resulted in duplicate norms and contradictory regulations. The decision-making processes did not always follow the methodological framework designed to ensure the coherence and comprehensiveness of reforms.

In the Republic of Serbia, the Public Administration Reform Strategy (2014)[4] was adopted on 24 January 2014 and elaborated in two action plans for the periods 2015-2017 and 2018-2020.

Following the first external evaluation of the 2014 Public Administration Reform Strategy, the Public Administration Reform Council issued a Conclusion, endorsing the findings and recommendations of the external evaluation and initiated the process of drafting the Public Administration Reform Strategy for the period 2021-2030.[5] One of the many elements of the 2014 Strategy, as well as the current 2021 Public Administration Reform Strategy, focused on strengthening the planning and coordination function. The recently established Public Policy Secretariat (PPS) of the Government of the Republic of Serbia was in charge of this task. The reform of the planning function from 2014 to the present has been based on several key elements, which will be described below. This reform was thoroughly planned within the 2016 Strategy for Regulatory

4 The Public Administration Reform Strategy in the Republic of Serbia, *Official Gazette* Nos. 9/2014, 42/2014-corr., 54/2018.

5 The Public Administration Reform Strategy in the Republic of Serbia for the period 2021 to 2030, *Official Gazette of the RS,* Nos. 42/2021, 9/2022.

Reform and Improvement of the Public Policy Management System, prepared by the PPS and adopted by the Government.[6]

The basic elements of the reform were incorporated into the Planning System Act (2018).[7] The first co-author of this paper was the first director of the PPS from 2014 to 2018, in charge of devising the main elements of the policy-making reform in Serbia, which was developed on the basis of numerous prior analyses and in the course of a broad consultative process (in line with the principles it promotes), and in line with two regulations later adopted by the Government: the Regulation on the Methodology for Public Policy Management and the Regulation on the Methodology for the Development of Mid-term Plans for State Administration Bodies.[8] The idea behind these regulations was to create a system that would ensure comprehensive and coordinated planning of various state interventions, taking into account budgetary constraints and ensuring the achievement of priorities, an appropriate level of involvement of various actors within the government as well as the broader public. It also aimed to improve coordination across different areas of planning (via various responsible bodies) and to rely on established analytical tools in decision-making. The previous system, based on the Weberian bureaucracy principles, relied on procedures that prescribed every activity in advance, thereby shifting the burden of decision-making onto the body that adopted the procedures. The success of the public administration's work was reduced to checking compliance with procedures, with a focus on procedures related to the use of assets and budget spending (audited by the State Audit Institution). In the next subsection, we will analyze the main directions of the reform of the planning function.

4.1. The main directions of the reform of the Public Administration Planning Function

The first direction focused on establishing a methodological framework for public policy development. A public policy cycle was introduced as a mandatory methodology in the preparation of public policy documents. Procedural elements of the public policy cycle, such as mandatory consultations and reporting, were made obligatory, while "analytical" elements were introduced in a way that their implementation depends on human resources and their capabilities (Atanasijević *et al.*, 2015: 146-147). At the central level, a mechanism was established to check the "quality" of public policies, i.e. the consistency of

6 The Strategy for Regulatory Reform and Improvement of the Public Policy Management System for the period 2016–2020, *Official Gazette of the RS,* No. 8/2016.

7 The Planning System Act of the Republic of Serbia, *Official Gazette RS,* No. 30/2018.

8 The Regulation on the Methodology for the Development of Medium-Term Plans, *Official Gazette RS,* No. 8/2019.

methodology application and the coherence of the content of various public policy documents, which is overseen by the Republic Secretariat for Public Policies through its opinions. A hierarchy and connection between different public policy documents and other planning documents were introduced, along with a typology of public policy documents. The basic elements of public policy documents were defined. Thus, a strategy must include: a description of the current state of affairs, general and specific objectives, an overview of measures and indicators, a framework for monitoring implementation, a report on consultations carried out, as well as an accompanying action plan which (in addition to the aforesaid elements) specifies the responsibilities for implementation, necessary financial resources and sources, and deadlines for a period of several years.[9] The types of measures or public policy instruments were defined to ensure the appropriate content of public policy documents and to prevent the frequent occurrence of strategies being reduced to a "wish list." The measures were categorized as: regulatory (command-and-control), informational and educational, incentive-based (various forms of subsidies), organizational (partnerships or changes in organization), and direct provision of goods and services.[10]

The second direction focused on linking public policy-making with other planning elements within the Government to improve management through the new planning system established by the Planning System Act (2018). Primarily, this involved connecting public policy planning with budget planning: when drafting strategies and defining measures, it became essential to define the necessary financial resources for each measure and its link to the budget program. Additionally, public policy planning was connected with management in public administration organizations; medium-term plans for state administration bodies were introduced and linked to budget planning, which now includes program-based organization (in addition to the existing functional and economic organization). Lastly, public policy planning was linked with regulatory planning; when planning public policy measures within strategies and programs, it became necessary to anticipate changes in regulations. As the goals of regulatory changes were now predefined, this strengthened the foundation and quality of the Republic Secretariat for Public Policies' opinions on regulatory impact analysis.

The third direction focused on strengthening the institutional, organizational, and professional capacities within the public administration at the central level. The Republic Secretariat for Public Policies, a new expert organization directly accountable to the Prime Minister, was established within

9 Art. 14. Planning System Act of the Republic of Serbia, *Official Gazette RS*, No. 30/2018.

10 Art. 24 of the Planning System Act of the Republic of Serbia, *Official Gazette RS,* No. 30/2018.

the Government. It has a function typical of central state bodies: to coordinate public policies and support in planning, as well as to perform regulatory impact analysis, which had been introduced earlier and was previously conducted by the Government's Office for Regulatory Reform and Regulatory Impact Analysis. The Office, along with all its employees, was merged into the Republic Secretariat for Public Policies. In the public administration structure, positions and duties related to public policies were formalized in the Regulation on the Competencies of Civil Servants working in state bodies.[11] This Regulation thoroughly regulates the behavior and general functional competencies in specific areas of work, the method of determining them, and the areas of knowledge and skills they pertain to. It also regulates study and analytical tasks,[12] encompassing areas of knowledge and skills for gathering and processing data from various sources, including the ability to critically assess and analyze available information, to prepare sectoral analyses, to prepare *ex ante* and *ex post* analysis of the effects of public policies/regulations, to identify resources and costs necessary for public policy management, to apply the methodology for preparing public policy documents and the formal procedure for their adoption, and to apply the methodology for monitoring, implementing, evaluating, and reporting on the effects of public policies.

The fourth direction focused on strengthening the employee capacities. Significant efforts were invested in this area, by providing numerous training sessions, study visits, and professional development programs, both for employees of the Republic Secretariat for Public Policies and for several hundred employees from various state administration bodies, as well as for collaborators from the non-governmental sector. The training programs were mostly financed through international development aid projects (such as IPA, etc.). Several basic training programs for civil servants are regularly organized as part of the program previously managed by the Government's Human Resource Management Service, now the National Academy for Public Administration; these regular training programs are conducted by the employees of the Republic Secretariat for Public Policies. The training programs cover specific topics related to impact analysis, strategic planning, data usage and quantitative methods, regulatory impact analysis, communication, results-based management, problem-solving, negotiation, and reporting (general training program).

11 The Regulation on the Competencies for Civil Servants working in state bodies, *Official Gazette RS*, No. 9/2022.

12 Art. 19. Regulation on the Competencies of Civil Servants, *Official Gazette RS*, No. 9/2022.

5. Concluding Remarks and Recommendations

As the analysis has shown, at the beginning of the transition period, the lack of systematic application of analytical tools resulted in numerous weaknesses in decision-making and public policy implementation processes. Problems in evaluating and monitoring the implementation of public policies led to a lack of feedback, which is crucial for the continuous improvement and adaptation of public policies. The absence of prior impact assessments on citizens and the economy often led to negative consequences and unforeseen effects that were difficult to rectify. The lack of systematic evaluation meant that many public policies were not tailored to real needs and conditions on the ground. The absence of clear methodological frameworks for monitoring the implementation of public policies made it difficult to track the progress and success of implementation. Many decisions were made without adequate use of analytical tools, resulting in fragmented and unsystematic reform implementation. Due to the lack of evaluation, weaknesses could not be identified and corrected in a timely manner, which slowed down the reforms. The absence of comprehensive analyses often resulted in adopting *ad hoc* policies, without a clear understanding of long-term effects. Evaluation and monitoring of policy implementation were not systematically integrated into decision-making processes, which reduced both effectiveness and accountability. To overcome these issues, it was necessary to improve methodological approaches, including the use of advanced analytical tools and systematic evaluation.

In the period between 2014 and 2018, the foundation for systematic public policy planning was established, embodied in the Planning System Act (2018). Along with the accompanying elements of planning reform described earlier, this significantly improved public policy-making, which was positioned as one of the most important functions of public administration. This has been consistently confirmed by a series of EU Annual Reports, which have highlighted these advancements in their commentary for several years, while also pointing out to some remaining limitations.

According to the 2023 EC Annual Report, progress in optimizing sectoral planning areas has been slow, and there is a lack of mechanisms to ensure that the Public Policy Secretariat's comments are incorporated into final drafts of laws and policy documents. Additionally, only 22 out of 40 public bodies have adopted and published their mid-term plans for 2022-2024; the absence of or tardiness in issuing annual government plans further complicates the synchronization with other strategic documents, such as the National Plan for the Adoption of the EU *Acquis*. There are also challenges concerning the systematic use of public administration data in policy-making. Coordination between the Ministry of Finance and the Public Policy Secretariat needs improvement

to avoid discrepancies in financial impact assessments. The same refers to the mechanisms for resolving inter-ministerial conflicts, which are not used. Public consultations on draft policy documents were conducted, but only a fraction of laws and regulations went through the same process; the results of these (e-)consultations are not consistently published or explained (European Commission, 2023: 16-17).

Improving coordination across different areas of public policy planning can be achieved by establishing integrated strategic plans that encompass all relevant levels of government. In Serbia, several such "tools" have been integrated into the planning system. In addition to the overarching Development Plan, it includes the Action Plan for the Implementation of the Government Program, as well as the Government's Investment Plan. Empirical evidence from the European Union shows that countries which have adopted integrated plans have achieved a greater level of alignment between national, regional, and local policies. The process of harmonizing national laws with EU legislation, known as the adoption of the *acquis communautaire*, requires a high level of coordination between national and EU institutions. Examples from new EU member states, such as Croatia and Bulgaria, show that a lack of coordination with EU institutions resulted in delays in implementing key reforms and a loss of public trust.

Due to technological advancements, large administrative databases are increasingly available for alternative use, as well as various other data that are not necessarily created for public policy purposes but can be creatively utilized to understand citizens' preferences, gather feedback, or improve the quality of public services. For example, mobile phone usage data are being employed, with the help of new analytical methods in the field of Big Data (including machine learning and artificial intelligence), to optimize public transport by tracking congestion in specific areas and routes, allowing for adjustments in the frequency of public transport vehicles accordingly. Another use of new technologies for more democratic and secure fulfillment of common needs is blockchain technology, which is already being piloted in some cities for local election voting; in some countries (such as Estonia), it is used for public property ownership registries (cadastres). Technological advancements will reshape the current role of the state, offering new opportunities for citizen participation and the provision of public services. In this regard, innovations can complement well-designed public policies by enabling more efficient outcomes, or by prompting a shift in the existing approach to public policy if conditions have changed and technology has solved problems that previously required public intervention.

All the aforementioned changes in the organization and functions of public administration must be accompanied by appropriate alignment in terms

of civil servants competencies and qualifications, as well as the trend of transforming public administration culture of unquestionable rules and impersonal bureaucracy into open and creative organizations that, much like private corporations, increasingly rely on knowledgeable individuals, who are eager to continuously learn, take responsibility, and make competent judgments within their subject-specific tasks on topics important to citizens. The key prerequisite for the efficiency of this reform lies in changing the culture within public administration but also in the broader community: from a bureaucratic and hierarchical culture to a culture of equality, critical thinking and focus on results and improvements in citizens' lives. This shift is challenging but crucial for the implementation of any strategy. It is evident that technological advancements will reshape the existing role of the state, offering new opportunities for participation and public service delivery. However, people are the key factor in successfully changing the culture in public administration. Modern public administration requires modern education. Higher education institutions need programs that train individuals to think critically, and form judgments on the basis of various sources and findings. From the above, it is clear that an efficient public sector management system, based on the public policy concept, calls for a greater reliance on people (their knowledge, judgments, and communication) and a lesser reliance on detailed procedures that prescribe every step in policy-making, which is perceived as a strategic thinking process rather than a proper administrative processes. To achieve this goal, some of the elements of the bylaws regulating policy-making and mid-term institutional planning may be considered for revision, in the direction which would relax the procedural aspect and open space for introducing soft elements of governance and methodology aimed at providing well-designed solutions to public policy issues by the public administration.

References

Arandarenko, M., Uvalić, M. (2014). International advice and institutional (mis)configuration: The case of Serbia. *Southeastern Europe*, 38(2-3), 232-249.

Atanasijević, J., Aleksić, D., Štimac, V. (2015). The role of economic planning in public sector: Principles, evidence and lessons for Serbia in the context of EU integration. *Ekonomika preduzeća*, 63(1-2), 145-153.

Behn, R. D. (2003). Why Measure Performance? Different Purposes Require Different Measures. *Public Administration Review,* 63(5), 586–606.

Bouckaert, G., Halligan, J. (2008). Managing Performance: International Comparisons. Routledge.

Bovaird, T., Löffler, E. (Eds.). (2009). Public Management and Governance (2nd ed.). Routledge.

Chaminade, C., Edquist, C. (2010). Rationales for public policy intervention in the innovation process: Systems of innovation approach. In: R. Smits, S. Kuhlmann, P. Shapira (Eds.), *The Theory and Practice of Innovation Policy* (pp. 95-114). Edward Elgar Publishing.

Čepo, Z. (1986). Four decades after the first five-year plan of the FNRJ. *Časopis za suvremenu povijest*, 18(2), 77-87.

Dimitrijević, P., Vučetić, D. (2021). Menadžment javne uprave [Public Administration Management]. Beograd: Dosije studio; SeCons – grupa za razvojnu inicijativu; Niš: Univerzitet.

European Commission. (2023). Serbia 2023 Report: Commission staff working document accompanying the communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on EU enlargement policy, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52023SC0695 (accessed on 27.9.2024)

Fink-Hafner, D. (2014). Post-accession politicization of national EU policy coordination: The case of Slovenia. *Public Administration*, 92(1), 39-54.

Greve, B. (2022). The role of the public sector: Economics and society. Edward Elgar Publishing. Head, B. W., & Alford, J. (2015). Wicked problems: Implications for public policy and management. *Administration & Society*, 47(6), 711–739.

Hill, M. (2013). The public policy process (6th ed.). Pearson Education Limited.

Hood, C. (1991). A Public Management for All Seasons? *Public Administration,* 69(1), 3–19.

Ingraham, P. W., Donahue, A. K. (2000). Measuring Government Performance. *Public Performance & Management Review,* 23(4), 391–407.

Jann, W., Wegrich, K. (2007). Theories of the policy cycle. In F. Fischer, G. J. Miller, M. S. Sidney (Eds.), *Handbook of Public Policy Analysis: Theory, politics, and methods* (pp. 43-62). CRC Press.

Jerinić, J., Vučetić, D., Stanković, M. (2022). Priručnik za sprovođenje principa dobrog upravljanja na lokalnom nivou [Handbook for Implementing Good Governance Principles at the Local Level] (2nd revised and updated ed.). Beograd: Stalna konferencija gradova i opština.

Ker-Lindsay, J., Armakolas, I., Balfour, R., Stratulat, C. (2017). The national politics of EU enlargement in the Western Balkans. *Southeast European and Black Sea Studies*, 17(4), 511–522

Knil, K., Tosun, J. (2021). Javne politike: novi uvod [Public Policies: A New Introduction] (D. Ivanović, Trans.). Beograd: Dosije studio; SeCons – grupa za razvojnu inicijativu; Novi Sad: Univerzitet.

Kronsell, A., Mukhtar-Landgren, D. (2018). Experimental governance: The role of municipalities in urban living labs. *European Planning Studies*, 26(5), 988-1007.

Maričić, T., Cvetinović, M., Bolay, J.-C. (2018). Participatory planning in the urban development of post-socialist Serbia. In J.-C. Bolay, T. Maričić, S. Zeković (Eds.), *A support to urban development process* (pp. 1–28). Lausanne: École polytechnique fédérale de Lausanne (EPFL) & Institute of Architecture and Urban & Spatial Planning of Serbia (IAUS).

Moynihan, D. P. (2008). The dynamics of performance management: Constructing information and reform. Georgetown University Press.

Polit, K., Bukart, H. (2022). Public management reform: A comparative analysis: Into the age of austerity. Dosije studio; SeCons – grupa za razvojnu inicijativu; University of Novi Sad.

Roberts, N. C., Bradley, R. T. (1991). Stakeholder collaboration and innovation: A study of public policy initiation at the state level. *Journal of Applied Behavioral Science*, 27(2), 209-227.

Stojanović, B. (2018). State, institutional infrastructure and transition engineering in Republic of Serbia. Ekonomika, 64(2), 23-32.

Termeer, C. J. A. M., Dewulf, A., Biesbroek, R. (2019). A critical assessment of the wicked problem concept: Relevance and usefulness for policy science and practice. *Policy and Society,* 38(2), 167–179.

Uvalić, M. (2012). Serbia's transition to market economy: Why has the model not delivered? *Montenegrin Journal of Economics*, 8(2), 87-98.

Uvalić, M., Cerović, B., Atanasijević, J. (2020). The Serbian economy ten years after the global economic crisis. *Economic Annals,* 65(225), 33-71.

World Bank. (2016). Republic of Serbia: Horizontal Functional Review of Central Government: Preliminary Diagnostic Report. World Bank.

Yuliani, I., Larasati, E., Kismartini, Yuningsih, T. (2022). Evidence-based policy: Data's use in supporting public policy process. *Interdisciplinary Social Studies*, 2(3), 1699-1705.

Legal Acts

Strategija reforme javne uprave u Republici Srbiji (Public Administration Reform Strategy in the Republic of Serbia). *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 9/2014, 42/2014-ispravka, 54/2018.

Strategija reforme javne uprave u Republici Srbiji za period od 2021. do 2030. godine (Public Administration Reform Strategy in the Republic of Serbia for the period 2021-2030). *Službeni glasnik RS,* Br. 42/2021, 9/2022.

Strategija regulatorne reforme i unapređenja sistema upravljanja javnim politikama za period 2016–2020. godine (Regulatory Reform Strategy and Improvement of the Public Policy Management System for the period 2016-2020). *Službeni glasnik RS,* br. 8/2016.

Zakon o planskom sistemu Republike Srbije (the Planning System Act of the Republic of Serbia). *Službeni glasnik RS,* br. 30/2018.

Uredba o metodologiji upravljanja javnim politikama, analizi efekata javnih politika i propisa i sadržaju pojedinačnih dokumenata javnih politika (Regulation on the Methodology of Public Policy Management, Policy and Regulation Impact Analysis, and Content of Individual Public Policy Documents). *Službeni glasnik RS,* br. 8/2019.

Uredba o metodologiji za izradu srednjoročnih planova (Regulation on the Methodology for the Development of Mid-term Plans). *Službeni glasnik RS,* br. 8/2019.

Dr Jasna Atanasijević,
Vanredni profesor,
Prirodno-matematički fakultet, Univerzitet u Novom Sadu
Dr Dejan Vučetić,
Redovni profesor,
Pravni fakultet, Univerzitet u Nišu

DA LI SE KREIRANjE JAVNIH POLITIKA RAZVILO U RAVNOPRAVNU FUNKCIJU JAVNE UPRAVE U REPUBLICI SRBIJI?

Rezime

Ovaj rad ispituje jednu od osnovnih funkcija javne uprave u Republici Srbiji - kreiranje javnih politika. Nakon kratkog istorijskog osvrta na realizaciju ove funkcije tokom period socijalističkog upravljanja, i tokom tranzicije 90-tih godina HH veka, analizira se normativni okvir koji je uspostavljen u poslednjoj deceniji, sa fokusom na Zakon o planskom sistemu i prateće podzakonske akte Vlade. Ovi propisi uspostavili su temelje za moderno obavljanje funkcije kreiranje javnih politika u Srbiji. Kroz kvalitativnu analizu, uključujući normativno-dogmatski pristup i analizu dokumenata, rad nudi preporuke za unapređenje ove funkcije javne uprave, sa akcentom na upotrebu analitičkih alata i sistemski pristup reformama.

Ključne reči*: javne politike, javna uprava, Srbija, reforme, normativni okvir, kreiranje javnih politika.*

UDK: 347.922.61/.62:347.23(497.11) originalni naučni rad

Rad primljen: 14.11.2024.
Rad prihvaćen: 23.11.2024.

DOI: 10.5937/zrpfn1-54764

Dr Anđelija Tasić, [*]
vanredna profesorka,
Pravni fakultet Univerzitet u NišuRepublika Srbija
Dr Miroslav Lazić, [*]
redovni profesor,
Pravni fakultet Univerzitet u NišuRepublika Srbija

SUDSKA ZAŠTITA STVARNIH PRAVA[**]

Apstrakt: *Pravna zaštita građanskih subjektivnih prava je pravna radnja koja se primenjuje kada izostane dobrovoljno vršenje nosioca obaveze u građanskopravnom odnosu, što ugrožava ostvarivanje pravnog cilja subjektivnog prava. Povod za zahtevanje sudske zaštite je ugrožavanje ili povreda nekog subjektivnog prava usled koje je, po pravilu, nastala neka šteta – imovinska ili neimovinska. Stvarnopravne tužbe, prema osnovu iz koga se izvodi zahtev, dele se na svojinske – petitorne (reivindikaciona, publicijanska, negatorna, konfesorna, založna itd.) i državinske (posesorne) tužbe. Predmet ovog rada je analiza svojinskih stvarnopravnih tužbi, sagledana kroz prizmu materijalnopravnih (ZOSPO) i procesnopravnih odredaba (ZPP).*

Ključne reči: *Vršenje prava, odstupanje od obaveza, zaštita, sudska zaštita, materijalnopravne karakteristike, procesnopravne karakteristike.*

[*] andjelija@prafak.ni.ac.rs, ORCID 0000-0002-9146-2088

[*] lazic@prafak.ni.ac.rs, ORCID 0000-0002-5055-818X.

[**] Doprinos koautorke Anđelije Tasić predstavlja rezultat istraživanja na projektu „Odgovornost u pravnom i društvenom kontekstu“ koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, u periodu 2021–2025. godine.

[**] Doprinos koautora Miroslava Lazića je nastao kao rezultat finansiranja od strane Ministarstva nauke, tehnološkog razvoja i inovacija, po Ugovoru evidencioni broj 451-03-65/2024-03/ 200120 od 05.02.2024. godine.

1. Uvod

Vršenje građanskih subjektivnih prava je ponašanje subjekata građanskopravnog odnosa u skladu sa ovlašćenjima i obavezama, što garantuje realizaciju sadržine subjektivnih prava i ostvarivanje pravnog cilja (nastanak, izmena, prenos ili prestanak prava). Pravna zaštita građanskih subjektivnih prava se ostvaruje u sudskom postupku kada izostane dobrovoljno vršenje građanskih subjektivnih prava.

U pravnoj teoriji je sporno da li je pravo na pravnu zaštitu element građanskog subjektivnog prava koje je povređeno ili predstavlja posebno subjektivno pravo. Po jednom učenju (monistička, civilistička teorija), povredom subjektivnog prava nastaje tužba u materijalnom smislu koja nije nikakvo posebno subjektivno pravo, već element postojećeg subjek- tivnog prava – zahtev koji se aktivira u slučaju povrede (Popović, 1974 : 245, 259; Kovačević Kuštrimović, Lazić, 2008: 161, 388; Nikolić, 2013: 11, 223). Drugačije učenje, koje preovlađuje u teoriji procesnog prava, smatra pravo na pravnu zaštitu autonomnim javnim subjektivnim pravom koje se garantuje svim pravnim subjektima. Titularima prava se priznaje pravo na pravnu zaštitu kao individualno ljudsko pravo iz korpusa prava na pravično suđenje garantovano ustavom i nadnacionalnim propisima (Petrušić, 2024: 28, 29). Pažnju zaslužuje shvatanje da „smetanjem dr- žavine nastaje zahtev kao subjektivno pravo... Rečeno uopšte nije uslo- vljeno većinskim stavom da državina nije subjektivno pravo, jer opet je državinski zahtev subjektivno pravo...” (Knežević, Cvetić, 2019: 1057). Pored pravne zaštite na nivou države (nacionalna zaštita), ratifikacijom Protokola 1 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda[1], omogućena je dodatna sudska zaštita prava na imovinu pred Evropskim sudom za zaštitu ljudskih prava u Strazburu (ESLjP), u slučaju kada je povredu prava izvršila javna vlast. „Svako fizičko ili pravno lice ima pravo na nesmetano uživanje svoje imovine. Niko ne može biti lišen svoje imovine, osim u javnom interesu i pod uslovima predviđenim zakonom i opštim načelima međunarodnog prava”[2].

1 Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, doneta je u Rimu, 1950. godine, a Protokol 1 1952. g. Srbija je (kao članica Državne zajednice Srbija i Crna Gora) Protokol 1 ratifikovala 2003. godine, a primenjuje se od 2004. godine. *Sl. list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/2003, 5/2005 i 7/2005 – ispr. i *Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 12/2010 i 10/2015.

2 Čl. 1 Protokola.

2. Predmet, svrha i metod zaštite stvarnih prava

Stvarnopravna zaštita je primarno usmerena na uspostavljanje imovinskog stanja oštećenog lica kakvo je bilo pre povrede prava (naturalna restitucija), a tek ako to nije moguće onda na naknadu vrednosti stvari (novčana restitucija). Osnov ove zaštite leži u pravu titulara stvarnog prava da svako treće lice isključi od uticaja na stvar (*ius excludendi tercii*). Princip slobodnog vršenja građanskih subjektivnih prava može biti ograničen jedino zakonom u javnom interesu (eksproprijacija ili ograničavanje sadržine na pojedinim predmetima (poljoprivredno zemljište, šume, kulturna dobra itd.). Ograničenje prava u javnom interesu neupitno je i za Evropski sud za ljudska prava, uz naglasak da je potrebno obezbediti zakonitost postupka i ravnotežu između interesa zajednice i individualnih prava pojedinaca[3]. „Nivo naknade mora biti „srazmeran" u odnosu na vrednost uzete imovine, pri čemu se ne zahteva niti puna naknada, niti ista visina naknade za svaku kategoriju lišavanja imovine"[4]. Po stavu ESLjP, „pojam dobra (*les biens)* ne podrazumeva samo svojinu na telesnim stvarima, već i pravo zadržavanja, potraživanja, pravo na akcije, na patente, penzijsko pravo, pravo na zakupninu, na klijentelu i drugi ekonomski interesi uživaju zaštitu"[5].

Povod za zahtevanje sudske zaštite je ugrožavanje ili povreda nekog subjektivnog prava usled koje je, po pravilu, nastala imovinska ili neimovinska šteta. Povreda stvarnih prava se vrši nepoštovanjem obaveze uzdržavanja, tako što je treće lice titularu stvarnog prava smetalo (onemogućilo ili otežalo) vršenje nekog ovlašćenja. Radnje pravne zaštite se realizuju u odgovarajućem postupku pravne zaštite (parnični, vanparnični, izvršni). Postupak zaštite se pokreće tužbom koja sadrži određeni tužbeni zahtev. Tužilac može da zahteva da sud utvrdi postojanje, odnosno nepostojanje nekog prava, postojanja činjenica,

3 Jan i drugi protiv Nemačke od 30. juna 2005, predstavke 46720/99, 72203/01 i 72552/01. https://www.vrh.sud.rs/sites/default/files/attachments/JAN%20I%20DRUGI%20protiv%20NEMA%C4%8CKE.pdf

4 Litgou i drugi protiv Velike Britanije, predstavke 9006/80 et seq., presuda od 8. jula 1986, stav 121, odbijena je žalba podnosioca predstavke da mere naknade u slučajevima nacionalizacije moraju biti iste (tržišna vrednost) za prinudno otkupljenu zemlju (Harris, O'Boyle, Warbrik, 533, cit prema Krstić, Marinković, 2016: 242).

5 Slučaj Gasus Dosier und Födertechnik GmbH contra Pays-Bas, Exrtait clés d une sélection des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l Homme et des décisions et rapports de la Commission européenne des Droits de l Homme, Conseil de l Europe, septembre 1998. https://www.stradalex.com/en/sl_src_publ_jur_int/document/echr_15375-89_001-1380.

povredu prava ličnosti ili istinitost, odnosno neistinitost neke isprave[6]. Tužilac može predložiti da tuženi umesto dugovane činidbe plati određeni novčani iznos ili izvrši drugu činidbu[7].

Kod sudske zaštite stvarnih prava razlikuje se svojinska (petitorna) i državinska (posesorna) zaštita, tako u Nemačkoj, Lihtenštajnu, Mađarskoj itd. (Vodinelić, 2013: 280)[8]. U pravnoj nauci se različito razmatraju klasifikacije tužbi, odnosno tužbenih zahteva, sa određenim razlikama u materijalnom i procesnom građanskom pravu. Najšire prihvaćena podela u materijalnom pravu je podela tužbi prema vrsti građanskog subjektivnog prava (stvarnopravne, obligacionopravne, nasledne i dr. tužbe). Stvarnopravne tužbe, prema osnovu iz koga se izvodi zahtev, dele se na svojinske – petitorne (reivindikaciona, publicijanska, negatorna, konfesorna, založna itd.) i državinske (posesorne) tužbe. U građanskoj procesnoj teoriji se vrši podela tužbi prema sadržini tražene pravne zaštite na: kondemnatorne (tužbe za osudu na činidbu), deklarativne (tužba za utvrđenje) i konstitutivne (tužba za preinačenje). Međutim, posesorni i petitorni postupci su potpuno drugačijeg predmeta dokazivanja, relevantnih prigovora i drugih karakteristika. Cilj ovih tužbi je da vlasnik ili drugi titular stvarnog prava dobije oduzetu individualno određenu stvar (*in spe- cies*) ili da spreči druge radnje smetanja stvarnog prava. Isti cilj se ponekad može ostvariti i postupkom zaštite državine. Međutim, „posesorna zaštita državine se pruža po posesornim tužbama (§§ 858 i dr. BGB[9]), nezavisno od postojanja tužiočevog ovlašćenja na državinu i nepostojanja prava tuženog da zadire u tužiočevu državinu. Petitorna zaštita državine (§1007 BGB) zaštitu ostvaruje na osnovu jačeg prava na državinu... Izraz posesorna zaštita državine podesan je da označi razliku spram svake petitorne zaštite državine koja se pruža na osnovu povrede prava na državinu (po reivindikaciji, negatoriji, konfesoriji, kondikciji, verzijskom zahtevu, odštetnom zahtevu i dr.)" (Vodinelić, 2013: 278, 279). Smatramo da su materijalnopravne podele pogodnije da ukažu na brojne razlike između ovih postupaka zaštite,

6 Čl. 194 Zakona o parničnom postupku (ZPP), *Sl. glasnik RS*, br. 72/2011, 49.2013 – odl. US, 74/2013 – odl. US, 55/2014, 87/2018 i 18/2020 i 10/2023 – dr. zakon.

7 Čl. 196 ZPP.

8 „Ali razlika između posesorne i petitorne zaštite državine ponegde znači i razliku između vrsta vlasti koje zaštitu pružaju. U Mađarskoj, za posesornu zaštitu državine nadležan državni organ je notar pri jedinici lokalne samouprave, dok se petitorna zaštita državine ostvaruje putem suda" (Vodinelić, 2013: 280).

9 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), donet 1896. godine sa kasnijim izmenama i dopunama.

iako je državinska tužba kondemnatornog[10] karaktera, kao i sve petitorne tužbe. Kondemnatornim tužbenim zahtevom se traži da sud naloži tuženom da u korist tužioca nešto učini, propusti ili trpi.

Zato su odnos petitornog i posesornog zahteva različito regulisani u uporednom pravu, a često postoji isključenje kumulacije ova dva zahteva, npr. u Belgiji[11]. U našem pravu se petitorna i posesorna tužba ne isključuju, ali se po njima predmeti ne mogu spajati, već se istovremeno vode dva odvojena postupka. Ipak, ranije okončanje petitornog postupka je razlog za prigovor u državinskom postupku (petitorium apsorbet possessorium). Cilj i predmet zaštite je isti – kondemnatorni, iako se karakter fundamentalno razlikuje. Zato se i dalje držimo podele stvarnopravnih tužbi na svojinske (petitorne) i državinske (posesorne). Sa procesnog aspekta tužbe su jedinstveni instrument koji ima različite tužbene zahteve.

3. Karakteristike svojinskih stvarnopravnih tužbi

U ovom radu detaljnije razmatramo svojinsku (petitornu) zaštitu stvarnih prava. Svojinske (petitorne, petitum) tužbe za zaštitu svojine su: tužba za povraćaj stvari po osnovu svojine (actio rei vindicatio); tužba za povraćaj stvari po državinskom osnovu (actio Publiciana); tužba zbog smetanja ili uznemiravanja svojine (actio negatoria). Petitorne tužbe su i konfesorna tužba (actio confesoria) i založna tužba (actio pignoris). Regulisane su Zakonom o osnovama svojinskopravnih odnosa (ZOSPO)[12], ali je sam postupak regulisan Zakonom o parničnom postupku (ZPP).

3.1. Tužba za povraćaj stvari (reivindikaciona tužba)

Tužba za povraćaj stvari – reivindikaciona tužba je petitorna tužba koju podiže vlasnik protiv držaoca kod koga se neovlašćeno nalazi njegova individualno određena stvar zahtevajući da mu ona bude

10 Državinska tužba nije moguća u slučajevima kada je nemoguć povratak u pređašnje državinsko stanje (npr. isečeno je stablo), pa se problem rešava utvrđivanjem radnje smetanja i zabranom daljeg smetanja, a posebnom tužbom se pokreće postupak za naknadu štete.

11 „Spajanje je isključeno u Francuskoj, gde je član 1265 ZPP izričit da to ne dopušta. U važećem nemačkom pravu je dopuštena kumulacija posesornog i petitornog zahteva u jednoj tužbi. Ali dok jedni smatraju da u tom slučaju postoje dva zahteva i dva predmeta spora, drugi drže da je posredi jedan, a prvima je važan argument da samo taj stav obezbeđuje da se hitnije postupa u posesornoj stvari, što i traži njena priroda..." (Vodinelić, 2013: 293, 294).

12 *Sl. list SFRJ*, br. 6/80 i 36/90, *Sl. list SRJ*, br. 29/96 i *Sl. glasnik RS*, br. 115/2005 – dr. zakon.

vraćena u državinu kako bi realizovao ovlašćenja koja mu pripadaju. Petitornim tužbama se može zahtevati zaštita samo povodom povrede ovlašćenja i obaveza povodom individualno određene stvari (ili individualizovane generičke stvari) na kojoj tužilac ima pravo svojine.

Aktivno legitimisan subjekt za podnošenje ove tužbe jeste vlasnik stvari, odnosno suvlasnik ili zajedničar[13]. Suvlasnik, odnosno zajedničar imaju pravo na tužbu za zaštitu prava svojine na celu stvar, a suvlasnik ima pravo i na tužbu za zaštitu svog prava na udelu stvari[14]. Na neki način, ovo je odstupanje od pravila o nužnim suparničarima, koje postoji ako po zakonu ili zbog prirode pravnog odnosa tužbom moraju da se obuhvate sva lica koja su učesnici materijalnopravnog odnosa. Ukoliko nisu svi nužni suparničari obuhvaćeni, sud odbija tužbeni zahtev kao neosnovan (čl. 211 ZPP). Za obavezu obuhvatanja svih nužnih suparničara na strani tužioca, u procesnoj literaturi smatra se da tužbeni zahtev koji istakne samo jedan od vlasnika povlasnog dobra protiv vlasnika poslužnog dobra, treba „odbiti od traženja" (Marković, 1957: 217; potvrdno o postojanju aktivnog nužnog suparničarstva i: Keča, Knežević, 2022: 119)[15]. Aktivno legitimisan da podnese tužbu je kako vlasnik koji je imao državinu pa mu je neovlašćeno oduzeta, tako i vlasnik koji prethodno nije imao državinu (npr. sticalac svojine na pokretnoj individualno određenoj stvari fiktivnom predajom). Pasivno legitimisan subjekt, zbog prava sledovanja stvarnih prava, jeste ono lice kod koga se stvar nalazi u faktičkoj vlasti u momentu podizanja tužbe, bez obzira što je ono nije oduzelo iz državine tužioca i bez obzira koliko je dugo bilo u državini stvari.

U skladu sa Zakonom o uređenju sudova[16] u prvom stepenu nadležan je osnovni sud, osim ako vrednost predmeta spora ne omogućava izjavljivanje revizije (40 000 evra u dinarskoj protivvrednosti, *prim. aut*). Opšte je pravilo da se vrednost predmeta spora radi naplate takse utvrđuje

13 V. čl. 43 ZOSPO.

14 Ovaj stav potvrđen je i u sudskoj praksi: „Suvlasnik je aktivno legitimisan da zahtev za zaštitu prava svojine na zajedničkoj stvari i za njeno vraćanje u državinu postavi u odnosu na celu suvlasničku stvar" (Presuda Apelacionog suda u Beogradu, Gž 4012/2021 od 8. 9. 2021. godine).

15 Ključni argument protiv aktivnog nužnog suparničarstva leži u činjenici da se tako onemogućava ostvarivanje prava na pravnu zaštitu jednog od suparničara ukoliko ostali titulari ne žele da zaštite svoje pravo.

16 Čl. 25, st. 1, t. 7 Zakona o uređenju sudova, „Sl. glasnik RS", br. 10/2023.

prema vrednosti koju predmet spora ima u vreme podnošenja tužbe[17]. Vrednost predmeta spora u svojinskim i državinskim parnicama o nepokretnostima određuje se prema tržišnoj vrednosti nepokretnosti koja je predmet spora[18]. Međutim, ukoliko je tužilac očigledno suviše visoko ili suviše nisko označio vrednost predmeta spora, sud će, najkasnije na pripremnom ročištu, a ako pripremno ročište nije održano, onda na glavnoj raspravi, pre početka raspravljanja o glavnoj stvari, brzo i na pogodan način da utvrdi vrednost predmeta spora[19].

Isključiva mesna nadležnost za suđenje u sporovima o pravu svojine i drugim stvarnim pravima na nepokretnosti, sporovima zbog smetanja državine na nepokretnosti, kao i u sporovima iz zakupnih odnosa na nepokretnosti, određuje se po području na kome se nalazi nepokretnost[20]. Kada su u pitanju pokretne stvari važe pravila o opštoj mesnoj nadležnosti, prema kojima je nadležan sud mesta prebivališta, boravišta ili sedišta tuženog[21], osim za vazduhoplove i brodove (prema području upisnika)[22].

Pravo na podizanje tužbe za zaštitu svojine „ne zastareva"[23], tačnije nije oročeno prekluzivnim rokovima, što se odnosi i na druga stvarna prava (drugo je pitanje što stvarne službenosti mogu prestati nevršenjem (3 godine usled protivljenja vlasnika poslužnog dobra ili 20 godina običnim nevršenjem, što je potrebno utvrditi sudskom odlukom). Praktično, ovaj zahtev ima vlasnik koji je lišen državine bez pravnog osnova.

ZPP propisuje obavezne i fakultativne elemente tužbe. Obavezni elementi tužbe su: određenje stvarno i mesno nadležnog suda, stranaka i njihovih zastupnika, sa podacima za identifikaciju i mestom prebivališta, boravišta ili sedišta, predmet spora, određeni zahtev u pogledu glavne stvari i sporednih traženja, činjenice na kojima tužilac zasniva zahtev, dokaze kojima se utvrđuju ove činjenice i potpis (čl. 98 ZPP). Vrednost predmeta spora i pravni osnov jesu fakultativni elementi tužbe.

17 Čl. 21, st. 3 Zakona o sudskim taksama, „Sl. glasnik RS", br. 28/94, 53/95, 16/97, 34/2001 – dr. zakon, 9/2002, 29/2004, 61/2005, 116/2008 – dr. zakon, 31/2009, 101/2011, 93/2012, 93/2014, 106/2015 i 95/2018.

18 Čl. 26 Zakona o sudskim taksama.

19 Čl. 33, st. 3 ZPP.

20 Čl. 51 ZPP.

21 Čl. 39, 40 ZPP.

22 Čl. 52 ZPP.

23 Vidi čl. 37, st. 2 i 3 ZOSPO.

Osnov i sadržina tužbenog zahteva određuju i predmet dokazivanja. Cilj svojinske tužbe jeste povraćaj stvari u državinu vlasnika po osnovu prava svojine. Teret dokazivanja obe činjenice na kojima se temelji tužbeni zahtev – činjenice da je tuženi vlasnik stvari, kao i one gde se stvar nalazi, je na tužiocu – po principu „ko šta tvrdi, to treba i da dokaže"[24]. Da bi uspeo sa tužbenim zahtevom tužilac mora dokazati: da ima pravo svojine i da se stvar koju treba predati nalazi kod tuženog. *Dokazivanje svojine*. Cilj ove tužbe nije samo utvrđivanje prava svojine, već povraćaj stvari. Pri odlučivanju sud je vezan tužbenim zahtevom i ne sme da prekorači postavljeni zahtev. Tako, ako neko traži samo utvrđenje prava svojine, ne može se presudom naložiti i predaja stvari ako nije zahtevana. Sud, da bi udovoljio tužbenom zahtevu za predaju stvari, najpre mora da utvrdi da je tužilac vlasnik stvari. Ukoliko je sporno ko je vlasnik, to pitanje se postavlja kao prethodno pitanje. Dve su mogućnosti – da sud ovo uslovljavajuće pitanje razmotri, što je u obavezi da učini čak i da pravo svojine nije sporno („svaki zahtev za osudu na činidbu u sebi prećutno sadrži zahtev za utvrđenje"), i o njemu se izjasni u obrazloženju odluke, ili da, na zahtev stranke koja je istakla međupredlog za utvrđenje kao novi zahtev za presudu u toku parnice, o ovom pitanju meritorno odluči[25]. U prvom slučaju odluka nema obavezujući karakter, jer je o pitanju prava svojine, sud, zapravo, samo zauzeo stav, a u drugom slučaju, kroz unošenje u dispozitiv presude, ona postaje pravnosnažna, čime se definitivno rešava spor o postojanju jednog pravnog odnosa ili prava (Petrušić, 2024: 30). Svakako, ukoliko se treće lice javi kao tužilac i tvrdi da ima svojinu (npr. savesni sticalac iz načela pouzdanja, održaja), sud mora ponovo da utvrdi ko je isključivi vlasnik.

Tužilac prilikom dokazivanja da je vlasnik stvari može koristiti više dokaznih sredstava iz parničnog postupka: javne isprave, svedoci, saslušanje stranaka, uviđaj na licu mesta itd. Ne dokazuju se samo činjenice koje su opštepoznate i koje je druga stranka priznala pred sudom u toku parnice, osim kada sud i to smatra potrebnim. Dokazivanje zavisi i od vrste stvari. Npr. ukoliko je u pitanju nepokretnost, najjednostavniji način je dokazivanje izvodom iz katastra ukoliko je tužilac upisan kao vlasnik stvari. Ukoliko nije upisan, a vanknjižni je vlasnik, mora dokazati postojanje svih osnova prenosa svojine od upisanog vlasnika do njega kao sticaoca (npr. da je prodavac stvar nasledio od upisanog vlasnika, a on je kupio od njega). Ako se poziva na sticanje

24 Čl. 231 ZPP.

25 Čl. 195 ZPP.

originarnim načinom, npr. održajem, potrebno je da dokaže ispunjenost pretpostavki za originarni način sticanja (Lazić, 2024: 36). Otuda se ovakve situacije označavaju kao problem tzv. „đavolskog dokazivanja" (*probatio diabolica*).

Dokazivanje državine tuženog. Tužilac, da bi uspeo sa tužbenim zahtevom mora da dokaže da se stvar nalazi u faktičkoj vlasti tuženog, ili da se nalazila u momentu podizanja tužbe pa je lice saznavši za spor, stvar otuđilo ili napustilo. Ako tuženi otuđi stvar ili pravo o kome se vodi postupak, parnica se može dovršiti među istim strankama, osim ako, uz pristanak obe stranke, na mesto tuženog ili tužioca stupi pribavilac stvari ili prava[26]. Međutim, kada tuženi drži stvari u tuđe ime, može imenovati lice za koje drži stvar (*nominatio auctoris)*. Ako auktor prizna da tuženi drži stvar u njegovo ime i pristane da stupi u parnicu na njegovo mesto (a tužilac se s tim saglasi) tuženi se „oslobađa" postupka, a kao druga strana u postupku javlja se auktor[27]. Tuženi može u svojinskoj parnici isticati dve vrste prigovora

– dilatorne i peremptorne prigovore. Dilatorni prigovor ukazuje na preuranjenost tužbenog zahteva, a peremtorni na neosnovanost (Nikolić, 2024: 376). Dilatorni prigovori imaju za posledicu privremeno odlaganje usvajanja tužbenog zahteva kao preuranjenog, tj. neosnovanog u momentu odlučivanja. Sud donosi odluku o odbijanju tužbenog zahteva, ali se o novom i istovetnom zahtevu može ponovo odlučivati kada prestane pravo koje ovlašćuje tuženog na državinu. Npr. osnov za ovaj prigovor može biti važeći obligacioni odnos (zakup, ostava, posluga...). Takođe, to može biti važeći osnov za ovlašćenje na državinu po nekom ograničenom stvarnom pravu (ručna zaloga, plodouživanje, upotreba itd.).

Peremtorni prigovori trajno odbijaju tužbeni zahtev kao neosno- van, npr. tuženi ističe da je postao vlasnik stvari održajem ili sticanjem od nevlasnika ako je u pitanju pokretna stvar (*exceptio poste- rioris domini*); ili da je stvar kupio i da mu je tužilac prodao i predao tuđu stvar u državinu čiji je vlasnik prodavac naknadno postao (*exceptio rei venditae et traditae*). Nakon donošenja odluke o ovom pitanju, odnosno odbijanja tužbenog zahteva, ovo pitanje se smatra konačno rešenim. Peremtorni prigovor bi bio pozivanje na načelo pouzdanja u katastarsku evidenciju od strane savesnog sticaoca svojine na nepokretnosti (Lazić, 2023: 44).

Na ovom mestu važno je pomenuti i dosta kompleksno pitanje prava na dom, na način kako ga određuje ESLjP, a prihvata ga i Ustavni sud. Na osnovu kriterijuma ESLjP: „dom je fizički ograđen prostor gde se odvija

26 Čl. 204 ZPP.

27 Čl. 220 ZPP.

privatni i porodični život. Reč je o prostoru sa kojima je određeno lice ostvarilo dovoljno jaku i trajnu povezanost, bez obzira da li boravi u njemu zakonito ili ne, kao i bez obzira da li koristi te prostorije u svojstvu vlasnika ili zakupca"[28]. Da bi tuženi ostvario svoje pravo na dom, u teoriji i sudskoj praksi se postavilo pitanje obaveze tuženog da već u prvostepenom postupku istakne prigovor da se koristi svojim pravom na dom. Ustavni sud je, međutim, stao na stanovište da i sama okolnost da je tuženi ukazivao na činjenično stanje može da se podvede pod značaj prigovora: ,,Naime, podnositeljka je sve vreme tokom postupka isticala da u predmetnom stanu živi od 1972. godine, da su tu rođene i njene ćerke, da redovno plaća zakupninu za taj stan i da je rešenjem suda – koji zamenjuje ugovor o zakupu predmetnog stana od 1992. godine, donetim po predlogu njenog sada pokojnog supruga, utvrđeno da je ona član porodičnog domaćinstva"[29]. Dakle, odlučujući o pravu na dom, sudovi odlučuju o dva suprotstavljena prava – pravu svojine, odnosno ovlašćenju vlasnika da koristi svoju stvar, i pravu na dom. Pravo na dom, dok traje, isključuje pravo vlasnika na povraćaj državine stvari. Ukoliko tuženi izgubi parnicu stiče određene obaveze koje se mogu sprovesti dobrovoljno u određenom roku ili prinudnim putem. Tuženi je obavezan da stvar vrati u mestu u kome se stvar nalazi u vreme donošenja sudske odluke. Položaj tuženog u pogledu obima vraćanja stvari zavisi od njegove savesnosti. Savesni držalac je lice koje je opravdano verovalo da stvar drži kao vlasnik ili titular drugog prava, odnosno da je imao ovlašćenje na državinu. Savesnost državine se pretpostavlja, a savesni držalac postaje nesavestan od trenutka kada mu je tužba dostavljena, ako se ne dokaže da je bio nesavestan i pre toga. Savestan držalac vraća stvar u stanju u kome se nalazila u momentu podizanja tužbe. On kao savestan držalac ne duguje naknadu za korišćenje stvari, kao ni za umanjenje vrednosti stvari ili za propast stvari. Plodovi (ubrani, potrošeni, propali) mu pripadaju u potpunosti, tako da vraća samo plodove koji nisu ubrani kao sastavni deo stvari[30]. Nesavesni držalac vraća stvar sa postojećim plodovima, a za ubrane, uništene, otuđene ili potrošene plodove, duguje naknadu vrednosti. Obavezan je da naknadi štetu nastalu pogoršanjem ili propašću stvari, osim ako dokaže da bi šteta nastala i da se stvar nalazila kod vlasnika.[31]

28 Podrška Evropske unije Pravosudnoj akademiji, Pravo na dom, https://cref.eakademija.com/images/pdf-pravni-koncepti/Pravo-na-dom.pdf , str. 3, pristup sajtu 9. 11. 2024.

29 Už - 2486/2017, detaljnije: Čanović, 2021: 523, Tasić, 2022: 339.

30 V. čl. 38, st. 1 i 2 ZOSPO.

31 V. čl. 39, st. 3 ZOSPO.

Tuženi koji je izgubio svojinsku parnicu i vratio stvar tužiocu ima pravo da od njega kao vlasnika stvari zahteva naknadu troškova koje je imao oko održavanja stvari. Troškovi se klasifikuju kao nužni, korisni i luksuzni, a pravo na naknadu zavisi od vrste troškova i od savesnosti držaoca[32]. Pravo na naknadu troškova u vezi sa održavanjem stvari je obligacioni zahtev i može se koristiti u prekluzivnom roku od tri godine, od dana predaje stvari vlasniku. Savesni držalac ima pravo da zadrži stvar (*ius retentionis*) dok mu vlasnik ne naknadi vrednost troškova.

3.2. Publicijanska tužba

Publicijanska tužba (*actio Publiciana*) je tužba za povraćaj državine stvari koju podiže uzukapioni držalac – savesni držalac stvari (svojinski držalac) koji se nalazi u održaju (pretpostavljeni vlasnik), protiv lica koje mu je stvar neovlašćeno oduzelo. Zahteva se povraćaj u državinu obuhvata individualno određene (ili individualizovane) pokretne ili nepokretne stvari podobne za održaj (Lazić, 2024: 37).

Publicijanska tužba je namenjena uzukapionom držaocu za vreme dok traje sticanje svojine održajem. Međutim, ovu tužbu on može koristiti i kasnije, nakon proteka roka za održaj. Takođe, ovu tužbu može koristiti i vlasnik stvari kome je ista oduzeta ako želi da izbegne problem dokazivanja prava svojine, dokazujući samo jači osnov državine u odnosu na tuženog. Ako je tužba podignuta protiv vlasnika stvari, vlasnik će dobiti spor isticanjem prigovora *exceptio iusti domini*. Pasivno legitimisano je lice koje je oduzelo državinu uzukapionom držaocu, odnosno svako treće lice kod koga se ta stvar nalazi u državini u momentu podizanja tužbe.

Publicijanska tužba je veoma korisna zato što omogućava postizanje željenog cilja sa olakšanim teretom dokazivanja, jer se za realizaciju tužbenog zahteva ne traži dokazivanje svojine, već uzukapione državine, odnosno jačeg ovlašćenja na državinu.[33] Ovo je jedna svojinska (petitorna) tužba sa državinskim osnovom. Da bi uspeo sa tužbenim zahtevom za povraćaj stvari, tužilac ne dokazuje da ima pravo svojine (bez obzira da li ga ima ili nema), već dokazuje pravni osnov svoje državine podobne za redovni održaj na koji se poziva. On mora dokazati postojanje zakonite svojinske državine i prave državine. Savesnost se pretpostavlja, tako da nesavesnost državine tužioca dokazuje tuženi. Ako se poziva na sticanje državine na osnovu vanrednog

32 Čl. 38, st. 6 ZOSPO i čl. 39, st. 5 ZOSPO.

33 Čl. 41 ZOSPO.

održaja (za koji se zahteva samo savesna državina), onda dokazuje samo da je uzukapiona svojinska državina trajala neko vreme, jer se savesnost pretpostavlja[34]. Načelno, da bi uspeo sa tužbenim zahtevom za povraćaj stvari, tužilac treba da dokaže da ima bolji kvalitet državine od tuženog kao držaoca stvari (ili svojinu ako je vlasnik stvari).

Kod publicijanske tužbe se upoređuju (rangiraju) prethodna državina tužioca i državina tuženog. Tako, ako je tuženi „običan" držalac (npr. nesavestan pa nema uslov za održaj), onda prednost ima tužilac kao uzukapioni držalac. Međutim, može se desiti da i tuženi ima uzukapionu državinu, i tada se upoređuje kvalitet njihovih državina[35]. U sukobu državinskih osnova bolji je onaj držalac koji ima državinu podobnu za sticanje svojine redovnim održajem (zakonita i savesna državina) u odnosu na uzukapionog držaoca za vanredni održaj (savesna državina). Ako i tužilac i tuženi imaju kvalifikovanu državinu odgovarajuću za sticanje svojine redovnim održajem, stvar će pripasti onome koji je do zakonite državine došao na osnovu teretnog pravnog posla upravljenog na sticanje svojine (prodaja ili trampa). Ako su i u tome jednaki – obe državine su podobne za isti održaj – primenjuje se pravilo: *In pari causa, melior est conditio possidentis – pod istim uslovima držalac stvari treba da ima bolji položaj*. To znači da stvar ostaje kodtuženog i tužbeni zahtev će biti odbijen.

Tužilac može imati iste zahteve kao i kod reivindikacione tužbe u pogledu vraćanja stvari i plodova, a tuženi iste zahteve u pogledu troškova održavanja stvari. Na zahteve za predaju plodova i naknadu utrošenih i propuštenih plodova, kao i na zahteve tuženog za naknadu troškova (nužni, korisni i luksuzni) shodno se primenjuju pravila za reivindikacionu tužbu.

3.3. Tužba zbog uznemiravanja vlasnika

Tužba zbog uznemiravanja (ugrožavanja) vlasnika (actio negatoria, negatorna tužba) u vršenju svojine na stvari je petitorna tužba koju podiže vlasnik stvari (ili pretpostavljeni vlasnik) protiv lica koje ga ograničava u vršenju nekog svojinskog ovlašćenja – državine stvari ili ovlašćenja upotrebe ili pribiranja plodova. Tužbenim zahtevom se traži prestanak uznemiravanja. Osnov za podizanje ove tužbe leži u isključivosti prava svojine. Vlasnik stvari je ovlašćen

34 U praksi obe strane učestvuju u postupku dokazivanja, a pretpostavka savesnosti samo olakšava pravni položaj. Tako, ako tuženi osporava savesnost državine, tužilac je mora dokazivati, makar pasivnom odbranom – osporavanjem navoda tuženog.

35 Čl. 41 ZOSPO.

da od korišćenja stvari isključi svako treće lice. Otuda i pravo na zahtev za prestanak neosnovanog uznemiravanja od strane trećih lica, čak i onda kada ono nije, izričito, zakonom predviđeno[36].

Pravo na podizanje negatorne tužbe pripada fizičkom ili pravnom licu kome je kao vlasniku ili pretpostavljenom vlasniku izvršeno ograničavanje nekog od svojinskih ovlašćenja[37]. To je najčešće vlasnik stvari, ali to može biti i uzukapioni držalac, tzv. pretpostavljeni vlasnik. Tužba se podiže protiv lica koje vrši uznemiravanje – činjenjem ili nečinjenjem ako je obavezan na činjenje. Ako uznemiravanje vrši u ime drugoga, on ga može imenovati (*nominatio auctoris*), tako da se nadalje parnica može voditi protiv auktora (preinačenje tužbe).

Uznemiravanje, odnosno ograničavanje svojine smetanjem je, najčešće, na nepokretnim, ali može se izvršiti i na pokretnim, individualno određenim stvarima (npr. ometanje upotrebe automobila, poljoprivrednih mašina i sl.). Ugrožavanje svojine i uznemiravanje vlasnika se može izvršiti na razne načine. To mogu biti neosnovane pretenzije trećih lica koje su praćene korišćenjem stvari, npr. prelaz preko tuđeg zemljišta, bacanje otpada u tuđu njivu, zauzimanje zemljišta pomeranjem međe, uzimanje rezervnog ključa automobila i sl. Često se uznemiravanje svojine na nepokretnostima vrši prekomernim imisijama koje dolaze sa susedovog zemljišta (buka, dim, čađ). Vlasnik (pretpostavljeni vlasnik) može podići negatornu tužbu ako su imisije prekomerne, odnosno takve da se njima otežava korišćenje nepokretnosti preko mere koja je uobičajena s obzirom na prirodu i namenu nepokretnosti i na mesne prilike, ili kojima se prouzrokuje znatnija šteta[38]. Smetanje može biti izvršeno i verbalnom radnjom koja je opravdano dovela do realnog uznemiravanja, odnosno dovela je do određenog sužavanja svojinskog ovlašćenja (npr. tvrđenje suseda da ima pravo negativne službenosti vidika, tj. da vlasnik nema pravo gradnje zgrade iznad određene visine).

Uznemiravanje kao osnov negatornog zahteva mora da ima trajan karakter ili da se ponavlja. Jednokratno uznemiravanje, npr. prolaz preko placa zbog trenutno poplavljenog puta, nije dostojno zaštite. Potrebno je da je zasnovano određeno stanje koje se može kvalifikovati kao trajno uznemiravanje prava svojine.

Tužilac kod tužbe za smetanje svojine treba da dokaže:

36 U SGZ nije bilo posebnih odredaba o ovoj tužbi, osim u slučaju zaštite vlasnika od lica koje tvrdi da na njegovoj stvari ima pravo službenosti.

37 Čl. 42 ZOSPO.

38 Čl. 5 ZOSPO.

– *da je vlasnik ili da je kvalifikovani (uzukapioni) držalac stvari (svojinski držalac)*, bez obzira da li ima ili nema državinu. Tužilac nije dužan da dokazuje da tuženi nema pravo po osnovu koga vrši uznemiravanje. On dokazuje samo da postoji ugrožavanje njegovog prava, a tuženi dokazuje da je ovlašćen na određene radnje na tuđoj stvari, npr. da ima službenost prolaza, da ima ovlašćenje iz susedskih odnosa na osnovu sudske odluke i sl. Teret dokazivanja pada na tuženog jer se svojina smatra slobodnom od svakog ograničenja, a ko tvrdi suprotno,to mora i dokazati.

– *da je tuženi izvršio uznemiravanje svojine sužavanjem nekog svojinskog ovlašćenja*. Tužilac je ometan u vršenju svojine ako mu se ne omogućava potpuno vršenje svojinskih ovlašćenja (držanja, upotrebe i ubiranja plodova). Kao smetanje (uznemiravanje) se kvalifikuje svako neovlašćeno zadiranje u svojinska ovlašćenja vlasnika ili pretpostavljenog vlasnika kojim se ne oduzima državina stvari. Uznemiravanje se vrši neovlašćenom upotrebom tuđe stvari, i to na dva načina: tako da se ne onemogućava niti sužava upotreba stvari od strane vlasnika (npr. neko prolazi kroz susedov plac samo kada je vlasnik odsutan) i tako da se vlasnik onemogućava da vrši upotrebu u ranijem obimu ili mu se upotreba otežava (npr. istovar peska na ulazu u dvorište usled čega je otežan ulaz u dvorište, imisije sa susedove parcele – preterana buka, slivanje otpadnih voda i sl.). Prema osnovu uznemiravanja, uznemiravanje može biti samo faktičko (bez isticanja pravnih pretenzija) ili i pravno i faktičko (npr. korišćenje puta po osnovu tvrdnje da postoji službenost prolaza).

Negatorna tužba ima za cilj prestanak uznemiravanja, kao i zabranu budućeg uznemiravanja ako se prema prilikama može očekivati da će se ono ponoviti. Sud se mora kretati u granicama tužbenog zahteva. Tužilac može zahtevati samo da se prestane sa radnjom smetanja i otklone sredstva smetanja, a može zahtevati i da se zabrani buduće smetanje ako se može očekivati njegovo ponavljanje. Odlukom se nalaže tuženom da u određenom roku i o svom trošku postupi po presudi. Ako ne preduzme odgovarajuće radnje dobrovoljno, primeniće se prinudno izvršenje. Ako izvršni dužnik ne ispuni obavezu na činjenje, nečinjenje ili trpljenje utvrđenu izvršnom ispravom, sud može u izvršnom postupku, a na predlog izvršnog poverioca, da naloži izvršnom dužniku naknadni rok izvršenja, a zatim i naplatu sudskih penala za svaki dan zadocnjenja[39]. Pored nalaganja određene radnje radi otklanjanja smetanja i uzdržavanja od budućeg smetanja po osnovu negatorne tužbe, moguća jei obligaciona zaštita u postupku za naknadu štete.

39 Čl. 340 Zakona o izvršenju i obezbeđenju.

I kod negatorne tužbe se tuženi može braniti dilatornim i peremtornim prigovorima, shodno pravilima za reivindikacionu tužbu. Radnje uznemiravanja vlasnika u vršenju svojine moraju da budu neosnovane, odnosno protivpravne. Vlasnik ne može uspeti sa tužbenim zahtevom za smetanje, ako tuženi istakne prigovor da vrši radnje na osnovu prava, npr. konstituisane stvarne službenosti[40], ili na osnovu javnopravnih propisa, npr. sprovođenje kablova za prenos električne energije. To je peremtorni prigovor jer se radi o trajnim pravima. U slučaju da se radi o vršenju radnji na tužiočevoj stvari po ovlašćenju iz lične službenosti plodouživanja ili upotrebe, radi se o dilatornom prigovoru. Negatorna tužba se može koristiti i za zaštitu od uznemiravanja koje ne potiče od ljudske radnje, npr. vetar obori drvo u susedovo dvorište, a vlasnik drveta ne želi da ga ukloni. Krivica lica koje vrši uznemiravanje svojine nije uslov za efikasno korišćenje negatorne tužbe.

3.4. Konfesorna tužba – tužbe za zaštitu službenosti

Konfesorna tužba (*actio confessoria*) je petitorna tužba za zaštitu službenosti. Osnov ove tužbe je postojanje ovlašćenja na državinu, upotrebu ili pribiranje plodova po osnovu neke vrste službenosti stvarne ili lične. Ako je to stvarna službenost, koristi je vlasnik povlasnog dobra kao titular stvarne službenosti kome je vlasnik poslužnog dobra izvršio smetanje državine prava oduzimanjem ili ograničavanjem stvarne službenosti, npr. službenost puta u preciziranim granicama preko poslužnog dobra.

Vlasnik povlasnog dobra može konfesornom tužbom zahtevati da se prema vlasniku poslužnog dobra utvrdi[41] postojanje stvarne službenosti ili da vlasnik poslužnog dobra ili treće lice kao tuženi prestane sa radnjama kojima se oduzima ili ograničava vršenje stvarne službenosti[42]. Aktivnu legitimaciju ima i lice koje ima ovlašćenje na korišćenje stvarne službenosti (zakupac, plodouživalac itd.) dobijeno od vlasnika povlasnog dobra.

U pravnoj teoriji se smatra da bi i uzukapionom držaocu prava stvarne službenosti koji ima državinu podobnu za održaj službenosti, do proteka roka održaja trebalo dati mogućnost korišćenja publicijanske konfesorne tužbe protiv lica koje ga ometa oduzimanjem

40 Zbog trajnosti stvarnih službenosti i prenosa sa svojinom na povlasnom dobru, smatramo da se radi o trajnom prigovoru.

41 Čl. 56 ZOSPO.

42 Čl. 57 ZOSPO.

državine prava stvarne službenosti (pretpostavljeni titular stvarne službenosti). U toku održaja uzukapioni držalac treba da uživa zaštitu prema svim trećim licima, osim prema vlasniku poslužnog dobra koji može koristiti negatornu tužbu za zaštitu svojine. Osnov za ovakvu tvrdnju postoji u austrijskom pravu[43]. Srpski građanski zakonik nije predvideo ovakvu mogućnost, ali smatramo da je treba dozvoliti. Na uzukapionog držaoca stvarne službenosti se shodno primenjuju pravila koja važe za pretpostavljenog vlasnika kod publicijanske tužbe. Pasivno legitimisano je lice koje je izvršilo oduzimanje ili smetanje službenosti, bilo kao vlasnik poslužnog dobra, bilo kao treće lice koje vrši smetanje stvarne službenosti.

Da bi uspeo sa tužbenim zahtevom, tužilac mora da dokaže da je titular prava odgovarajuće stvarne službenosti kao vlasnik ili suvlasnik povlasnog dobra ili kao ovlašćeni vršilac nekog stvarnog prava (plodouživanje, upotreba, stanovanje) ili obligacionog prava (zakup). Takođe, mora da dokaže radnju smetanja – oduzimanje ili ogra- ni- čavanje u vršenju državine stvarne službenosti od strane tuženog.

Tužbom se traži uspostavljanje faktičkog stanja onakvog kakvo je bilo pre radnje smetanja i uzdržavanje od budućih radnji smetanja. Ako je došlo do sužavanja ovlašćenja na državinu, titulari službenosti mogu koristiti i državinsku tužbu. Međutim, ako postoji smetanje ovlašćenja na upotrebu ili pribiranje plodova, na raspolaganju im je samo konfesorna tužba.

3.5. Založnopravna tužba

Založnopravna tužba (*actio pignoris*) je petitorna tužba koja služi za zaštitu ovlašćenja založnog poverioca kod ručne zaloge (zalogoprimac) u slučaju kada mu založni poverilac ili treće lice neovlašćeno oduzme državinu na predmetu zaloge. Zalogoprimac ima samo ovlašćenje da drži stvar radi čuvanja, a nema ostala svojinska ovlašćenja (upotreba i pribiranje plodova). Ova mogućnost vraćanja državine založene stvari, petitornom ili posesornom tužbom, je od značaja za postojanje same ručne zaloge. Poverioč evo založno pravo prestaje trajnim gubitkom državine, odnosno ponovo nastaje kada poverilac povrati državinu stvari[44]. Načelno, zaštita je moguća i od uznemiravanja držanja stvari, iako založni poverilac nema ovlašćenja korišćenja založene stvari.

43 § 523 AGZ.

44 Čl. 986 ZOO.

Založnu tužbu može koristiti zalogoprimac koji je lišen državine prava zaloge. Pošto samo založni poverilac kod ručne zaloge (eventualno kod založnog prava na pravima, npr. državina menice ili čeka) ima ovlašćenje na državinu, a ne i ostali založni poverioci (hipotekarni poverioci, poverioci kod registrovane zaloge itd.), on može koristiti ovu tužbu u slučaju kada je lišen državine. Međutim, hipotekarni poverilac i založni poverilac kod registrovane zaloge mogu koristiti tužbu za zaštitu imovinskih prava u slučaju umanjenja vrednosti založene stvari nesavesnim postupanjem založnog dužnika. Pasivno legitimisan je založni dužnik ili treće lice koje je izvršilo oduzimanje stvari.

Da bi uspeo sa tužbenim zahtevom, založni poverilac mora dokazati postojanje založnog prava po osnovu koga ima ovlašćenje na državinu. Ukoliko ima više založnih poverilaca, kada zaloga prestane za ranijeg po rangu, nastaje za kasnijeg po rangu. U tom slučaju i on može zahtevati predaju stvari u državinu po osnovu nastalog ovlašćenja. Pošto se radi o petitornoj tužbi, tužilac je može koristiti protiv aktuelnog držaoca sve do momenta prestanka založnog prava.

4. Zaključak

Pojedini klasični instituti, poput svojinskopravne zaštite stvarnih prava, odoleli su testu vremena od rimskog prava do danas. U radu je predstavljeno pet tužbi čiji je cilj sudska zaštita stvarnih prava – *actio rei vindication, actio Publiciana, actio negatoria, actio confessoria i actio pignoris*. Autori su u radu nastojali da, najpre, ukažu na pravni značaj podela tužbi prema predmetu, odnosno prema sadržini pravne zaštite, odnosno na materijalnu i procesnu podelu tužbi. Ukazali su, dalje, na povode pružanja pravne zaštite, a akcenat su, kada je reč o postupku, stavili na tužbu za povraćaj stvari, najpotpunije uređenu prema ZOSPO. Autori su primetili da, iako je ovaj institut opstao u svojoj suštini, neke nove tendencije, poput prava na dom, ustanovljenog praksom Evropskog suda za ljudska prava, a potvrđenog odlukama Ustavnog suda Republike Srbije, ako ne dovode u pitanje sam koncept prava svojine, ono uvode ograničenja u korišćenju sopstvene stvari.

Literatura i izvori

Publikacije

Vodinelić, V. V. (2013). *Čemu posesorni postupak*, Pravni zapisi,Beograd, br. 2, 2013.

Keča, R., Knežević, M. (2022). *Građansko procesno pravo*. Beograd.

Knežević, M., Cvetić, R. (2019). *Priroda rokova za sudsku državinsku zaštitu (čl. 77 ZOSPO)*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 3, 2019.

Kovačević Kuštrimović, R., Lazić, M. (2008). Uvod u građansko pravo. Niš.

Krstić, I., Marinković, T. (2016). *Evropsko pravo ljudskih prava.* Beograd.

Lazić, M. (2023). *Načelo pouzdanja u registar nepokretnosti i ugovorno sticanje svojine od knjižnog vlasnika, prvi deo, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu,* br. 100.

Lazić, M. (2024). *Načelo pouzdanja u registar nepokretnosti i sticanje svojine održajem na nepokretnim stvarima, drugi deo*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. 102.

Marković, M. (1957). *Građansko procesno pravo, knjiga 1, sveska 1, Beograd*.

Nikolić, D. (2024). *Uvod u sistem građanskog prava*, XVIII izdanje, Novi Sad.

Podrška Evropske unije Pravosudnoj akademiji, Pravo na dom, https://cref.eakademija.com/images/pdf-pravni-koncepti/Pravo-na-dom.pdf .

Petrušić, N. (2024). *Građansko procesno pravo, parnično procesno pravo,* Niš.

Popović, M. (1974). *Pojam subjektivnog prava*, Novi Sad.

Stanković, O., Orlić, M. (1993). *Stvarno pravo*, Beograd.

Tasić, A. (2022). *Geneza načela zaštite izvršnog dužnika.* Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i uporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća. Split.

Čanović, J. (2021). *Pravo na poštovanje doma u praksi Ustavnog suda Republike Srbije (Uticaj prakse Evropskog suda za ljudska prava).* Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima Evropske Unije(2021). Kragujevac.

Propisi

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), donet 1896. godine sa kasnijim izmenama i dopunama.

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnihsloboda sa kasnijim protokolima, uključujući Protokol 1, *Sl. list SCG – Međunarodni ugovori*, Br. 9.2003, 5.2005 i 7.2005 – ispr. i *Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori*, Br. 12.2010 i 10.2015.

Zakon o parničnom postupku, *Sl. glasnik RS*, Br. 72.2011, 49.2013 –odl. US, 74.2013 – odl. US, 55.2014, 87.2018 i 18.2020 i 10.2023 – dr. zakon.

Zakon o sudskim taksama, *Sl. glasnik RS*, Br. 28.94, 53.95, 16.97, 34.2001 – dr. zakon, 9.2002, 29.2004, 61.2005, 116.2008 – dr. zakon, 31.2009, 101.2011, 93.2012, 93.2014, 106.2015 i 95.2018.

Zakon o uređenju sudova, *Sl. glasnik RS*, Br. 10.2023.

Prof. Anđelija Tasić, LL.D.,
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš
Prof. Miroslav Lazić, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš,

JUDICIAL PROTECTION OF REAL PROPERTY RIGHTS

Summary

The classical civil law institutes, such as protection of real property rights, have withstood the test of time from Roman law to the present day. In case of violation of subjective real property rights, the injured party may file a claim for judicial protection. The paper presents five types of lawsuits aimed at providing judicial protection of real property rights: actio rei vindication, actio publiciana, actio negatoria, actio confessoria , and vindicatio pignoris. The regulation of these property claims in rem is analyzed by examining the relevant provisions of Serbian substantive law (the Basic Property Relations Act) and procedural law (the Civil Procedure Act). After pointing out to the traditional division of property lawsuits, the authors explain the rationale for providing judicial protection in these property claims. In terms of civil procedure, the authors focus on the claims for the return of property (repossession), which is most fully regulated in the Basic Property Relations Act. Notably, although the institute of repossession has essentially survived, there are some new tendencies which call into question the very concept of property rights and impose restrictions on the use of one's property. One of these tendencies (embodied in the principle of polidatiry) is the right to a home, established by the practice of the European Court of Human Rights and confirmed by the decisions of the Constitutional Court of the Republic of Serbia.

Keywords*: exercise of real property rights, deviation from obligations, judicial protection, substantive law, procedural law.*

UDK: 331.07:061.1(100)ILO
UDK: 331:364.632/.636(094.2)"2019"
originalni naučni rad
Rad primljen: 11.12.2024.
Rad prihvaćen: 17.12.2024.
DOI: 10.5937/zrpfn1-55346

Dr Marija Dragićević, [*]
Docent,
Pravni fakultet, Univerzitet u Nišu,Republika Srbija
Dr Goran Obradović, [*]
Redovni profesor,
Pravni fakultet, Univerzitet u Nišu,Republika Srbija

KONVENCIJA MEĐUNARODNE ORGANIZACIJE RADA BROJ 190 O SPREČAVANJU NASILJA I UZNEMIRAVANJA U SVETU RADA – razlozi za ratifikaciju – [**]

Apstrakt: *Iako se mnogo puta pominje u propisima Međunarodne organizacije rada, pitanje nasilja i uznemiravanja na radu sve donedavno nije bilo neposredna i glavna tema nijedne konvencije ove važne međunarodne organizacije. Stoga je Konvencija broj 190 o nasilju i uznemiravanju u svetu rada izuzetno važna, budući da je to prvi i jedini međunarodni pravni propis koji se neposredno bavi nasiljem i uznemiravanjem na radu. Pored toga, ova konvencija ima izuzetno široko područje primene u pogledu lica i oblasti na koje se primenjuje. Njen cilj je da pruži zaštitu zaposlenima i drugim licima od nasilja i uznemiravanja na radu u svim sektorima, bilo da su privatni ili javni, u formalnoj ili neformalnoj ekonomiji, u urbanim ili ruralnim područjima. U ovoj radu autori razmatraju Konvenciju broj 190, njene osnovne karakteristike i definicije koje daje, područje primene, način uređenja postupka prevencije i zaštite od nasilja i uznemiravanja na radu. Nakon toga, autori daju ocenu da li je, s obzirom na postojeći stepen pravne zaštite zaposlenih i drugih radno angažovanih lica od nasilja i uznemiravanja na radu u Republici Srbiji, jedan ovakav akt potreban našoj zemlji, te ako jeste šta bi novo i bolje doneo*

[*] marijad@prafak.ni.ac.rs, ORCID 0000-0002-2477-9835
[*] obrad@prafak.ni.ac.rs, ORCID 0000-0001-8770-493X
[**] Rad je nastao kao rezultat finansiranja od strane Ministarstva nauke, tehnološkog razvoja i inovacija RS, po Ugovoru evidencioni broj 451-03-65/2024-03/200120 od 5. 2. 2024. godine.

našem pravnom sistemu i zaštiti radno angažovanih lica u odnosu na postojeće stanje.

***Ključne reči**: Konvencija broj 190, Preporuka broj 206, nasilje, uznemiravanje, zlostavljanje, rodno zasnovano nasilje i uznemiravanje, načelo jednakosti.*

1. Uvod

Nasilje, zlostavljanje, uznemiravanje i (seksualno) uznemiravanje su značajan problem na radu. Prema studiji Evropskog parlamenta, procenjuje se da 5–10% radne populacije Evropske unije u nekom trenutku doživi nasilje i (seksualno) uznemiravanje (European Parliament, 2018: 8). S druge strane, podaci Međunarodne organizacije rada pokazuju da 1 od 5 zaposlenih (22,8% ili 743 miliona) tokom radnog veka doživi nasilje i uznemiravanje na radu, pri čemu je skoro 1 od 10 zaposlenih (8,5% ili 277 miliona) je iskusio fizičko nasilje i uznemiravanje na radu, 1 od 5 zaposlenih (17,9% ili 583 miliona) je iskusio psihološko uznemiravanje na radu, a 1 od 15 zaposlenih (6,3% ili 205 miliona) je doživeo neki oblik seksualnog uznemiravanja na radu (International Labour Organizati- on, 2022: 8). Iako (seksualno) uznemiravanje uglavnom pogađa (mlade) žene, muškarci su, takođe, redovno žrtve nasilja u uznemiravanja, uglavnom kao pripadnici ranjivih grupa (osobe sa invaliditetom ili LGBT osobe) (European Parliament, 2018: 8–9). Primetno je da je seksualno uznemiravanje, takođe, veliki problem u zemljama koje generalno pružaju visok nivo zaštite jednakog tretmana muškaraca i žena (International Labour Or- ganization, 2022: 8). Jasno je, dakle, da su nasilje i uznemiravanje važni problemi koji se javljaju učestalo u svakoj društvenoj oblasti. Osim što predstavlja kršenje osnovnih ljudskih prava, nasilje i uznemiravanje ugrožava jednake mogućnosti i tretman u pogledu zapošljavanja i zanimanja, neprihvatljivo je i suprotstavljeno osvnovnim ciljevima radnog prava (dostojanstven rad, moralizovanje radnih odnosa itd.). Takođe, ono može sprečiti osobe da pristupe, ostanu i napreduju na tržištu rada, utičući, pritom, na njihovo zdravlje, porodično i društveno okruženje. Stoga, borba protiv nasilja i uznemiravanja na radu igra važnu ulogu u zaštiti osnovnih ljudskih prava. I pre nego što su pojedini međunarodni i nacionalni radnički pokreti počeli svoju borbu, u okviru Međunarodne organizacije rada je otpočet rad na usvajanju međunarodnih pravnih instrumenata koji će se eksplicitno i posebno baviti temom nasilja i uznemiravanja u svetu rada (Petroglou, 2019: 16–17).

Prve diskusije su počele 2013. godine, a u novembru 2015. godine je to pitanje Administrativni savet Međunarodne organizacije rada uvrstio na dnevni red sednice Međunarodne konferencije rada. Na kraju, ovaj proces je okončan 2019. godine i rezultirao je usvajanjem dva pravna instrumenta Međunarodne organizacije rada (međunarodna standarda rada) – Konvencije broj 190 o nasilju i uzemiravanju[1] i Preporuke broj 206 o nasilju i uznemiravanju[2] – koji regulišu nasilje i uznemiravanje u sveta rada. Konvencija broj 190 jeste prvi međunarodni pravni akt koji se neposredno bavi nasiljem i uznemiravanjem u svetu rada i koji uspostavlja minimalne principe i standarde za prevenciju i sprečavanje nasilja i uznemiravanja u svetu rada, uključujući rodno zasnovano nasilje i uznemiravanje. Njeno usvajanje predstavlja prekretnicu u borbi protiv nasilja, uznemiravanja i diskriminacije na radu – praksi i ponašanja koja su, nažalost, i dalje česta (Moreira Gomes, Da Silva Neto, 2022: 509). Osnovni značaj Konvencije proizilazi već iz preambule u kojoj se, između ostalog, nasilje i uznemiravanje kvalifikuju kao kršenje ili zloupotreba ljudskih prava i kao pretnja jednakim mogućnostima, što se ocenjuje kao neprihvatljivo i nespojivo s dostojanstvenim radom.[3]

Nasilje i uznemiravanje na radu je pravno uređeno i u Republici Srbiji, i to u više zakona, među kojima su najznačajniji Zakon o radu[4] i Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu[5]. U ovom radu, analizirajući odredbe Konvencije broj 190 i Preporuje broj 206, autori nastoje dati odgovor da li je, s obzirom na postojeći stepen pravne zaštite zaposlenih i drugih radno angažovanih lica od nasilja i uznemiravanja na radu u Republici Srbiji, jedan ovakav akt potreban našoj zemlji, te ako jeste, šta bi novo i bolje doneo našem pravnom sistemu i zaštiti radno angažovanih lica u odnosu na postojeće stanje.

1 Violence and Harassment Convention, 2019 (No. 190). Preuzeto 25. 10. 2024. https://normlex.ilo.org/dyn/ normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190

2 Violence and Harassment Recommendation, 2019 (No. 206). Preuzeto 25. 10. 2024. https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:4000085:NO

3 Preambula Konvencije broj 190.

4 Zakon o radu, *Sl. glasnik RS*, 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 – odluka US, 113/2017 i 95/2018 – autentično tumačenje.

5 Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu, *Sl. glasnik RS*, 36/2010.

2. Nasilje i uznemiravanje u normativnom okviru Međunarodne organizacije rada

Međunarodna organizacija rada je 2019. proslavila svoju stogodišnjicu. Od svog osnivanja, na osnovu XIII dela Versajskog mirovnog ugovora, ova međunarodna organizacija je predstavljala primarno međunarodno telo posvećeno usvajanju međunarodnih standarda rada. Osnovni principi ove organizacije su da je socijalna pravda od suštinskog značaja za univerzalni i trajni mir i da svaka osoba ima pravo na dostojanstven rad. Ovi osnovni principi su utvrđeni još u Ustavu Međunarodne organizacije rada, a naknadno su potvrđeni i eksplicitno izraženi u različitim važnim deklaracijama.[6] Jedna od najnovijih, usvojena istovremeno sa Konvencijom broj 190, jeste Deklaracija stogodišnjice Međunarodne organizacije rada za budućnost rada, koja posvećuje veliku pažnju jednakosti mogućnosti i tretmana i zagovara „svet rada bez nasilja i uznemiravanja" (International Labour Conference, 2019). Ova važna Deklaracija, zasnovana na sveobuhvatnom izveštaju Globalne komisije o budućnosti rada (Global Commission on the Future of Work, 2019), prikazuje budući put za Međunarodnu organizaciju rada i njene države članice i uspostavlja vezu između dostojanstvenog rada, osnovnih standarda rada i održivosti.[7] Jednakost mogućnosti i tretmana u pogledu zapošljavanja i zanimanja je jedna od ključnih tema Međunarodne organizacije rada i, stoga, pripada takozvanim „osnovnim principima i pravima na radu", odnosno jednom od četiri osnovnih principa koji čine osnovu minimalnog jezgra zaštite radničkih prava koju Međunarodna organizacija rada pokušava da ponudi. Osnovni principi su dalje razrađeni u osam osnovnih konvencija, pri čemu su dve osnovne konvencije Međunarodne organizacije rada posvećene jednakosti mogućnosti i tretmana, i to Konvencija br. 100 o jednakom

6 Deklaracija o svrsi i ciljevima Međunarodne organizacije rada od 1944. godine – Filadelfijska deklaracija (Declaration concerning the aims and purposes of the International Labour Organisation (ILO Declaration of Philadelphia), May 1944); Deklaracija Međunarodne organizacije rada o osnovnim principima i pravima na radu od 1998. godine (ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-up, June 1998); Deklaracija Međunarodne organizacije rada o socijalnoj pravdi u cilju pravedne globalizacije od 2008. godine (ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization, June 2008).

7 Generalni direktor Međunarodne organizacije rada je prilikom usvajanja Konvencije broj 190 izjavio: „Ono što smo danas usvojili je mapa puta, kompas koji će nas voditi napred u budućnosti ove Organizacije, jer budućnost rada je budućnost naše Organizacije". *www.ilo.org/ilc/ILCSessions/ 108/media-centre/news/WCMS_711366/lang--en/index.htm*.

nagrađivanju muške i ženske radne snage za rad jednake vrednosti iz 1951. godine[8] i Konvencija broj 111 o diskriminaciji u pogledu zapošljavanja i zanimanja iz 1958. godine[9]. Značaj ovih konvencija u odnosu prema nasilju i uznemiravanju na radu je podvučen u novoj Preporuci broj 206, u kojoj se navodi da države članice treba da obezbede da odredbe o nasilju i uznemiravanju u nacionalnim zakonima, propisima i politikama uzmu u obzir jednakost i instrumente nediskriminacije Međunarodne organizacije rada, uključujući Konvenciju broj 100 i Konvenciju broj 111.[10] Pored povrede prava na jednakost, nasilje i uznemiravanje na radu predstavljaju povredu i drugih socijalnih prava, pre svega povredu prava na zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu, kao i povredu privatnosti i uopšte dostojanstva na radu. Pre usvajanja Konvencije broj 190, izvorima prava Međunarodne organizacije rada je bila svojstvena samo posredna zaštita od uznemiravanja na radu, koja se garantovala kao integralni deo zaštite bezbednosti i zdravlja na radu (Kovačević, 2013: 468). U tom smislu, za temu nasilja i uznemiravanja na radu važna je činjenica da je nakon usvajanja gore pomenutog izveštaja Globalne komisije za budućnost rada, na nivou Međunarodne organizacije rada odlučeno da se istraži da li bi bezbedni i zdravi uslovi rada mogli takođe da budu uključeni u „osnovne principe i prava" Međunarodne organizacije rada. Iako se nasilje i uznemiravanje na radu ne pominju eksplicitno u glavnim konvencijama i preporukama Međunarodne organizacije rada o bezbednosti i zdravlju na radu, oni se eksplicitno pominju u Preporuci broj 206, u kojoj se navodi da odredbe o bezbednosti i zdravlju na radu i o nasilju i uznemiravanju na radu sadržane u nacionalnim zakonima, propisima i politikama treba da uzmu u obzir relevantne instrumente o bezbednosti i zdravlju na radu Međunarodne organizacije rada, kao što je Konvencija broj 155 o bezbednosti i zdravlju na radu iz 1981. godine[11] i Konvencija broj 187 o promotivnom okviru za bezbednost i zdravlje na

8 Equal Remuneration Convention, 1951 (No. 100). Preuzeto 2. 11. 2024. https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312245:NO

9 Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111). Preuzeto 2. 11. 2024. https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312256:NO

10 Paragraf 5. Preporuke broj 206.

11 Occupational Safety and Health Convention, 1981 (No. 155). Preuzeto 2. 11. 2024. https://normlex.ilo.org/dyn/ nrmlx_en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C155

radu iz 2006. godine[12].[13] Takođe, vredi pomenuti da postoje nagoveštaji da će dva potonja, najopštija pravna instrumenta Međunarodne organizacije rada u oblasti zaštite bezbednosti i zdravlja na radu (Konvencija broj 155 i Konvencija broj 187), u budućnosti dobiti status osnovnih konvencija Međunarodne organizacije rada, čime bi se indirektno na rang osnovnih principa podigla i zaštita od nasilja i uznemiravanja na radu. U svakom slučaju, prema Preporuci broj 206, ratifikacija ovih pravnih instrumenata je važna kako bi se osiguralo da su žrtve nasilja i uznemiravanja adekvatno zaštićene i u skladu sa zakonima o uslovima rada (o bezbednosti i zdravlju na radu).[14] Od svih drugih konvencija Međunarodne organizacije rada, jedina koja eksplicitno govori o (seksualnom) uznemiravanju jeste Konvencija broj 169 o starosedelačkim i plemenskim narodima iz 1989. godine. Prema njenim odredbama, radnici koji pripadaju starosedelačkim i plemenskim narodima uživaju jednake mogućnosti i jednak tretman pri zapošljavanju, kao i zaštitu od seksualnog uznemiravanja.[15] Imajući u vidu navedeno, nova Konvencija broj 190 o nasilju i uznemiravanju ima za cilj da popuni prazninu u normativnom okviru Međunarodne organizacije rada i u okviru međunarodnog javnog prava uopšte u pogledu nasilja i uznemiravanja na radu.

3. Nova konvencija Međunarodne organizacije rada o nasilju i uznemiravanju u „svetu rada“

Dana 21. juna 2019. godine, Međunarodna konferencija rada usvojila je dva instrumenta za borbu protiv nasilja i uznemiravanja u „svetu rada“. Konvenciju broj 190 (pravno obavezujući pravni akt) i Preporuku broj 206 (pravno neobavezujući pravni akt koji sadrži smernice za unapređenje sprovođenja odredaba Konvencije broj 190) usvojio je „parlament Međunarodne organizacije rada“, i to ogromnom većinom. [16] Ovaj međunarodni zakonodavni proces je formalno pokrenut

12 Promotional Framework for Occupational Safety and Health Convention, 2006 (No. 187). Preuzeto 2. 11. 2024. https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_en/f?p=normlexpub:12100:0::no:12100:p12100_instrument_id:312332:no

13 Paragraf 5. Preporuke broj 206.

14 Paragraf 5. Preporuke broj 206.

15 Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), član 20(d). Preuzeto 2. 11. 2024. https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312256:NO

16 Konvencija broj 190 usvojena je sledećim brojem glasova: za je glasalo 439, protiv 7 i uzdržanih je bilo 30 članova, dok je za usvajanje Preporuke broj 206 glasalo 397,

2015. godine, a usvojeni instrumenti su rezultat međunarodne saradnje i opsežnih konsultacija sa međunarodnim organizacijama, vladama, sindikatima i drugim društvenim organizacijama. Kao što je napred pomenuto, Konvencija broj 190 se zasniva na principu jednakosti mogućnosti i tretmana: jednom od temeljnih principa Međunarodne organizacije rada i, takođe, jednom od osnovnih principa međunarodnih i regionalnih ugovora o ljudskim pravima i nacionalnih demokratskih pravnih poredaka uopšte. Važnost ovog principa u borbi protiv nasilja i uznemiravanja na radu se ističe na više mesta u Konvenciji broj 190. Pa se tako već u preambuli Konvencije priznaje da nasilje i uznemiravanje na radu mogu predstavljati kršenje ili zloupotrebu ljudskih prava i pretnju jednakim mogućnostima, što je neprihvatljivo i nespojivo sa dostojanstvenim radom. Pored toga, Konvencija se poziva na Filadelfijsku deklaraciju iz 1944. godine koja potvrđuje da sva ljudska bića, bez obzira na rasu, pol ili veru, imaju pravo ostvarivati svoju materijalnu dobrobit i svoj duhovni razvoj u uslovima slobode i dostojanstva, ekonomske sigurnosti i jednakih mogućnosti.[17] Takođe, u posebnom članu Konvencije broj 190 povećenom osnovnim načelima zaštite od nasilja i uznemiravanja na radu, Konvencija propisuje da sve države članice imaju obavezu da usvoje zakone, propise i politike kojima se osigurava pravo na jednakost i nediskriminaciju u zapošljavanju i zanimanju, posebno za radnice, kao i za druge ranjive grupe ili grupe u ranjivim situacijama koje su nesrazmerno pogođene nasiljem i uznemiravanjem u svetu rada.[18] Iako je normativni princip jednakosti tretmana u zapošljavanju i zanimanju jasan, iz opsežnog istraživanja uporednog prava koje je sprovela sama Međunarodna organizacija rada (tzv. Beli izveštaj), može se uvideti da je pravna zaštita od nasilja i uznemiravanja na radu neretko fragmentovana u različitim pravnim oblastima u zakonodavstvu brojnih država članica (International Labour Conference, Report V(1), 2018: pogl. 4 i 5). Konkretna prava i zabrane su često uključene u različite zakone: zakone o radu, zakone o jednakosti mogućnosti i tretmana u zapošljavanju i zanimanju (nediskriminaciji) ili krivične zakone, dok su preventivne mere (obično odgovornost poslodavca) propisane zakonima o uslovima rada (bezbednosti i zdravlju na radu) (International Labour Conference, Report V(1), 2018: par.

protiv je bilo 12, a uzdržanih 44 članova. Videti: *Globalni mandat za sprečavanje i iskorenjivanje nasilja i zlostavljanja u svetu rada Konvencija MOR (br. 190) i Preporuka (br. 206)*. Preuzeto: 22. 10. 2024. https://www.ramrrs.gov.rs/storage/documents/ rZdXpzgjMuTolV 7PuThXCFedHVfknrBqlDzGV1Uu.pdf

17 Preambula Konvencije broj 190.

18 Čl. 6. Konvencije broj 190.

188). Prema tzv. Žutom izveštaju Međunarodne organizacije rada (koji je predstavljao osnovu za razvoj integrisanog pristupa), ukoliko zaštita od nasilja i uznemiravanja na radu nije dostupna u okviru jednog od navedenih pravnih režima, to dovodi do nedovoljne i nepotpune zaštite žrtava nasilja i uznemiravanja (International Labour Conference, Re- port V(1), 2018: par. 189 i 265). Prema navodima iz ovog istraživanja, „integrisan" pristup se odnosi na koordinaciju između različitih pristupa sprečavanju i zaštiti od nasilja i uznemiravanja na radu, uključujući jednakost i nediskriminaciju, bezbednost i zdravlje na radu, perspektive organizacije radnog mesta, kao i krivičnog zakona gde je to prikladno, budući da nasilje i uznemiravanje može dodirnuti svaku od ovih oblasti. Ovo iz razloga što se samo na taj način može obezbediti da nema pravnih praznina u zaštiti koju žrtve nasilja i uznemiravanja treba da uživaju (International Labour Conference, Report V(2), 2018, par: 59–60). Otuda, „integrisan pristup", zajedno sa inkluzivnim i rodno odgovornim pristupom, čini načelnu polaznu tačku Konvencije broj 190. Osnovna svrha Konvencije broj 190 je da prizna i zaštiti pravo svakoga na svet rada bez nasilja i uznemiravanja.[19] Osim što može dovesti do kršenja ljudskih prava i ugroziti jednake mogućnosti i dostojanstven rad,[20] nasilje i uznemiravanje može negativno uticati na „psihološko, fizičko i seksualno zdravlje, dostojanstvo, porodično i društveno okruženje"[21] pojedinaca. Konvencija prepoznaje da nasilje i uznemiravanje utiču na kvalitet javnih i privatnih usluga, ali i činjenicu da pristupanje i o(p)stanak na tržištu rada, kao i mogućnost napredovanja na tržištu mogu biti ugroženi nasiljem i uznemiravanjem, i to naročito ženama.[22] Prema navodima iz preambule Konvencije, rodno zanovano nasilje i uznemiravanje nesrazmerno utiče na žene i devojke, i stoga je od suštinskog značaja da se koristi inkluzivan, integrisan i rodno odgovoran pristup, koji se bavi osnovnim uzrocima i faktorima rizika, uključujući rodne stereotipe, višestruke i ukrštajuće oblike diskriminacije i nejednake rodno zasnovane odnose moći.[23] Nasilje i uznemiravanje, takođe, negativno utiču na organizaciju rada, odnose na radnom mestu, angažman radnika, produktivnost rada i korporativnu reputaciju.[24] Najzad, posebno značajno je da Konvencija napominje da

19 Preambula Konvencije broj 190.

20 *Ibid*.

21 *Ibid*.

22 *Ibid*.

23 *Ibid*.

24 *Ibid*.

i nasilje u porodici može uticati na zapošljavanje, produktivnost, zdravlje i bezbednost, te da vlade, organizacije poslodavaca i radnika i institucije tržišta rada mogu pomoći, kroz ostale mere, u prepoznavanju, reagovanju i rešavanju tog uticaja.[25]

Nomotehnički gledano, Konvencija broj 190 se sastoji od osam naslova koji se sukcesivno bave definicijama (I), obimom (II) i osnovnim principima Konvencije (III), zaštitom i prevencijom (IV), izvršenjem i pravnim lekovima (V), smernicama, obukom, podizanjem svesti i metodama primene. U okviru ovog rada, autori će se osvrnuti na definicije, područje primene, te prevenciju i zaštitu, sa krajnjim ciljem da daju odgovore na početno istraživačko pitanje – treba li Republika Srbija ratifikovati Konvenciju broj 190, i ako treba, koji su osnovni razlozi za to.

4. Definicija pojma „nasilje i uznemiravanje" u svetu rada prema Konvenciji broj 190

Činjenica da su nasilje i uznemiravanje izuzetno složena pojava, da obuhvataju širok spektar negativnih ponašanja i praksi, te da se mogu manifestovati na različite načine, čini svaki pokušaj da se ovi pojmovi razgraniče i odvojeno definišu složenom operacijom. Konvencija broj 190 primenjuje integralni pristup, pri čemu se pod jedinstvenim pojmom nasilja i uznemiravanja na radu podrazumeva *„niz neprihvatljivih ponašanja i praksi ili njihovih pretnji, bez obzira na to da li su jednokratna ili ponovljena, koji imaju za cilj, rezultiraju ili bi verovatno mogle rezultirati fizičkom, psihološkom, seksualnom ili ekonomskom povredom, a uključuje rodno zasnovano nasilje i uznemiravanje"*.[26] Pored toga, Konvencija broj 190 definiše i poseban pojam „rodno zasnovano nasilje i uznemiravanje" u svetu rada, određujući ga kao *„nasilje i uznemiravanje usmereno na lica zbog njihovog pola ili roda ili koje nesrazmerno pogađa lice određenog pola ili roda, a uključuje seksualno uznemiravanje"*.[27]

U nastavku, Konvencija broj 190 pojašnjava da se definicija oba termina može dati odvojeno u nacionalnom zakonodavstvu, tako da države članice, ako im je volja, nasilje i uznemiravanje mogu definisati u nacionalnim zakonima i propisima kao jedinstven pojam ili kao odvojene koncepte, ali ne smeju pritom da dovedu u pitanje definicije date

25 *Ibid*.

26 Čl. 1. st. 1. tač. (a) Konvencije broj 190.

27 Čl. 1. st. 1. tač. (b) Konvencije broj 190.

u samoj Konvenciji.[28] Na ovaj način, Konvencija daje široku i inkluzivnu definiciju „nasilja i uznemiravanja" u svetu rada, obezbeđujući da najveći mogući broj radnji može potpasti pod njenu zaštitu (fizičko nasilje, psihičko uznemiravanje, maltertiranje, zlostavljanje, seksualno uznemiravanje itd.), ali istovremeno omogućujući da države članice Međunarodne organizacije rada zadrže i neophodnu fleksibilnost u sprovođenju nacionalne politike. Integralni pojam nasilja i uznemiravanja u suštini obuhvata dva odvojena, ali funkcionalno povezana pojma, a to su (fizičko) „nasilje" i (psihičko) „uznemiravanje", koje Konvencija broj 190 definiše kao sinonime (Kalamatiev, Ristovski, 2022: 637). U nekim ranijim pravnim instrumentima Međunarodne organizacije rada, pod pojmom „nasilje" podrazumevala se „svaka radnja, incident ili ponašanje suprotno razumnom ponašanju, na osnovu kojeg je lice izloženo napadima, pretnjama ili povredama tokom rada ili kao direktna posledica njegovog/njenog rada" (International Labour Or- ganization, 2003: 4). Međutim, paralelno sa „fizičkim" nasiljem u svetu rada, sve češće se pojavljuje i „psihičko" nasilje, odnosno uznemiravanje. Naučna i stručna literatura ne baštine opšteprihvaćenu definiciju ovog pojma, ali se najčešće pod tim pojmom podrazumeva svako nekorektno ponašanje koje može da povredi ličnost, dostojanstvo, fizički ili psihički integritet nekog lica, verbalnim zlostavljanjem ili drugim radnjama koje, ako se posmatraju zasebno, nisu tako ozbiljne kao nasilje, ali se njihovim ponavljanjem uspostavlja agresija (Kovačević, 2013: 473). Pojam uznemiravanje obuhvata čitavu seriju ponašanja, uključujući psihičko uznemiravanje, diskriminatorsko uznemiravanje i seksualno uznemiravanje (Kovačević, 2013: 466). Navedeni oblici uznemiravanja se uspostavljaju ponašanjima kojima se povređuje dostojanstvo i dobrobit zaposlenog, ali se razlikuju razlozi zbog kojih se odgovarajuće ponašanje preduzima. Pa tako, ako je radnja uznemiravanja motivisana osobinama, uverenjem ili nekim drugim ličnim svojstvom zaposlenog koje, inače, predstavlja osnov diskriminacije, tada se govori o diskriminatorskom uznemiravanju. S druge strane, seksualno uznemiravanje predstavlja neželjeno ponašanje koje ima za posledicu povredu dostojanstva u sferi polnog života. Najzad, psihičko uznemiravanje nastaje u svim ostalim slučajevima, a može biti rukovođeno različitim motivima, od namere poslodavca da se reši zaposlenog za čijim radom je prestala potreba, preko represije prema „nepoželjnom" radniku, odmazde prema uzbunjivaču, do izopačene želje da se neko lice ponizi i omalovaži (Kovačević, 2013: 466–467).

28 Čl. 1. st. 2. Konvencije broj 190.

Konvencija broj 190 daje, kako je napred rečeno, jedinstven pojam „nasilja i uznemiravanja“ na radu obuhvatajući pod tim pojmom sve napred navedene pojmove, ali ostavlja mogućnost državama članicama da u svojim nacionalnim zakonodavstima pojmove nasilja i uznemiravanja definišu i kao posebne koncepte ili više posebnih koncepata. Međutim, prilikom definisanja, države ne smeju da dovedu u pitanje definicije date u samoj Konvenciji broj 190, odnosno moraju da uvaže elemente pojma nasilja i uznemiravanja koji su definisani u Konvenciji. U tom smislu, valja prepoznati nekoliko bitnih elemenata pojma nasilja i uznemiravanja definisanog Konvencijom broj 190. Pre svega, uočava se da ponavljanje radnji nije uvek neophodan uslov za kvalifikaciju jednog ponašanja kao akta nasilja i uznemiravanja na radu. Radnje nasilja i uznemiravanja mogu biti pojedinačni akti ili ponovljeni čin i produženo delo tokom vremena. Konvencija broj 190 insistira na ovom važnom aspektu, na koje se duže vreme ističe u teoriji radnog prava (Reljanović, Petrović, 2011: 189; Rittossa, Tr- bojević Palalić, 2007: 1334, Dragićević, 2019: 298). Ovo iz razloga što je ponavljanje kao uslov preuzeto iz medicinskih definicija, koje zlostavljanje na radu posmatraju u okviru svojih istraživanja i svode ga na psihičko zlostavljanje kao uzrok nastanka psihosomatskih i psihosocijalnih oboljenja i promena (Kićanović, 2011: 10). Kada je cilj/ posledica uznemiravanja stvaranje neprijateljskog, ponižavajućeg ili uvredljivog okruženja, onda je ponavljanje sasvim opravdan uslov – čini se da se sve ovo ne može postići jednom radnjom, koliko god ona bila intenzivna i neprijatna. Međutim, ukoliko se povređuje dostojanstvo napadnute osobe ili njen fizički integritet, uznemiravanjem na radu smatraju se i jednokratna činjenja koja će nužno dovesti do stvaranja netrpeljivog okruženja na radnom mestu. Beznačajnije aktivnosti u svojoj ukupnosti, usled učestalog i dugotrajnog ponavljanja, prerastaju u uznemiravanje, dok aktivnosti kojima se povređuju izričito navedena ljudska prava sama po sebi dovoljno su teška (Trbojević Palalić, 2007: 1334). Kada je u pitanju uznemiravanje putem digitalnih uređaja, ono se obično sprovodi radnjama koje se ponavljaju i održavaju tokom vremena, ali to može biti i pojedinačni čin, jedan izolovani ili povremeni napad (kao što su slučajevi seksualnog sajber maltretiranja), gde jedan pojedinačni akt može biti velikog štetnog intenziteta, kao što je objavljivanje intimnih fotografija ili eksplicitnih video-snimaka koje u trenu može videti mnoštvo ljudi i koji ostaju dostupni tokom vremena sve dok ne budu izbrisani. Stoga, odredbe u zakonodavstvu koje za kvalifikaciju jednog ponašanja kao radnje uznemiravanja zahtevaju ponavljanje, osim što su nedovoljno precizne (u pogledu učestalosti

ponavljanja i trajanja nedozvoljenog ponašanja), bez ikakvog valjanog razloga ostavljaju van domašaja zakona jednokratnu radnju uznemiravanja koja ima trajne posledice (Reljanović, Petrović, 2011: 189).

Još jedan važan aspekt definicije koju daje Konvencija broj 190 je da se pojam nasilja i uznemiravanja na radu objektivizuje, budući da element namernosti u radnji uznemiravanja gubi na značaju, odnosno namera izvršioca da nanese štetu nije odlučujući ili neophodan uslov za klasifikaciju određenog ponašanja kao nasilja i uznemiravanja na radu. Naime, prema definiciji, nasilje i uznemiravanje na radu podrazumeva niz neprihvatljivih ponašanja i praksi ili njihovih pretnji *koji imaju za cilj, rezultiraju ili bi verovatno mogle rezultirati* nekom povredom. Dakle, nasilje i uznemiravanje postoji, najpre, ako određeno ponašanje ili praksa ima za cilj nanošenje štete, tj. ako izvršilac deluje sa namerom da uznemiravanom licu nanese štete. Međutim, pored toga, Konvencija broj 190 predviđa da nasilje i uznemiravanje može biti uspostavljeno i ponašanjem koje proizvodi navedene posledice, čak i ako ih izvršilac nije želeo. Ova nijansa je značajna s obzirom na to da podrazumeva odstupanje od kriterijuma koji je do sada sledila većinska sudska praksa i doktrina, zahtevajući nameru nanošenja štete. Prema definiciji koju daje Konvencija broj 190, pravo na zaštitu od nasilja i uznemiravanja na radu ne može zavisiti od psiholoških i subjektivnih faktora koje je teško kontrolisati. Postojanje adekvatne uzročno-posledične veze između neprihvatljivog ponašanja i štetnog rezultata (povrede dostojanstva i dobrobiti lica) koji je zakonom zabranjen je dovoljno za kvalifikaciju takvog ponašanja kao nasilja i uznemiravanja na radu.

S druge strane, šteta odnosno štetan rezultat, nije suštinski element ili uslov postojanja uznemiravanja na radu, jer je dovoljno da uznemiravačko ponašanje može da proizvede štetu odnosno povredu, bilo fizičku, psihičku, seksualnu ili ekonomsku, bez potrebe da se ona materijalizuje. Za potrebe kvalifikacije jednog ponašanja kao uznemiravačkog dovoljno je da se potvrdi postojanje relevantnog rizika da može doći do nastanka štete. I, u tom smislu, definicija sadržana u Konvenciji broj 190 je jasna, budući da pojam nasilje i uznemiravanje na radu označava skup neprihvatljivih ponašanja i praksi ili njihovih pretnji koji imaju za cilj, rezultiraju *ili bi verovatno mogle rezultirati* nekom fizičkom, psihičkom, seksualnom ili ekonomskom štetom. Na ovaj način, Konvencija kvalifikuje „objektivnu verovatnoću" nastupanja štete kao dovoljnu za utvrđivanje nasilja i uznemiravanja na radu (Kocher, 2023: 3).

Takođe, u Konvenciji broj 190 moramo istaći važnu rodnu perspektivu odnosno dimenziju koju ovaj međunarodni standard uspostavlja, uključujući posebno izdvojeni i definisani koncept „rodno zasnovanog nasilja i uznemiravanja". Ovaj međunarodni standard pokazuje da postoji svest da ženska populacija u većoj meri trpi ove oblike nasilja i uznemiravanja, uzimajući u obzir i sve brojnije slučajeve nasilja i uznemiravanja koji se nad ženama vrše preko tehnoloških ili digitalnih uređaja. U tom smislu se ukazuje da termin rodno zasnovano nasilje označava *„nasilje i uznemiravanje usmereno na lica zbog njihovog pola ili roda ili koje nesrazmerno pogađa lice određenog pola ili roda, a uključuje seksualno uznemiravanje"*.

Srpsko zakonodavstvo ne definiše eksplicitno pojam „nasilje" na radu ili „rodno zasnovano nasilje" na radu. Pojam nasilje se vezuje za oblast krivičnog prava i reguliše se Krivičnim zakonikom[29], dok su njegovi specifični oblici poput onog koje se odvija unutar porodice regulisani posebnim zakonima, kao što je Zakon o sprečavanju nasilja u porodici[30]. S druge strane, srpsko zakonodavstvo koristi termine „uznemiravanje", „seksualno uznemiravanje" i „zlostavljanje na radu", i to: Zakon o radu, kao matični zakon za oblast radnih odnosa, koristi termine i daje definicije pojmova „uznemiravanje" i „seksualno uznemiravanje",[31] dok Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu, kao poseban zakon u ovoj oblasti, koristi termin i definiše pojam „zlostavljanje na radu", dok u pogledu pojma seksualno uznemiravanje upućuje na definiciju iz Zakona o radu.[32] Pritom, Zakon o radu pojmove „uznemiravanje" I „seksualno uznemiravanje" određuje kao oblike diskriminacije, ali ne predviđa i ne reguliše „rod" kao poseban diskriminatorni osnov različit od pola. Seksualno uznemiravanje, u smislu ovog Zakona, jeste „svako verbalno, neverbalno ili fizičko ponašanje koje ima za cilj ili predstavlja povredu dostojanstva lica koje traži zaposlenje, kao i zaposlenog u sferi polnog života, a koje izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje".[33] Iz navedenog proizilazi da Zakon o radu prepoznaje samo jedan oblik seksualnog uznemiravanja, i to neprijateljsko radno okruženje, ali propušta da reguliše seksualno uznemiravanje koje se pojavljuje kao „usluga za uslugu"

29 Krivični zakonik, *Sl. glasnik RS*, 85/2005, 88/2005 – ispr., 107/2005 – ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, 35/2019 i 94/2024.

30 Zakon o sprečavanju nasilja u porodici, *Sl. glasnik RS*, 94/2016 i 10/2023 – dr. zakon.

31 Čl. 21. st. 2. i 3. Zakona o radu.

32 Čl. 6. i 3. Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu.

33 Čl. 21. st. 3. Zakona o radu.

(*quid pro quo*) (Kalamatiev, Ristovski, 2022: 641). To je oblik seksualnog uznemiravanja koji postoji kada je odbijanje ili prihvatanje određenog seksualnog predloga osnov za donošenje odluke koja utiče na rad (u vezi sa povećanjem plate, napredovanjem u karijeri, produženjem ugovora o radu i sl.) (Kalamatiev, Ristovski, 2022: 641).

S druge strane, Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu ne sadrži svoju definiciju seksualnog uznemiravanja, već jednostavno upućuje da „odredbe ovog zakona primenjuju se i na slučajeve seksualnog uznemiravanja, u skladu sa zakonom kojim se uređuje rad“[34]. Na prvi pogled, reč je o grubom previdu zakonodavca, kojem je bilo lakše da uputi na drugi akt nego da se u potpunosti odredi prema sadržini pojma uznemiravanja i seksualnog uznemiravanja (Reljanović, Petrović, 2011: 191). Međutim, takav način zakonskog uređenja doveo je do mešanja i „poistovećivanja“ ovih pojmova u praksi. Oni, naravno, ne predstavljaju isti pravni institut, budući da, s jedne strane, postoje nedvosmisleni slučajevi zlostavljanja na radu (psihičkog uznemiravanja na radu), i, s druge strane, isti takvi slučajevi diskriminacije na radu (diskriminatorskog uznemiravanja na radu), dok se seksualno uznemiravanje nalazi u središnjem delu, te u zavisnosti od situacije, okolnosti i motiva izvršenja određene radnje seksualnog uznemiravanja, ono može biti kvalifikovano kao oblik diskriminacije na radu ili kao vid zlostavljanja na radu (Reljanović, Petrović, 2011: 191). Međutim, ovakvom zakonskom regulativom i nedorečenostima se najpre u teoriji, a potom (što je po posledicama još važnije), i u sudskoj praksi, stvara konfuzija u procesu razgraničenja ovih pojmova, a samim tim i u procesu određivanja pravnog puta zaštite lica od navedenih neželjenih ponašanja i praksi.

U pogledu korišćene zakonske terminologije, u domaćoj teoriji radnog prava se s pravom ukazuje da izraz „zlostavljanje“ koji je upotrebio Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu nije primeren budući da ovaj izraz označava rđavo i nečovečno ponašanje prema drugom, odnosno mučenje i maltretiranje drugog i, kao takav, koristi se samo za najteže oblike psihičkog uznemiravanja (Kovačević, 2013: 472). Stoga, termin „zlostavljanje“ se pojavljuje kao neodgovarajuć za označavanje brojnih drugih slučajeva uznemiravanja na radu, posebno onih koji se smatraju blažim, ali koji se usled ponavljanja mogu pretvoriti u maltretiranje, pa bi valjalo razmisliti o njegovoj zameni terminom psihičko uznemiravanje na radu (Kovačević, 2013: 472).

Osim primedbi na račun zakonskih nedoslednosti i upotrebljene terminologije, u pogledu definicije pojma „zlostavljanja na radu“ koju daje Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu, valja istaći da je

34 Čl. 3. Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu.

ponavljanje određenog neprijateljskog ili nepoželjnog ponašanja bitan element ovog pojma. To je istovremeno jedan od glavnih kriterijuma po kojima sudska praksa ocenjuje da li se jedno ponašanje može označiti kao zlostavljanje na radu.[35] Takvo tumačenje domaćih sudova može dovesti do vrlo nepravičnih odluka, poput odbijanja da se utvrdi da je zaposleni pretrpeo zlostavljanje na radu u situaciji kada mu je, primera radi, pojedinačnim aktom učinjena povreda dostojanstva ili dobrobiti. Drugo, Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu ne daje nijednu smernicu za tumačenje kada se jedno ponašanje može smatrati ponovljenim, odnosno koliko puta i u kojim vremenskim razmacima bi neko ponašanje trebalo da se ponovi da bi se stvorilo neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje, što je uslov za postojanje zlostavljanja (Dragićević, 2019: 299).

Imajući u vidu sve napred navedeno, mišljenja smo da je prvi razlog za ratifikaciju Konvencije broj 190 upravo uvođenje reda u zakonsko definisanje ovih važnih pojmova, bilo kao jedinstvenog pojma (koncepta), kako je to učinila Konvencija broj 190, bilo kao više odvojenih pojmova (koncepata), uz poštovanje napred analiziranih kriterijuma/elemenata određenih u definicijama koje je dala predmetna Konvencija. Posebno ističemo potrebu izmene određenja pojma „zlostavljanja" tako što će se kao radnja izvršenja nasilja i uznemiravanja na radu predvideti i pojedinačna radnja. Ovo, pre svega, iz razloga što trenutna domaća sudska praksa jednokratno negativno ponašanje kojim se vređa dostojanstvo, integritet, čast i ugled zaposlenog ne kvalifikuje kao zlostavljanje na radu, bez obzira koliko je štetnih posledica izazvalo, jer je važeći zakonski tekst u tome ograničava (slično i: Kalamatiev, Ristovski, 2022: 637). Takođe, potrebno je da se dosledno definiše koncept „rodno zasnovanog nasilja" budući da je malo domaćih zakonskih propisa koji poznaju kategoriju „roda" i „rodnog identiteta". Najzad, valjalo bi da se izmeni terminologija i da se terminološki i pojmovno usklade Zakon o radu i Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu.

5. Područje zaštite od nasilja i uznemiravanjau svetu rada prema Konvenciji broj 190

Kao opšti izvor prava, Konvencija broj 190 ima svoje personalno, prostorno i drugo (materijalnopravno) područje primene.

35 Prema stavovima domaćih sudova: „da bi određeno ponašanje bilo kvalifikovano kao zlostavljanje na radu koje uživa sudsku zaštitu, potrebno je da se radi o ponašanju koje se ponavlja u određenom vremenskom periodu, a ne može se raditi samo o jednom događaju" (*Rešenja Apelacionog suda u Beogradu, Gži. 469/2014 od 12. 3. 2014. godine*).

U određivanju kruga lica koja su obuhvaćena zaštitom od nasilja i uznemiravanja, Konvencija broj 190 primenjuje inkluzivan pristup, stavljajući pod svoje okrilje radnike i druga lica u svetu rada. Prema odredbama ove Konvencije, zaštitu od nasilja i uznemiravanja u svetu rada uživaju *zaposleni, u skladu sa načinom na koji su definisani u nacionalnom zakonodavstvu i praksi, zatim lica koja rade nezavisno od njihovog ugovornog statusa, lica na osposobljavanju, uključujući pripravnike, naučnike, radnike kojima je prestao radni odnos, volontere, tražioce zaposlenja, lica koja su podnela prijavu za zaposlenje, te pojedince koji izvršavaju ovlašćenja, dužnosti ili odgovornosti poslodavca*.[36]

Osim toga, Konvencija broj 190 se odnosi *na sve sektore, bilo privatne ili javne, kako u formalnoj tako i u neformalnoj ekonomiji, bilo u urbanim ili ruralnim područjima*.[37] Iako je pohvalno što Konvencija uključuje u područje zaštite i lica koja rade u neformalnoj ekonomiji, u teoriji je ovakva odredba kritikovana kao nerealna, sa argumentom da će biti izuzetno nezahvalna za primenu u praksi, pre svega zbog teškoće identifikovanja odgovornog poslodavca, naročito u fazi prevencije nasilja i uznemiravanja na radu (Molina, 2019: 416). S druge strane, Preporuka broj 206 ukazuje da države članice treba da usvoje odgovarajuće mere za sektore ili zanimanja i radne aranžmane u kojima može biti veća izloženost nasilju i uznemiravanju, kao što su noćni rad, rad u izolaciji, zdravstvo, ugostiteljstvo, socijalne usluge, hitne službe, rad u kući, transport, obrazovanje ili zabava, kako bi se obezbedilo da i ova lica uživaju adekvatnu zaštitu.[38] Pored toga, ističe se i potreba da se usvoje zakonodavne ili druge mere radi zaštite radnika migranata, posebno radnica migrantkinja, bez obzira na njihov status, od nasilja i uznemiravanja u svetu rada.[39] U cilju olakšavanja tranzicije iz neformalne u formalnu ekonomiju, Preporuka broj 206 upućuje države članice da obezbede resurse i pomoć radnicima i poslodavcima u neformalnoj ekonomiji, i njihovim udruženjima, kako bi se sprečilo i procesuiralo nasilje i uznemiravanje u neformalnoj ekonomiji.[40] Stoga, čini se značajnim što Konvencija broj 190 i Preporuka broj 206 veliki značaj pridaju oblastima koje je teško kontrolisati i koje se, po pravilu, ignorišu. Ovo posebno iz razloga što teškoća primene

36 Čl. 2. st. 1. Konvencije broj 190.

37 Čl. 2. st. 2. Konvencije broj 190.

38 Čl. 9. Preporuke broj 206.

39 Čl. 10. Preporuke broj 206.

40 Čl. 11. Preporuke broj 206.

propisa o zaštiti od nasilja i uznemiravanja u određenoj oblasti nije i ne može biti opravdan razlog za isključenje iz područja zaštite od nasilja i uznemiravanja lica koja rade u tim oblastima.

U pogledu prostornog područja zaštite od nasilja i uznemiravanja, Konvencija broj 190 se primenjuje na nasilje i uznemiravanje *„u svetu rada"* koje se dešava *„tokom rada"*, odnosno u radnom vremenu (bez obzira gde se dešava – van ili unutar prostorija poslodavca), *„povezano je sa radom"* (dešava se povodom ili u vezi sa obavljanjem prestacije rada) ili *„proizilazi iz njega"* (odnosno kada ima svoj uzrok ili poreklo u prestaciji rada, bez potrebe da se nasilje ili uznemiravanje dešava tokom rada ili na radnom mestu).[41] Konvencija broj 190, dakle, uspostavlja odgovornost poslodavca u odnosu na ponašanje koje se dešava tokom rada, u vezi je s radom ili je rezultat rada, odnosno proizilazi iz njega. Pritom, Konvencija boj 190 je izričita u pogledu određivanja prostora/ prostorija vezanih za rad, navodeći da se Konvencija primenjuje na nasilje i uznemiravanje u svetu rada koje se događa*: a) na radnom mestu, uključujući javne i privatne prostore kada predstavljaju radno mesto; b) na mestima u kojima je radnik plaćen, koristi odmor ili obrok, ili gde koristi sanitarni čvor, prostorije za umivanje/pranje i presvlačenje; c) na službenim putovanjima, na obukama, događajima ili društvenim aktivnostima; d) u okviru komunikacija koje su vezane za rad, uključujući i one koje se vrše putem informaciono-komunikacionih tehnologija; e) u smeštaju koji obezbeđuje poslodavac, i f) prilikom dolaska na posao iliodlaska sa posla*.[42]

Ovde valja primetiti da je jedno od područja zaštite od nasilja i uznemiravanja ono koje se dešava tokom službenih putovanja, obuka, događaja ili društvenih aktivnosti vezanih za posao. Reklo bi se da je uzrok ovako širokog obuhvata zaštite od nasilja i uznemiravanja činjenica da je sve veći broj rekreativnih aktivnosti zaposlenih i drugih radno angažovanih lica koje se odvijaju u okviru ili van radnog dana, unutar ili van prostorija poslodavca. Konvenciju broj 190 treba shvatiti tako da je područjem zaštite pokriveno i organizovanje sportskih turnira, vežbanje u teretanama koje finansira poslodavac ili bilo koju drugu vrstu proslava u cilju poboljšanja komunikacije, „radnog okruženja" i dobrobiti radnika. Ovaj aspekt zaštite ističe veoma difuzne konture koje trenutno postoje između društvenog i radnog okruženja, odnosno teškoće razgraničenja između posla i društvenih odnosa, između onoga što predstavlja ličnu i onoga što

41 Čl. 4. st. 2. Konvencije broj 190.

42 *Ibid*.

čini radnu sferu (De Vicente, 2020, 86). Pored toga, možemo uočiti da je Konvencijom broj 190 izričito prepoznata i zagarantovana zaštita od nasilja i uznemiravanja putem informaciono-komunikacionih tehnologija. U skladu sa navedenim, zaštita nesumnjivo uključuje digitalno uznemiravanje na radu, koje se može izvršiti na radnom mestu ili van njega, bilo sredstvima u vlasništvu poslodavca, bilo sopstvenim sredstvima radnika. Upotrebljena formulacija je veoma široka *„u okviru komunikacija koje se odnose na rad"*, a relevantno je samo da postoji neka značajna karika ili tačka veze sa radom. Shodno tome, svaki oblik tehnološke komunikacije koji bi mogao da ugrozi zdravlje, dostojanstvo ili integritet radnika bio bi vredan zaštite ako je bio u vezi sa radom. Ovakav način regulacije prostora koji je obuhvaćen zaštitom od nasilja i uznemiravanja na radu je veoma važan, naročito u svetlu razvoja događaja nakon krize izazvane pandemijom kovida 19, kada je nasilje i uznemiravanje putem savremenih informaciono- komunikacionih tehnologija (preko WhatsApp-a, Skype-a i sl.) postalo sve učestalije. U ovom kontekstu, valja pomenuti da je nedavno De Stefano napisao važan izveštaj koji je naručila Međunarodna organizacija rada o konceptu „sajber maltretiranja i nasilja i uznemiravanja na poslu uz pomoć informaciono-komunikacionih tehnologija", u kome se ističe da je od suštinskog značaja da se „svet rada" tumači u širem smislu, jer se uznemiravanje na internet mreži može desiti u bilo koje vreme i na bilo kom mestu (De Stefano, 2020: 3). Do nasilja i uznemiravanja može doći u vertikalnom odnosu (od strane menadžera, direktora), u horizontalnom (od strane kolega) i od strane trećih lica (primera radi, klijenata, pacijenata ili korisnika).[43] Konvencija broj 190 na taj način pokušava da zaštiti sve kategorije radnih odnosa unutar što je moguće potpunije formulisane situacije koja kao jedini uslov zahteva vezu sa radom/ poslom. Kroz ovaj široki obim zaštite, koji pokriva različite radnje, različita mesta (fizička ili onlajn) i različite vrste mogućih žrtava u „svetu rada", Konvencija broj 190 nastoji da uspostavi što potpuniju zaštitu uznemiravanih lica.

Personalno područje zaštite od uznemiravanja, seksualnog uznemiravanja i zlostavljanja na radu u srpskom zakonodavstvu zavisi, pre svega, od pravnog propisa koji definišu ove pojmove. Pa tako, dok prema Zakonu o radu zaštitu od uznemiravanja i seksualnog uznemiravanja uživaju samo zaposleni i kandidati za zaposlenje, Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu zaštitu obezbeđuje poslodavcima, zaposlenima, licama angažovanim van radnog odnosa, kao što su lica

43 International Labour Conference, 107th Session, *Ending violence and harassment against women and men in the world of work*, Report V(1), paragrafi 74–75.

koja obavljaju privremene i povremene poslove ili poslove po ugovoru o delu ili drugom ugovoru, lica na dopunskom radu, lica na stručnom osposobljavanju i usavršavanju kod poslodavca bez zasnivanja radnog odnosa, volonteri i svako drugo lice koje po bilo kom osnovu učestvuje u radu poslodavca.[44] Ovim pristupom Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu je poprilično proširio delokrug svoje primene, uključujući pripravnike, volontere, honorarce i sva druga lica koja po bilo kom osnovu učestvuju u radu poslodavca. Međutim, u poređenju sa krugom lica kojima zaštitu pruža Konvencija broj 190, može se primetiti da Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu ne pominje kategoriju radnika kojima je prestao radni odnos, lica koja imaju status kandidata za zaposlenje odnosno tražioca posla, kao ni lica koja vrše ovlašćenja, dužnosti ili odgovornosti poslodavca. Ovu potonju kategoriju lica Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu meša sa pojmom poslodavca. Međutim, u našem pravu to bi bili članovi organa upravljanja privrednih društava (direktori), čiji je status regulisan Zakonom o radu i Zakonom o privrednim društvima[45], kao i pretpostavljeni, odnosno šefovi i menadžeri, koji imaju ovlašćenja da zaključuju pravne poslove ili da donose samostalne kadrovske i organizacione odluke.

U pogledu „mesta" na kome se zlostavljanje vrši i vremena kada se vrši, u domaćem zakonodavstvu postoji pravna praznina, budući da Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu nema nijedne odredbe o tome, ukazujući jedino da su to radnje koje su preduzete na radu ili u vezi sa radom.[46]

Imajući u vidu napred navedeno, verujemo da bi se ratifikacijom Konvencije broj 190 ove zakonske praznine popunile, a zaštita od nasilja i uznemiravanja proširila i upotpunila, kako proširivanjem kruga zaštićenih lica (na lica kojima je prestao radni odnos, lica koja traže posao i kandidate za zapošljavanje, i lica koja vrše ovlašćenja, dužnosti ili odgovornosti poslodavca), tako i predviđanjem prostora na kome se zaštita od nasilja i uznemiravanja primenjuje, uključujući formalnu i neformalnu ekomonomiju, sva fizička i onlajn radna mesta, uključujući i privatne prostorije kada predstavljaju radno mesto, kao i sva druga mesta koja su povezana za radom (mesta u kojima radnik koristi odmor ili obrok, sanitarni čvor, svlačionice, mesta u kojima radnik boravi za vreme službenog puta, za vreme obuke, drugih događa

44 Čl. 2. Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu.

45 Zakon o privrednim društvima, *Sl. glasnik RS*, 36/2011, 99/2011, 83/2014 – dr. zakon, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 i 109/2021.

46 Čl. 1. Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu.

ili društvenih aktivnosti itd.). Posebno je važno da se zaštita od nasilja i uznemiravanja proširi i na komunikaciju koja je vezana za rad, a koja se ostvaruje putem informaciono-komunikacionih tehnologija, budući da se tako u okvir zaštite uključuje jedan važan prostor u kome su zaposleni i druga radnoangažovana lica naročito izložena riziku nasilja i uznemiravanja.

6. Prevencija i zaštita od nasilja i uznemiravanjau svetu rada prema Konvenciji broj 190

Prva faza zaštite od nasilja i uznemiravanja na radu ogleda se u prevenciji. U tom smislu, Konvencija broj 190 obavezuje članice da „poštuju, promovišu i osiguraju svima pravo na svet rada bez nasilja i uznemiravanja".[47] Da bi se ovo ostvarilo, Konvencija uvodi obavezu država članica da, u skladu sa nacionalnim zakonima i okolnostima, te uz savetovanje sa reprezentativnim organizacijama poslodavaca i radnika, usvoje inkluzivan, integrisan i rodno osetljiv pristup sprečavanju i borbi protiv nasilja i uznemiravanja.[48] Države članice moraju, između ostalog: zakonski zabraniti nasilje i uznemiravanje; obezbediti da se relevantne politike bave nasiljem i uznemiravanjem; razviti sveobuhvatnu strategiju za sprečavanje i borbu protiv nasilja; predvideti sankcije; razviti alate i smernice, obaviti edukaciju i obuku, u pristupačnim formatima, radi podizanja svesti, te osigurati efikasna sredstva inspekcije i istrage slučajeva nasilja i uznemiravanja, uključujući inspekciju rada.[49] Prema Preporuci broj 206, ovaj integrisani pristup znači da zaštita od nasilja i uznemiravanja mora biti ponuđena u kontekstu zakona o radu, zakona o uslovima rada (bezbednosti i zdravlju na radu), zakona o zabrani diskriminacije i krivičnog zakona. Zakonodavstvo o zabrani diskriminacije i uređenju bezbednih i zdravih uslova rada smatra se ključnim u vezi sa prevencijom nasilja i uznemiravanja, dok se kombinovani pristup smatra najboljim u obezbeđivanju zaštite od nasilja i uznemiravanja za sve radnike, uključujući i one koji rade u domaćinstvima, u neformalnom sektoru i malim i srednjim preduzećima. Stoga je neophodno da se, pored zaštite u skladu sa zakonima o zabrani diskriminacije, psihosocijalni rizici inkorporiraju u zakonodavstvo o bezbednosti i zdravlju na radu država članica. Veruje se da ovakav pristup može najbolje sprečiti nedostatke u pravnoj zaštiti žrtava i obezbediti da se ne isključe određeni oblici

47 Čl. 4. st. 1. Konvencije broj 190.

48 Čl. 4. st. 2. Konvencije broj 190.

49 Čl. 4. st. 2. Konvencije broj 190.

nasilja i uznemiravanja, kao i određene vrste počinilaca ili žrtava. Pored toga, ovakvim pristupom se doprinosi jasnom identifikovanju odgovornosti različitih aktera – javnih i privatnih poslodavaca, zaposlenih, sindikata, organizacija poslodavaca i vladinihinstitucija.

Osim navedenog, važno je naglasiti da Konvencija broj 190 u fazi prevencije nasilja i uznemiravanja uspostavlja obavezu država potpisnica da preduzmu odgovarajuće mere za sprečavanje nasilja i uznemiravanja na radu, uključujući prepoznavanje važne uloge javne vlasti u području neformalne ekonomije, zatim utvrđivanje, u dogovoru sa organizacijama poslodavaca i zaposlenih, sektora, zanimanja i radnih aranžmana u kojima su radnici i druga lica više izloženi nasilju i uznemiravanju na radu, kao i preduzimanje mera za efikasnu zaštitu tih lica.[50]

U pogledu zaštite od nasilja i uznemiravanja, Konvencija broj 190 predviđa uspostavljanje mehanizma za obezbeđivanje delotvornog sprovođenja zaštite od nasilja i uznemiravanja u svetu rada, koji će garantovati da se jednom počinjeno nasilje ili uznemiravanje na radnom mestu neće ponoviti. U tom pravcu, od ključnog značaja jeste osiguranje jednostavnog pristupa odgovarajućim i efikasnim pravnim lekovima te sigurnim, pravednim i efikasnim mehanizmima izveštavanja i rešavanja sporova u slučajevima nasilja i uznemiravanja u svetu rada.[51] Ovo se, pre svega, odnosi na obavezu država da uspostave žalbene i istražne postupke, kao i mehanizme rešavanja sporova, i to interne (na nivou radnog mesta i izvan radnog mesta) i eksterne (pred sudom), zaštitu od viktimizacije ili odmazde protiv podnosioca prijave, žrtava, svedoka i uzbunjivača, kao i mere pravne, socijalne, medicinske i administrativne potpore za podnosioce prijava i žrtve.[52] Važna i značajna je i obaveza država da obezbede zaštitu privatnosti žrtava i poverljivost informacija, u meri u kojoj je to moguće, ali i da osiguraju da se ne zloupotrebe zahtevi za privatnošću i poverljivošću. Onda kada je to primereno, potrebno je da države predvide sankcije za slučajeve nasilja i uznemiravanja u svetu rada, kao i da osiguraju da žrtve rodno

50 Čl. 8. Konvencije broj 190.

51 *Ibid.* Pravni lekovi navedeni u članu 10(b) Konvencije mogu uključivati: (a) pravo na otkaz uz naknadu; (b) vraćanje na rad; (c) odgovarajuću naknadu štete; (d) naredbe koje zahtevaju preduzimanje mera sa neposrednom izvršnom snagom kako bi se osiguralo da se određeno ponašanje zaustavi ili da se promeni politika ili praksa; i (e) takse i troškove u skladu sa nacionalnim pravom i praksom. Čl. 14. Preporuke broj 206.

52 Čl. 9. Preporuke broj 206.

zanovanog nasilja i uznemiravanja u svetu rada imaju efikasan pristup rodno osetljivim, sigurnim i efikasnim mehanizmima za rešavanje pritužbi i sporova, podršci, uslugama i pravnim lekovima.[53] Posebno važna je i obaveza država članica da prepoznaju uticaj porodičnog nasilja i da, koliko je moguće, ublaže njegov uticaj na svet rada,[54] kao i da osiguraju da radnici imaju pravo da izađu iz radne situacije za koju imaju razumno opravdanje da smatraju kako predstavlja neposrednu i ozbiljnu opasnost za život, zdravlje ili sigurnost zbog nasilja i uznemiravanja, bez trpljenja odmazde ili drugih neprimerenih posledica.[55]

Postojeći pravni okvir za prevenciju i zaštitu od uznemiravanja, seksualnog uznemiravanja i zlostavljanja na radu u Republici Srbiji uređen je na površan način. Premda Zakon o radu, kao opšti pravni propis u oblasti radnih odnosa, propisuje obavezu poslodavca za obezbedi uslove rada i organizuje rad radi bezbednosti i zaštite života i zdravlja na radu,[56] Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu od 2023. godine[57] nijednom svojom odredbom ne govori eksplicitno o opasnostima i rizicima koji mogu dovesti do nasilja i uznemiravanja na radu. S druge strane, Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu predviđa obavezu poslodavca da zaposlenog, pre stupanja na rad, pismenim putem obavesti o zabrani vršenja zlostavljanja i pravima, obavezama i odgovornostima zaposlenog i poslodavca u vezi sa zabranom zlostavljanja,[58] kao i da, u cilju prepoznavanja, prevencije i sprečavanja zlostavljanja, sprovodi mere obaveštavanja i osposobljavanja zaposlenih i njihovih predstavnika da prepoznaju uzroke, oblike i posledice vršenja zlostavljanja.[59] Pored toga, valja ukazati da podzakonski akt koji prati ovaj Zakon – Pravilnik o pravilima ponašanja poslodavaca i zaposlenih u vezi sa prevencijom i zaštitom od zlostavljanja na

53 Čl. 9. Preporuke broj 206.

54 Odgovarajuće mere za ublažavanje uticaja nasilja u porodici u svetu rada mogu uključivati: (a) odsustvo za žrtve nasilja u porodici; (b) fleksibilne radne aranžmane i zaštitu za žrtve nasilja u porodici; (c) privremenu zaštitu od otpuštanja žrtava nasilja u porodici, prema potrebi, osim po osnovama koje nisu povezane sa nasiljem u porodici i njegovim posledicama; (d) uključivanje nasilja u porodici u procene rizika na radnom mestu; (e) sistem upućivanja na javne mere za ublažavanje nasilja u porodici, tamo gde postoje; i (f) podizanje svesti o posledicama nasilja u porodici. Čl. 18 Preporuke broj 206.

55 Čl. 10. st. 1. tač. g) Konvencije broj 190.

56 Čl. 16. st. 1. tač. 2 Zakona o radu.

57 Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, *Sl. glasnik RS*, 35/2023.

58 Čl. 7. st. 1. Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu.

59 Čl. 7. st. 2. Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu.

radu – predviđa dužnost poslodavca da sprovodi mere obaveštavanja i osposobljavanja zaposlenih i njihovih predstavnika da prepoznaju uzroke, oblike i posledice vršenja zlostavljanja, i da zaposlenom pre stupanja na rad dostavi obaveštenje o zabrani vršenja zlostavljanja i pravima, obavezama i odgovornostima zaposlenog i poslodavca u vezi sa zabranom vršenja zlostavljanja.[60] Pored toga, Pravilnik je previdео i određivanje lica za podršku kome zaposleni koji sumnja da je izložen zlostavljanju može da se obrati radi pružanja saveta i podrške, ali ne kao dužnost, već kao diskreciono pravo poslodavca.

Međutim, u domaćim pravnim propisima nema nijedne odredbe o obavezi poslodavca da donese politike (interne akte) za zaštitu od uznemiravanja na radnom mestu; da obaveštava i konsultuje predstavnike radnika prilikom donošenja ovih akata; da informiše i osposobi lica koja vrše ovlašćenja, dužnosti i odgovornosti poslodavca, uključujući i rukovodeće zaposlene. Pored toga, našem pravnom sistemu nedostaju i odredbe o obavezi poslodavca da uzme u obzir nasilje i uznemiravanje i povezane psihosocijalne rizike u upravljanju zaštitom i zdravljem na radu, kao i da utvrdi opasnosti i proceni rizike od nasilja i uznemiravanja, uz učešće radnika i njihovih predstavnika, te da preduzme mere za njihovo sprečavanje i kontrolu. Veliki nedostatak je izostanak odredbi o utvrđivanju sektora, zanimanja i radnih aranžmana u kojima su radnici i druga lica više izloženi nasilju i uznemiravanju, kao i o preduzimanju mera za efikasnu zaštitu tih lica.

Postupak zaštite od zlostavljanja i uznemiravanja u našoj zemlji zavisi od pravnog puta zaštite koji se, s jedne strane, može sprovesti po odredbama Zakona o radu i supsidijarno Zakonom o zabrani diskriminacije[61] (ako je u pitanju diskriminatorsko uznemiravanje ili seksualno uznemiravanje kao oblik diskriminacije), ili po odredbama Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu (ako je u pitanju zlostavljanje na radu). Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu uspostavlja potpuniji sistem prijavljivanja i rešavanja sporova o zaštiti od uznemiravanja odnosno zlostavljanja na radu, ali je i on pun manjkavosti, pravno- tehničke i pravno-logičke prirode. Domaćem sistemu zaštite od zlostavljanja na radu se može zameriti da ne osigurava delotvorni mehanizam sprovođenja zaštite od nasilja i uznemiravanja na radu, niti jednostavan pristup odgovarajućim i efikasnim pravnim lekovima. Takođe, zamerka se može uputiti i zbog činjenice da domaće zakonodavstvo ne predviđa zaštitu od viktimizacije ili odmazde protiv podnosioca

60 Čl. 3–4. Pravilnika o pravilima ponašanja poslodavaca i zaposlenih u vezi sa prevencijom i zaštitom od zlostavljanja na radu, *Sl. glasnik RS*, 62/2010.

61 Zakon o zabrani diskriminacije, *Sl. glasnik RS*, 22/2009 i 52/2021.

prijave, žrtava, svedoka i uzbunjivača, niti mere pravne, socijalne, medicinske i administrativne podrške za podnosioce prijave i žrtve, kao ni zaštitu privatnosti tih pojedinaca. Manjkavost domaćeg zakonodavstva je i u tome što ne prepoznaje rodno zasnovano nasilje i uznemiravanje u svetu rada, kao ni uticaj porodičnog nasilja na svet rada. Najzad, za delotvornu zaštitu od nasilja i uznemiravanja na radu domaćem pravnom sistemu je potrebno jačanje kapaciteta i nadležnosti inspekcije rada predviđanjem, između ostalog, da ima ovlašćenja za izdavanje naredbi koje određuju mere s trenutnom izvršnom snagom i naredbi za prekid rada u slučajevima neposredne opasnost za život, zdravlje ili sigurnost.[62] Sve navedeno predstavlja još jedan razlog zbog kojeg je važno da i naša zemlja ratifikuje Konvenciju, budući da bi to bila prilika da se sve manjkavosti domaćeg sistema zaštite od uznemiravanja i zlostavljanja na radu otklone, te da se dodatno ojača i proširi na lica, mesta i situacije koji su ostali nezaštićeni.

7. Zaključak

Zbog ozbiljnih posledica po zdravlje i profesionalni razvoj uznemiravanih lica, nasilje i uznemiravanje u svetu rada se moraju shvatiti ozbiljno, a uznemiravani radnici se moraju zaštiti od takvih radnji. U ovom radu, nakon razmatranja pitanja nasilja i uznemiravanja u normativnom okviru Međunarodne organizacije rada, razmatrana je Konvencija broj 190 o nasilju i uznemiravanju u svetu rada, prvi i jedini dokument koji se direktno bavi nasiljem i uznemiravanjem u

62 Čl. 10. st. 1. tač. h) Konvencije broj 190. Prema odredbama Preporuke broj 206, inspektori rada i službenici drugih nadležnih organa, prema potrebi, treba da prođu obuku u cilju identifikovanja i rešavanja nasilja i uznemiravanja u svetu rada, uključujući psihosocijalne rizike, rodno zasnovano nasilje i uznemiravanje, i diskriminaciju određenih grupa radnika. Takođe, u Preporuci se ističe da nadležnost nacionalnih tela nadležnih za inspekciju rada, bezbednost i zdravlje na radu, jednakost i nediskriminaciju, uključujući rodnu ravnopravnost, treba da obuhvati nasilje i uznemiravanje u svetu rada (Čl. 20. i 21. Preporuke broj 206). Prema podacima iz priručnika Komiteta viših inspektora rada (SLIC – Senior Labour Inspectors Committee) o ovlašćenjima inspekcija rada država Evropske unije, većina inspekcija (24 od 28) ima određeni stepen nadležnosti i intervencije u vezi sa uznemiravanjem na radnom mestu, iako mnoge imaju ovlašćenja da intervenišu samo u preventivnim aspektima, a ne po žalbama na uznemiravanje. Inspekcije rada Nemačke, Italije, Litvanije i Bugarske nisu ni nadležne po ovom pitanju, budući da je ta nadležnost poverena isključivo sudovima ili drugim organima uprave. Nasuprot tome, samo u 16 država Evropske unije inspekcija rada ima nadležnost u slučajevima nasilja treće strane na radu. U preostalih 12 država, smatra se da je za ovu intervenciju nadležna isključivo policija i drugi nadležni organi (Velázquez Fernández, 2019: 140–141).

međunarodnoj zajednici. Njenim usvajanjem međunarodna zajednica je prvi put dobila jedan univerzalni međunarodni standard posvećen temi nasilja i uznemiravanja na radu, i to uprkos velikoj raznolikosti sadržaja nacionalnog zakonodavstva i velikim kulturnim razlikama koje proizilaze iz konteksta radnih odnosa u različitim zemljama i regionima. Činjenica da je definicija nasilja i uznemiravanja na radu široka, da je personalno područje primene Konvencije broj 190 široko postavljeno i da obuhvata sve grupe zaposlenih i drugih radno angažovanih lica (prijavljene-neprijavljene, radnike bez obzira na ugovorni status, lica koja traže posao, lica kojima je prestao radni odnos itd.), da se bavi svim situacijama u vezi sa nasiljem i uznemiravanjem na radnom mestu, kao i da je prostor na koji se proteže njena zaštita prilično široko određen povećava vrednost ove Konvencije. Premda domaće zakonodavstvo nudi solidan okvir zaštite od nasilja i uznemiravanja u svetu rada, potrebno je usvojiti integrisan, inkluzivan i rodno osetljiv pristup prevenciji i zaštiti od nasilja i uznemiravanja na radu, kako bi se osiguralo „pravo svakoga na svet rada bez nasilja i uznemiravanja" (uporedi član 4. stav 1. Konvencije). Proces ratifikacije je prilika da se preispita nacionalno zakonodavstvo u ovoj oblasti, mehanizmi prevencije i zaštite od nasilja i uznemiravanja na radu, kao i njihova primena u praksi (slično i: Lerouge et al. 2023: 30; Učur, 2022: 870). U tom smislu, ukoliko Konvencija broj 190 bude ratifikovana, proširenje i razvoj postojećih definicija i propisa učiniće nacionalni pravni okvir mnogo kompatibilnijim sa pravilima sadržanim u Konvenciji broj 190, a prava radnika na zaštitu od nasilja i uznemiravanja biće mnogo efikasnije zakonski zaštićena.

Literatura i izvori

Velázquez Fernández, M. P. (2019). El Convenio 190 de la OIT sobre violencia y acoso en el trabajo: principales novedades y expectativas. *Revista de Trabajo y Seguridad Social.* CEF, 437–438, 119–142.

Vicente Pachés, F. De. (2020). El Convenio 190 OIT y su trascendencia en la gestión preventiva de la violencia digital y ciberacoso en el trabajo. *Revista de Trabajo y Seguridad Social.* 69–106.

De Stefano, V. et al. (2020). *System needs update: Upgrading protection against cyberbullying and ICT-enabled violence and harassment in the world of work*, ILO Working Paper 1. Geneva: International Labour Organization.

Dragićević, M. (2019). Tehničke i pravno-logičke manjkavosti Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu. *Radno i socijalno pravo.* 1. 293–315.

Kocher, E. (2021). ILO Convention No. 190 concerning the Elimination of Violence and Harassment in the World of Work and Recommendation No. 206. *Z Problematyki Prawa Pracy i Polityki Socjalnej*. 4. 1–17.

Kalamatiev, T. Ristovski, A. (2022). Konvencija br. 190 Međunarodne organizacije rada naspram makedonskog pravnog okvira za zaštitu od nasilja i uznemiravanja na radu. U: Perović Vujačić. J. (Prir.). *Sudski postupak – pravda i pravičnost, Zbornik radova 35. Susreta Kopaoničke škole prirodnog prava – Slobodan Perović*, tom II, Beograd: Kopaonička škola prirodnog prava – Slobodan Perović. 635–655.

Kićanović O. (2011). *Komentar Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu*. Beograd: Socijalno-ekonomski savet Republike Srbije.

Kovačević, Lj. (2013). *Pravna subordinacija u radnom odnosu i njene granice*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Lerouge, L. Kasagi, E. Charbonneau, A. (2023). Bullying and Harassment at Work in Japanese and French Labor Law, and the Possible Impact of ILO Convention 190. *Journal of work health and safe regulation*. 2. 17–36.

Molina Navarrete, C. (2019). El ciberacoso en el trabajo. Cómo identificarlo, prevenirlo y erradicarlo en las empresas. Madrid: Wolters Kluwer España.

Moreira Gomes, A. V. Da Silva Neto, B. A. (2022). El Convenio 190 de la OIT y la lucha contra el acoso en el trabajo en América del Sur. Revista Jurídica da Presidência. Vol. 23. 131. 506–527.

Petroglou, P. (2019). Sexual harassment and harassment related to sex at work: time for a new directive building on the EU gender equality acquis. *European equality law review*. 2. 16–34.

Rittossa D. Trbojević Palalić M. (2007). *Kaznenopravni pristup problematici mobbinga*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci. Vol. 28. 2. 1325–1351. Reljanović, M. Petrović, A. (2011). Šikanozno vršenje prava, diskrimanicija i zlostavljanje na radu – zakonska regulativa i praksa.
Pravni zapisi. 1. 186–196.

Učur, M. (2022). Konvencija MOR-a br. 190 (2019) o iskorinjivanju nasilja i uznemiravanja treba ratificirati. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*. Vol. 43. 3. 859–872.

Pravni izvori, pravni dokumenti i sudska praksa:

Violence and Harassment Convention, 2019 (No. 190), https://normlex.ilo.org/dyn/ normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190

Violence and Harassment Recommendation, 2019 (No. 206), https://normlex.ilo.org/dyn/ normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:4000085:NO

Global Commission on the Future of Work (International Labour Office), *Work for a brighter future*, Geneve, 2019.

Globalni mandat za sprečavanje i iskorenjivanje nasilja izlostavljanja u svetu rada Konvencija MOR (br. 190) i Preporuka (br.

206). Preuzeto: 22. 10. 2024. https://www.ramrrs.gov.rs/storage/documents/rZdXpzgjMuTolV7PuThXCFedHVfknrBqlDzGV1Uu.pdf

Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111). Preuzeto 2. 11. 2024. https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100: P12100_INSTRUMENT_ID:312256:NO

Deklaracija Međunarodne organizacije rada o osnovnim principima i pravima na radu od 1998. godine (ILO Declaration on Fun- damental Principles and Rights at Work and its Follow-up, June 1998).

Deklaracija Međunarodne organizacije rada o socijalnoj pravdi u cilju pravedne globalizacije od 2008. godine (ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization, June 2008).

Deklaracija o svrsi i ciljevima Međunarodne organizacije rada od 1944. godine - Filadelfijska deklaracija (Declaration concerning the aims and purposes of the International Labour Organisation (ILO Declaration of Philadelphia), May 1944).

Equal Remuneration Convention, 1951 (No. 100). Preuzeto 2. 11. 2024. https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312245:NO

European Parliament, *Bullying and sexual harassment at the workplace, in public spaces and in political life in the EU*, Brussel: European Parliament 2018.

Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu. *Sl. glasnik RS*. Br. 35. 2023.

Zakon o zabrani diskriminacije. *Sl. glasnik RS*. Br. 22 2009 i 52. 2021.

Zakon o privrednim društvima. *Sl. glasnik RS*. Br. 36. 2011, 99. 2011, 83. 2014 – dr. zakon, 5. 2015, 44. 2018, 95. 2018, 91. 2019 i 109. 2021.

Zakon o radu. *Sl. glasnik RS*. 24. 2005, 61. 2005, 54. 2009, 32. 2013, 75. 2014, 13. 2017 – odluka US, 113. 2017 i 95. 2018 – autentično tumačenje.

Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu. *Sl. glasnik RS*. Br. 36. 2010.

Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), član 20(d). Preuzeto 2. 11. 2024. https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312256:NO

International Labour Conference, 107th Session, *Ending violence and harassment against women and men in the world of work*, Report V(1), International Labour Office, Geneva, 2018.

International Labour Conference, 107th Session, *Ending violence and harassment in the world of work*, Report V(2), International Labour Office, Geneva, 2018.

International Labour Conference, 107th Session, *Ending violence and harassment against women and men in the world of work*, Report V(1).

International Labour Conference, *ILO Centenary Declaration for the Future of Work*, June 2019.

International Labour Organization, *Code of practice on workplace violence in services sectors and measures to combat this phenomenon*, Geneva, 2003.

International Labour Organization, *Experiences of violence and harassment at work: A global first survey*, Geneva, 2022.

Occupational Safety and Health Convention, 1981 (No. 155). Preuzeto 2. 11. 2024. https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C155

Promotional Framework for Occupational Safety and Health Convention, 2006 (No. 187). Preuzeto 2. 11. 2024. https:// normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_en/f?p=normlexpub:12100:0:: no:12100:p12100_instrument_id:312332:no

www.ilo.org/ilc/ILCSessions/ 108/media-centre/news/WCMS_711366/lang--en/index.htm.

Marija Dragićević, LL.D.,
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia
Goran Obradović,LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš, Republic of Serbia

THE ILO CONVENTION NO. 190 CONCERNING THE ELIMINATION OF VIOLENCE AND HARASSMENT AT WORK: REASONS FOR RATIFICATION

Summary

Although the issue of violence and harassment at work has been mentioned many times in the regulations of the International Labor Organization (ILO), this issue has not been the immediate and main topic of any convention of this important international organization until recently. In that regard, the ILO Violence and Harassment Convention No. 190 (2019) is extremely important because it is the first and only international legal instrument that directly addresses violence and harassment at work. In addition, this Convention has an extremely wide scope in terms of persons and areas to which it applies. Its aim is to provide protection to employees and other persons against violence and harassment at work in all sectors, either private or public, in the formal or informal economy, in urban or rural areas. In this paper, the authors discuss the ILO Convention No. 190, its basic characteristics and definitions, its scope of application, and the actual regulation of procedure for prevention and protection against violence and harassment at work. Focusing on the existing level of legal protection of employees and other workers against violence and harassment at work in the Republic of Serbia, the authors assess whether such an act is necessary for our country, and if so, what kind of novelties and improvements it would bring to our legal system and the protection of workers when compared to the current situation.

Keywords**:** *ILO Violence and Harassment Convention (No.190), Violence and Harassment Recommendation (No. 206), violence, harassment, abuse, gender-based violence and harassment, principle of equality.*

UDK: 347.155:391.91
UDK: 391.91:347.441.11
originalni naučni rad
Rad primljen: 16.06.2024.
Rad prihvaćen: 23.10.2024.
DOI: 10.5937/zrpfn1-51668

Prof. Srđan Radulović, LL.D., [*]
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Priština- Kosovska Mitrovica,
Republic of Serbia

CONSENT TO TATTOOING[**]

Abstract*: Bearing in mind the five-thousand-year long tradition, tattooing is considered to be one of the oldest art forms. Due to the gradual development of new techniques, materials, styles and approaches aimed at resolving even the most difficult technical problems, tattooing has became a highly appreciated form of self-expression for tattoo artists and proud owners of tattoos alike. However, there is a number of legal issues associated with tattooing. Copyright restrictions, health and safety concerns, licensing and even discrimination issues (to name just a few) have drawn special attention of legislators and legal experts. From the legal standpoint, the central question or a cluster of questions (to be precise) revolves around the consent to tattooing. Numerous issues related to personal autonomy arise at the moment when autonomy is expressed through consent, and the most important one is certainly the issue of capacity for self-expression. In the Republic of Serbia, there is no adequate or, at least, sufficiently precise normative framework on tattooing practices. In this article, relying on different analytical and normative method techniques, the author presents the dilemmas and discusses the different aspects of capacity to express personal autonomy by consenting to being tattooed.*

Keywords: *tattooing, consent, contract, capacity, personal autonomy.*

[*] srdjan.radulovic@pr.ac.rs; ORCID ID: 0000-0001-9347-3031.
[**] The article is the result of research funded by the Ministry of Science, Technological Development and Innovation (Contract Number 451-03-65/2024-03/200254 dated 5 February 2024).

1. Introduction

Tattooing, an ancient art form, holds a significant place in human culture. Tattooing does not have a single origin point (Takač, Pilija, 2012: 249), but archaeological evidence indicates that this practice was widespread even in prehistoric times. The discovery of Ötzi the Iceman, a naturally mummified body dating back 5300 years, along with tools possibly used for tattooing, suggests that tattooing may have been practiced seven to ten millennia ago, with some estimates even tracing its origins twelve millennia back (Takač, Pilija, 2012: 249).

Charles Darwin noted an interesting phenomenon: the presence of permanent decorative body modification transcends geographical boundaries, underscoring a shared human trait among global cultures and different nations (Darwin, 1889: 574-577). From his records, we may easily conclude that, of all described forms of decorative modification, tattooing was most commonly practiced around the world. Scholars widely agree that tattooing carried profound cultural, social, and religious implications in ancient times. Being so, it may be assumed that this activity was highly regulated at the time. The legal framework was certainly not as sophisticated as it is today, particularly given the fact that regulations were governed by religious or tribal norms, and oral traditions. Moreover, the regulatory focus of that era differed from modern legal concerns.

Some researchers claim that tattooing may be the oldest profession (Takač, Pilija, 2012: 249). While this is debatable, it is irrefutable that tattooing is the sixth fastest growing retail industry today, and the most commonly purchased form of original art (Weimar, 2014: 721). Consequently, contemporary legal experts grapple with an array of complex issues surrounding tattooing, including licensing, health and safety standards, copyright matters, ownership disputes, the validity of medical tattoos, various forms of discrimination, tattooing as an expression of free speech, and the visibility of tattoos or other bodily modifications among public servants.

Yet, the central concern regarding tattooing revolves around the concept of consent to be subjected to such body modifications. Notably, historical records include instances and documented cases of involuntary body modifications through tattooing, either punitive or to a certain extent mandatory. Nowadays, humanistic principles have evolved to uphold individual autonomy, making consent paramount for any form of body alteration. Today, to our knowledge, comparative law does not record any known cases of mandatory or punitive body modifications. Nonetheless, the concept of consent in this context remains incompletely defined and regulated.

It is evident that there is no definitive answer as to whether tattooing operates on a consent-based or a consensus-based model. Given the diverse conclusions drawn from debates on this matter, this article endeavors to compare the consent-based and the consensus-based approaches, exploring optimal solutions for the present and future regulation of tattooing within the legal framework of the Republic of Serbia.

2. Tattooing as (in)voluntary and (il)legal activity

Nowadays, tattooing is widely recognized as a voluntary and generally allowed activity. However, historically, it has not always been so. Tattooing carried a bad reputation throughout history and was frequently banned, mostly due to religious, cultural, or sometimes medical reasons (Weimar, 2014: 722-725). Surprisingly, prohibitions and restrictions on tattooing are even part of modern history in many developed countries. For instance, in New York, tattooing was illegal from 1961 and remained so for over 37 years (Weimar, 2014: 724). Additionally, tattooing may be prohibited or restricted for certain groups, typically public servants. In the Republic of Serbia, for example, police officers are not allowed to have visible tattoos.[1] It is worth mentioning that throughout history, even when not strictly prohibited, a cultural stereotype persisted that tattoos were marks of shame worn only by those who had fallen from social grace (Atkinson, 2003: 23). Even early scientific criminological theories were based on

1 Art. 25, p. 5 of the Rulebook on the behavior and personal appearance of police officers and other employees of the Ministry of Internal Affairs, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, 13/2018 and 83/2021.
In the Republic of Croatia, the Constitutional Court of RC (in the decision on case U-II-2064/2010) found that the prohibition of tattoos on visible parts of the body for police officers is unconstitutional (Decision of the Constitutional Court of the RC of 23.04.2018 in case U-II-2064/2010, *Official Gazette* RH, br. 51/2018).
In the Republic of Slovenia, internal police acts were changed in 2019, and now police officers are generally allowed (with few exceptions), to have visible tattoos (Art. 9, p. 2, Rulebook on police uniform and allowances, *Official Gazette of the Republic of Slovenia*, 14/14 and 26/19).
In 2022, acting upon the request of the Professional Police Association from Novi Sad, the Commissioner for Protection of Equality of the Republic of Serbia submitted a proposal to the Ministry of Internal Affairs (MIA) to amend Article 25§5, Article 27§1, and Article 28 §2 of the Rulebook on conduct and personal appearance of police officers and other MIA employees (Commissioner for Equality Protection, 2024). Due to MIA's failure to respond, the Commissioner submitted an initiative to the Constitutional Court of Republic of Serbia to assess the constitutionality and legality of the articles which prohibit visible tattoos for police officers and determine whether they are in accordance with the Constitution and the Act on the Prohibition of Discrimination (Radio Free Europe, 2022); Radio Slobodna Evropa (2022). Ustavni sud Srbije odlučuje o tetovažama u policiji. 15 nov. 2022 (The Constitutional Court of Serbia to rule on tattoos in the Police), https://www.slobodnaevropa.org/a/srbija-policija-tetovaze-regija/32130372.html

this premise, viewing body ornamentation with disapproval and urging people to avoid such activities to evade social stigma (Lombroso-Ferrero, 1911: 46-48).

On the other hand, tattooing was mandatory or at least a required activity in some (sub)cultures because it served as a gateway to various social structures. For example, numerous tribes worldwide practiced different forms of initiation, many of which involved tattooing as part of the induction ritual into full tribal membership (Bell, 1962: 256). In Japan, before the Edo period, facial tattoos identified untouchable classes (Weimar, 2014: 723). In Tahitian, Samoan, and Māori cultures, tattoos, especially facial ones, indicated specific social status, lineage, or served as protection against spiritual or physical harm (Atkinson, 2003: 32). In ancient Greece, although considered barbaric, certain groups, usually cults of different gods, had specific tattoo body marks to indicate members hierarchy within the group. There are also speculations that, during the so-called paternalistic era of medicine, tattooing was used for therapeutic purposes, possibly to relieve joint pain (Weimar, 2014: 722). Finally, among military personnel, tattoos were and still are commonly used as signs of faith, camaraderie, and affiliation with specific units (Weimar, 2014: 722-274).

In addition, there is a punitive aspect of tattooing, aimed at marking criminal slave, criminal offenders, prisoners of war, captured deserters, etc. It is a well-known fact that in Japan, as well as in France and England, repeat criminal offenders (recidivists) were permanently marked with tattoos, leading to their exclusion from society in various ways. A similar practice, although not as extensive, was established in China during the Qin dynasty (Atkinson, 2003: 38-39). Roman emperors Caligula and Theophilus were especially prone to use tattooing as a form of degrading penance (Weimar, 2014: 722). In Africa, tattooing the cheeks of captured members of rival tribes with signs of the captor was a common practice used to embarrass the person within their own tribe upon release or escape (Bell, 1962: 256). Until 1972, the British army had strict and formal procedures for tattooing and branding of deserters or soldiers of "bad characters" (Bell, 1962: 255). Perhaps the most well-known examples of punitive tattooing were recorded during World War II, when forced numerical tattoos, similar to the Greek and Roman marking of slaves and gladiators as property (Atkinson, 2003: 38; Weimar, 2014: 722),[2] were an important part of the Nazi concentration camp guards' efforts to further degrade and dehumanize prisoners.

2 It is a less known fact that Romans maintained a class of physician who specialized in removal of these badges of degradation from the skins of successful gladiators and slaves who were granted their freedom (Bell, 1962: 255).

It is exactly the actions of the Nazis which led to successfully organized resistance against all forms of punitive body projects, tattooing included.[3] Namely, during the Nuremberg trials of major war criminals, numerous standards were formulated, primarily but not exclusively on the matter of medical conduct (Radulović, 2022: 101). These standards were first incorporated in the Nuremberg Code, and then summarized and included in the UN Universal Declaration of Human Rights (UDHR, 1948).[4] Among other universally recognized "standards of achievements for all people and all nations", the UDHR resolutely stated that no one shall be subjected to torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (Article 5, UDHR). In addition to prohibiting torture and cruel, inhuman and degrading treatment and punishment, the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)[5] also stipulates that no one shall be subjected to any sort of medical or scientific experimentation without their free consent (Article 7, ICCPR).

Consequently, the concept of free (informed) consent, although not entirely new, gained momentum and became an international norm that is not restricted to any single jurisdiction (Beran, 2016: 110). Moreover, its importance extends beyond medical interventions or experiments to encompass all situations involving compromising personal integrity, both physical and psychological.

We live in a society where it is almost entirely socially accepted to engage in different body modification practices, including routine visits to hair or nail salons, unsupervised use of supplements, and even physically traumatic procedures like breast augmentation or rib removal (Atkinson, 2003:3). It is not an exaggeration to say that "we are a culture of body modificationists, with our hunger for altering the corporeal only frustrated by the limits of our imagination, financial resources, products at our disposal, and scientific-medical technologies" (Atkinson, 2003: 3). Therefore, tattooing is not just a generally allowed body modification activity but also one observed with admiration and, in certain cases, even recommended.[6] For these reasons, its voluntary nature

3 In the course of history, there were examples of organized actions against punitive body projects. Some of them proved to be highly successful, such as development of unique tattoo decorations to cover prison markings among Yakuzas, or proud display of numerical tattoos in public by concentration camp prisoners in the post-war era.

4 UN Universal Declaration of Human Rights (UDHR, 1948), United Nations General Assembly resolution 217 A of 10 December 1948, Paris; https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights (accessed 20.02.2024).

5 The International Covenant on Civil and Political Rights (1976). [Electronic version] accessed on 20.02.2024
https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights

6 For example, the final step of breast reconstruction process (after full or partial mastectomy) is the nipple and areola reconstruction. Among different reconstructive techniques, the

is indisputable in the modern legal environment. It means that a person may be tattooed only if the person who is subject to such treatment is willing to dispense with his/her own bodily integrity and has adequate capacity to do so This is the ethical and legal minimum, signifying that tattooing is permitted only if the person consents to this type of body modification. Otherwise, the tattoo artist may be subject to civil and even criminal labiality.

3. The legal basis for voluntary nature of tattooing

Setting aside the historical background, the voluntary nature of tattooing aligns with several complementary ideas well-established in legal theory and normative framework. First, it resonates in the constitutional principles proclaimed in the section on individual rights and freedoms[7], and then in the principle of autonomy of the will which is the cornerstone of civil law.

According to the autonomy of will principle, the holder of legally protected assets is *inter alia* entitled to freely dispose of his/her goods in advance by waiving the right to legal protection if the goods are compromised, or the right to seek compensation in case their rights are violated. Under Article 163 of the CO Act (consent of the injured party), one may generally allow another to undertake an action and thus willfully expose his/her assets to harmful acts of others but, in such a case he/she cannot demand compensation for damage caused by such action (Article 163 §1 CO Act). However, while the autonomy of will principle is fundamental, it must be balanced against legal certainty and the interests of others. It must be subordinated to what seems to be higher values recognized by the legislator.[8] Despite this, tattooing remains largely unregulated. Truly, there are no compelling legal, sociological, cultural, or ethical justifications for additional restrictions on individuals freedom to choose tattoos, their placement, and whether to alter or remove them.

Consent, especially informed consent, is the next principle in which the idea of voluntary nature of tattooing is rooted. At first sight, informed consent is just one of many forms of demonstrating the personal autonomy. However, from the perspective of tort law, it serves as the primary medium through which

one which is probably the most commonly recommended by specialists is nipple and areola tattooing, which is performed by an esthetic surgeon or (quite frequently) by a tattoo artist. For more on this type of tattooing, see: Bogoslović, Tasić, Mitrović, 2015: 124-126.

7 For example, Article 23 (Dignity and free development of individuals), Article 25(Inviolability of physical and mental Integrity), Article 46 (Freedom of thought and expression), and Article 48 (Promotion of respect for diversity) of the Constitution of the Republic of Serbia, *Official Gazette RS*, 98/2006 and 115/2021. https://www.paragraf.rs/propisi/constitution-of-the-republic-of-serbia.html;

8 Article 163 §2 of the Civil obligations Act states:"The statement of the injured party in which he/she agreed to be harmed by an act which is prohibited by law is null and void".

individuals exercise personal autonomy. Actually, the idea of consent is much more than a legal norm; it is a fundamental value.

In order to decide on the merits of a request for compensation for damage, the competent authority should determine whether the prerequisites for civil liability are met and, after that, to test whether there are circumstances that lead to its reduction or exclusion (Vragović, 2019: 872). This often means that it is necessary to determine whether and to what extent the "injured" party contributed to the occurrence of damage by acting or failing to act, but also whether the actions of person who caused damage were unlawful in the first place. In that context, if an individual with relevant capacity consents to possibly harmful act and possesses relevant information regarding the harmful nature and consequences of the action, their claim for damages is typically dismissed. This view has deep philosophical roots in another principle: the prohibition of abuse of rights.

In particular, if a party who has suffered damage, despite previously granting consent, sues the person who caused the damage or the legally accountable party and seeks compensation, then such a plaintiff is acting *contra factum proprium*. In fact, the plaintiff is thus exercising the right to sue and seek compensation, but such action contradicts the party's prior consent and indirectly indicates lack of intention to ask for compensation. Such action further implies that the right to sue was abused in that specific situation, which ultimately constitutes a violation of the law considering that the legal system strictly prohibits the abuse of rights (Article 13 CO Act).

Although it may not be entirely accurate, one may even argue that the plaintiff has caused damage to the defendant by acting inconsistently (Vuković, 1956: 284)[9] because the defendant acted on the basis of the plaintiff's approval or even specific request to perform the harmful action; this is something that definitely needs to be taken into consideration.

Nevertheless, the consequence is not the plaintiff's loss of the right to sue. The person can still file a lawsuit and may even succeed in his/her claim. The defendant is entitled to defend himself/herself on substantive law grounds by asserting the abuse of rights. In essence, the court will reject the claim for

9 Of course, this is just a theoretical construction. Practically speaking, we cannot defend the position that the plaintiff caused damage to the defendant, and we definitely cannot say that the plaintiff is in any way at fault for that damage, first because no one can be held liable for neglecting or exposing his own goods to harmful acts and, most importantly, because the possibility of consenting to damage was not regulated in the positive law in the section on joint liability of several persons for the same damage.

compensation as ungrounded, but only if the defendant chooses to contest the plaintiff's claim and provides evidence of the previously given consent.[10]

4. Consensus-based or Consent-based Tattooing

Former research has indicated that the principle of personal autonomy in terms of tattooing has significant legal weight, bordering to absolute. Yet, there is a persistent dilemma concerning how this autonomy of will shall be articulated, i.e. how individuals should formally declare their intention to get tattooed. Another important question is the legal nature of that statement. Two potential interpretations arise in response to this question: a person's statement can either be construed strictly as a unilateral act or as part of a bilateral agreement. Depending on the perspective adopted, divergent conclusions may be reached.

From the perspective of tort law, the legal nature of the statement expressing one's desire to be tattooed can be explained through the concept of consent of the injured party. In fact, the same legal framework that has been delineated earlier in this paper applies not only to medical procedures and participation in sporting events, which are well-defined instances of this legal doctrine (Radišić, 2004: 224-226), but also to activities such as tattooing and piercing. Specifically, when a person consents to being tattooed or explicitly requests one (which is a more common case), despite the potential pain, scarring, skin peeling and other adverse effects, none of these consequences are deemed unlawful nor considered as damage. Although piercing and tattooing are seen as a form of invasive "attack" on physical integrity, they are not unlawful. According to the maxim '*volenti non fit iniuria*', previously given consent renders these outcomes potentially permissible from a legal standpoint. Indeed, they unequivocally gain legality if the tattoo artist or another responsible party chooses to invoke the defense of prior consent.

However, when viewed through the lens of contract law, tattooing can never ensue solely on the basis of a unilateral statement. While not entirely inaccurate, the concept of "unilateral statement" fails to align with the true legal and practical essence of tattooing. Specifically, the act of body modification through tattooing always emerges from a collaborative decision of two parties of equal standing: the individual who chooses to be tattooed and the tattoo artist, or in some cases, the tattoo studio. Both parties engage in the

10 If the defendant contests the plaintiff's claim, the answer to complaint must also include the facts that corroborate the defendant's allegations and the evidence used to establish those facts. Technically speaking, the defendant can raise objections at any point before the completion of presenting the answer to complaint (Article 289 § 2 in conjunction with Article 312 § 5 of the Civil Procedure Act, *Official Gazette RS*, 72/2011, 49/2013-Decision CCS, 74/2013-Decision CCS, 55/2014, 87/2018, 18/2020 and 10/2023).

creation and execution of a distinct legal relationship, featuring by a unique set of contractual rights and obligations. To elaborate further, this contractual relationship can aptly be described as a service contract.

In effect, the tattoo artist undertakes the obligation to execute a specific primarily physical task (*facere*) involving the placement of tattoo ink into the dermis in a precise manner to create the tattoo (Article 600 of the Civil Procedure Act). However, more often than not, this responsibility extends beyond mere physical labor to encompass intellectual work, such as designing the tattoo and resolving a series of intricate challenges related to composition, coloring, style, potential cover-ups, enhancements or refreshments. Conversely, the purchaser of the service assumes the primary(though not exclusive) obligation of providing adequate monetary compensation in return (Article 600 of the CP Act). Thus, while it is crucial for the individual to express consent to get tattooed, it is equally necessary that the tattoo artist expresses the intention to create the tattoo. In that regard, there must be a concurrence of wills from both parties.

In essence, tattoo artists also have a significant impact in the dynamics, and their personal autonomy is of great relevance. Admittedly, this autonomy may not be as absolute as that of their clients, but tattoo artists retain the authority to decline tattooing for a variety of reasons. The rationale typically aligns with professional considerations, for instance: if the client has skin issues, allergies, or pre-existing medical conditions; if the client consumed alcohol prior to the session which could lead to excessive bleeding; if the proposed tattoo design is too complex for its intended size, risking loss of detail during the healing process; if certain pigment colors may not be distinct due to the individual's skin tone; or simply if the artist disagrees with the final design, placement, or composition, believing that it falls short of the artistic standards, which could potentially tarnish their reputation. In rare instances, ethical concerns may come into play, for example: if the motif is deemed degrading or offensive; if the artist declines to tattoo certain body parts, or if the artist believes, based on the professional judgment, that the individual may later regret the tattoo. Additionally, personal factors may influence the artist's decision, such as perceiving the individual as uncooperative, prior negative experiences with the client, repeated attempts by the client to renegotiate the price, or simply the artist's own scheduling constraints. Whatever the underlying rationale may be, mere consent or a specific request from the client is insufficient to establish a legal relationship. It is imperative that the artist also signify consent, although not necessarily in a strict legal sense, but figuratively speaking.

Hence, the relationship between the tattooist and the client can be explained as either consent-based or consensus-based. Indeed, we argue that considering its dual legal nature is the most apt approach, not solely for theoretical reasons. This approach has significant importance in practice. Depen-

ding on how we conceptualize the legal essence of this relationship, different conclusions can emerge regarding the parameters under which the will can be articulated, particularly concerning the age of the individual seeking a tattoo.

If we perceive the relationship between the tattooist and the client as a contractual relationship, it is evident that the individual seeking the tattoo must have adequate contractual capacity (either full or, at least, not restricted). In the Republic of Serbia, full contractual capacity and the requisite ability to engage in contractual relationships are typically obtained once person reaches the age of 18 or, in certain circumstances, the age of 16.[11]. Having this in mind, one might reason that only individuals within these age groups are entitled to express their desire to receive a tattoo. Yet, concerning tattooing, a significant discrepancy emerges between this line of reasoning and the broader framework of the Serbian legal system. This inconsistency stems from what we perceive as an unnecessary strictness in contractual prerequisites and a multitude of inconsistencies with other legal provisions and trends.

For instance, under the current legislation in the Republic of Serbia, individuals are granted the autonomy to consent to medical treatment autonomously at the age of 15,[12] without the need to seek prior or subsequent consent of parents or legal representatives. Furthermore, parents and representatives are legally barred from accessing medical records once the individual reaches the age of 15.[13] This autonomy extends beyond routine medical procedures, encompassing even more intricate body modifications, such as gender reassignment surgery, which carries considerably higher health risks and long-term consequences.

Moreover, beyond the scope of consent of the injured party, the legislator acknowledges the capacity of minors to exercise autonomy in various contexts, each carrying significant legal implications. For instance, individuals above the age of 15, with a few reasonable exceptions, are permitted to exercise their testamentary rights,[14] inspect birth registers, and access documentation pertaining to their origin, [15] make decisions regarding custodial arrangements,[16] choose their educational institution,[17] and even change their name.[18] Notably,

11 Article 11 of the Family Act, *Official Gazette RS*, 18/05, 72/11 and 6/15.

12 Article 19 § 4 of the Patients' Rights Act, *Official Gazette RS*, 45/13 and 25/19.

13 Article 20 in conjunction with Article 24 § 1 of the Patients' Rights Act.

14 Article 79 of the Succession Act, *Official Gazette RS*, 46/95, 101/03 – Decision CCRS and 6/15.

15 Article 59 § 3 of the Family Act.

16 Article 60 § 4 and Article 61 § 4 of the Family Act.

17 Article 63 § 2 of the Family Act.

18 Article 346 § 1 of the Family Act.

individuals within this age group are also empowered to enter into employment contracts.[19] While parental or representative consent is typically required for such actions,[20] once they assume employment, the legislature presumes their full contractual capacity in all matters related to the disposal of earnings or property acquired through employment.[21]

Furthermore, minors who have attained the age of 17, for example, are permitted to acknowledge paternity,[22] contingent upon the mother's agreement if she is older than 16.[23] Additionally, if the minor has reached the age of 16, his consent to the acknowledgment of paternity is required.[24] Moreover, under specific circumstances, a court may grant full contractual capacity to a minor who has reached the age of 16, particularly in cases of marriage or parenthood, provided there are justifiable reasons.[25]

In addition, minors who have reached the age of 10 are granted the autonomy to freely and directly express their opinions in any judicial and administrative proceedings concerning their rights.[26] Moreover, they are encouraged to independently address the court or any administrative body to seek assistance in exercising their right to free expression of opinion.[27] Notably, these minors are also required to consent to their adoption for the process to be completed.[28] They are also entitled to nominate a guardian[29] or propose that the court appoint a temporary representative in cases where conflicting interests arise between them and their legal representatives.[30] Additionally, minors who have reached the age of 10 retain their voice in any subsequent attempts by their parents or representatives to change their name.[31]

All these examples, and many unmentioned ones, underscore the legislator's progressive stance in regulating this matter. The legislator has demonstrated an admirable ability to carefully balance the significance of

19 Article 24 of the Labor Act, *Official Gazette RS*, 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14, 13/17 – Decision CCRS, 113/17 and 95/18 – authentic interpretation.

20 Article 25 of the Labor Act.

21 Article 64 § 3 of the Family Act.

22 Article 46 of the Family Act.

23 Article 48 § 1 of the Family Act.

24 Article 49 § 1 of the Family Act.

25 Article 11 § 2 and § 3 in conjunction with Article 23 § 2 of the Family Act.

26 Article 65 § 4 of the Family Act.

27 Article 64 § 5 of the Family Act.

28 Article 98 of the Family Act.

29 Article 127 of the Family Act.

30 Article 265 § 2 and § 3 of the Family Act.

31 Article 346 § 2 of the Family Act.

individual legal matters and the need to recognize that each new generation has greater access to information, education and opportunities for research. Thus, it is reasonable to assume that new generations are generally more autonomous than previous ones. Despite the relative nature of this assumption, the legislator's endeavors to empower minors with increased autonomy in matters concerning their rights and interests are entirely justified. As shown by the provided examples, this holds true even in the realm of rather intricate legal affairs.

In light of this, it may appear contradictory to acknowledge that minors, particularly those aged 15 and above, are afforded various avenues to exercise their autonomy independently, but they are yet permitted to autonomously consent to being tattooed. While valid concerns exist and must be appropriately addressed, we firmly believe that minors aged 14 and above, or 16 at least, should be granted the agency to decide for themselves whether to undergo tattooing. It is challenging to justify a stance that a minor aged 15 is deemed fully capable of independently consenting to medical procedures (even the most invasive ones) with minimal parental or legal representative involvement, while he/she is precluded from exercising personal autonomy on the subject matter of tattooing, piercing, or similar forms of body modification.

If the rationale and the overarching logic of the current legal framework are insufficient to entertain the possibility of permitting minors aged 15 and older to autonomously consent to tattooing, it is paramount to underscore two key points within this discourse. First, contemporary advancements in health standards, widespread education, the heightened specialization within the tattoo industry, and the utilization of modern tools and biocompatible ink components have made tattooing a rather safe activity. Second, the perception of tattoos as permanent marks on the body is no longer appropriate, given the advent of remarkably effective and relatively inexpensive techniques for their removal or concealment, albeit occasionally uncomfortable.

5. Conclusion: *de lege lata ac ferenda*

Tattooing as an activity does not only intrigue professionals but also a broader lay audience. It encompasses cultural, sociological, economic, historical, religious, ethical, medical, and legal dimensions. Hence, a successful exploration of the legal dimension of this phenomenon is impossible without understanding its various other aspects. In other words, multidisciplinarity is imperative for any research on this topic. Notably, the issue of (informed) consent, as the central legal issue related to tattooing, is no exception in that sense. This issue can be addressed from several different perspectives. The author intends to cover all these segments through a series of papers arising from this research. Therefore, the forthcoming papers will address both the

qualitative and quantitative aspects of the information required for valid consent to tattooing. However, before that, we believe it is necessary to resolve a series of misunderstandings concerning consent, primarily the capacity to make such statements of will.

After a thorough analysis of the dual legal nature of client consent – contractual and unilateral, in the absence of specific legal regulations, the author has taken the position that the common understanding that only adults can validly consent to body modifications, including tattooing, is incorrect. The author sincerely believes that consent should also be considered valid when given by individuals who have reached the age of 16, and perhaps even the age of 15. This stance is confirmed through a legal analysis of relevant legal provisions governing the issues of capacity to manifest one's will, and those addressing, loosely speaking, identity matters. Furthermore, and here the idea of multidisciplinarity comes into play, this stance seems correct based on insights into cultural, historical, ethical, and partially medical projections and attitudes.

Thus, the author firstly advocates for the enactment of new regulations in this field and the standardization of norms scattered within the Serbian legal framework. Secondly, the author advocates for enacting strict regulations, especially concerning the licensing of artists, education and information of client, health and hygiene protocols in studios, inspectorial supervision, copyright protection, and prevention of "grey" economy. The author also believes that regulations on the appropriate age for giving valid consent should be established in a way that respects the personal autonomy of individuals who are legally considered to be incapable of entering contractual relations, primarily those older than fifteen, or at least sixteen years old. To be precise, persons of limited contractual capacity may conclude only those contracts that are permitted by law without the previous approval of their legal representatives.[32] Therefore, the author believes that *lex specialis* norms should be constructed in such a way that the conclusion of tattooing contracts is expressly permitted and pertains to the categories of previously mentioned persons.

Nevertheless, there is a need to emphasize that, despite the author's sincerest intention to base the proposal on an objective analysis of the spirit and goals of the legal system of the Republic of Serbia, the analysis and viewpoints presented in the paper may be colored by the author's subjectivity. The author is not only distinctly liberal-oriented but also an avid enthusiast of tattooing, both as an art form and as a form of self-expression. The author is also an amateur tattoo artist. Thus, the presented conclusions are perhaps set too freely. Consequently, once the paper is subjected to the constructive criticism of professional readership, the author looks forward to revisiting the analysis of this issue and potentially revising the presented viewpoints.

32 Article 56 § 2 of the Civil Obligations Act.

References

Atkinson, M. M. (2003). *Tattooed: The Sociogenesis of a Body Art*. Toronto: University of Toronto Press

Bell, R. C. (1962). Some Curious Aspects of Tattooing. *British Journal of Plastic Surgery*. 15, 255-260

Beran, R. G. (2016). A Unique Approach to Informed Consent When Undertaking Clinical Research within the Private Practice Setting: Respecting the Patient. In Hammond, W. (ed.). *Informed Consent: Procedures, Ethics and Best Practices* (pp. 109-119). New York: Nova Science Publishers, Inc.

Bogoslović, M., Tasić, M., Mitrović, D. (2015). Tetoviranje kao umetnost u rekonstrukciji dojke. *Timočki medicinski glasnik*, 40 (2), 124-126

Darwin, Ch. (1889). *The Descent of Man, and Selection In Relation to Sex*. New York: Appleton & Co. [Electronic version]. Retrieved 09.04.2024 from https://darwin-online.org.uk/converted/pdf/1889_Descent_F969.pdf

Lombroso-Ferrero, G. (1911). *Criminal Man – According to the Classification of Cesare Lombroso*. New York, London: The Knickerbocker Press

Radišić, J. (2004). *Obligaciono pravo. Opšti deo*. Beograd: Nomos

Radulović, S. (2022). Non-Promulgation of Mandatory Covid-19 Vaccination in the Republic of Serbia. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 61 (95), 99-118

Takač, Š., Pilija, V. (2012). Subkultura tetovaže sa aspekta identifikacije. *Glasnik Antropološkog društva Srbije*, 47, 249-259

Vuković, M. (1956). *Obvezno pravo.* Zagreb: Školska knjiga

Vragović, D. (2019). Razgraničenje instituta doprinosa oštećenika vlastitoj šteti i podijeljene odgovornosti za štetu. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu,* 69 (5-6), 871-902

Weimar, K. (2014). Picture is Worth Thousand Words: Tattoos and Tattooing under the First Amendment. *Arizona Summit Law Review*, 7(4), 719-754

Legal documents

UN Universal Declaration of Human Rights (1948); [Electronic version]. accessed on 20.02.2024, https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights

UN International Covenant on Civil and Political Rights (1966). [El. version]. accessed on 20.02.2024; https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights

The Constitution of the Republic of Serbia, *Official Gazette RS*, 98/2006 and 115/2021; accessed on accessed on 20.02.2024; https://www.paragraf.rs/propisi/constitution-of-the-republic-of-serbia.html

Porodični zakon (Family Act), *Službeni glasnik RS*, br. 18/2005, 72/2011 and 6/2015.

Zakon o nasleđivanju (Succession Act), *Službeni glasnik RS*,br. 46/1995, 101/2003-odluka USRS, i 6/2015.

Zakon o obligacionim odnosima (Civil Obligations Act: Contracts and Torts), *Službeni list SFRJ*, br. 29/1978, 39/1985, 45/1989-odluka USJ; 57/1989, *Službeni glasnik FRJ*, br. 31/1993; *Službeni glasnik S&CG*, br. 1/2003-Ustavna povelja, i *Službeni glasnik RS*, br. 18/2020. –

Zakon o parničnom postupku (Civil Procedure Act), *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013-odluka US RS, 74/2013- odluka US RS, 55/2014, 87/2018, 18/2020 i 10/2023.

Zakon o pravima pacijenata (Patients' Rights Act), *Službeni glasnik RS*, br. 45/2013 i 25/2019.

Zakon o radu (Labor Act), *Službeni glasnik RS*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/20170–odluka US RS, 113/2017 and 95/2018-autentično tumačenje

Pravilnik o načinu ponašanju i ličnom izgledu policijskih službenika i drugih zaposlenih u Ministarstv unutrašnjih poslova (Rulebook on the conduct and personal appearance of police officers and other employees of the Ministry of Internal Affairs), *Službeni glasnik RS*, br. 13/2018 i 83/2021, https://pravno-informacioni-sistem.rs/eli/rep/sgrs/ministarstva/pravilnik/2018/13/1.

Pravilnik o policijski uniformi in nadomestilih (Rulebook on police uniform and allowances), *Uradni list Republike Slovenije,* br. 14/2014 i 26/2019; https://www.uradni-list.si/glasilo-uradni-list-rs/vsebina/2014-01-0392

Poverenik za zaštitu ravnopravnosti/Commisioner for the Protection of Equality (2024). Inicijativa 670-24 za izmenu člana 25. stav 5, člana 27. stav 1. i člana 28. stav 2. Pravilnika o načinu ponašanja i ličnom izgledu policijskih službenika i drugih zaposlenih u MUPu (670-24 Initiative to amend Article 25§5, Article 27§1, and Article 28§2 of the Rulebook on conduct and personal appearance of police officers and other MIA employees (Ministry of Internal Affairs RS), br. 011-00-4/2024-02, od 3.10.2024; https://ravnopravnost.gov.rs/rs/670-24-inicijativa-za-izmenu-clana-25-stav-5-clana-27-stav-1-i-clana- 28-stav-2-pravilnika-o-nacinu-ponasanja-i-licnom-izgledu-policijskih-sluzbenika-i-drugih-zaposlenih-u-mup-u/

Judicial practice

Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske od 23.04.2018. u slučaju U-II-2064/2010 (Decision of the Constitutional Court of the Republic of Croatia of 23.04.2018 in case U-II-2064/2010), Narodne novine RH, br. 51/2018; Retrieved 30.01.2024. from https://www.zakon.hr/cms.htm?id=29541

Online source

Radio Slobodna Evropa/Radio Free Europe (2022). Ustavni sud Srbije odlučuje o tetovažama u policiji. 15 nov. 2022 (The Constitutional Court of Serbia to rule on tattoos in the Police), https://www.slobodnaevropa.org/a/srbija-policija-tetovaze-regija/32130372.html

Dr Srđan Radulović,
Vanredni profesor,
Pravni fakultet Univerziteta u Prištini - Kosovska Mitrovica,Republika Srbija

PRISTANAK NA TETOVIRANjE

Rezime

Sa tradicijom dugom više od pet hiljada godina, tetoviranje se smatra jednom od najstarijih umetničkih formi, a uz postepeno razvijanje novih tehnika, materijala, stilova i pristupa za rešavanje i najsloženijih tehničkih zadataka, tetoviranje je preraslo u izuzetno cenjen način samoizražavanja, kako sa tatu-umetnike, tako i za ponosne vlasnike novih tetovaža. Naravno, za sam proces tetoviranja vezano je nebrojeno mnogo pravnih dilema. Problemi vezani za autorska prava, zdravlje i bezbednost, licenciranje i registrovanje, pa i potencijalnu diskriminaciju, samo su neki od onih koji okupiraju pažnju pravničke javnosti. Sa stanovišta prava, ipak, centralno pitanje, to jest klaster pitanja, odnosi se na pristanak na tetoviranje. Brojna pitanja vezana za autonomiju ličnosti, naime, otvaraju se u momentu izražavanja autonomije kroz pristanak na tetoviranje, a pitanja koja se tiču sposobnosti za samoopredeljenje kroz pristanak naročito su značajna. Kako u Republici Srbiji ne postoji adekvatna ili barem dovoljno konkretna regulativa u ovoj oblasti, u ovom članku, s osloncem na tehnike analitičkog i prednosti normativnog metoda, ukazujemo na dileme u vezi sposobnosti izražavanja autonomije kroz pristanak na tetoviranje i potencijalne odgovore na njih.

***Ključne reči**: tetoviranje, pristanak, ugovor, poslovna sposobnost, autonomija ličnosti.*

UDK: 347.115:614.253.8+608.1:179.7
UDK: 342.726:616-052

originalni naučni rad

Rad primljen: 11.11.2024.
Rad prihvaćen: 24.11.2024.

DOI: 10.5937/zrpfn1-54702

Ivana Simonović*, LL.D.,
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš,
Republic of Serbia

*THE AUTONOMY OF WILL AND THE PATIENT'S RIGHT TO SELF-DETERMINATION: LEGAL GUARANTEES AND (BIO)ETHICAL DILEMMAS***

Life is a progression of activities constantly heading to death, and slowly but steadily approaching it. Death brings closure to the long-term predicament called life.
Ivo Andrić, Bosnian Chronicle

Abstract: *In the scientific discourse of examining any aspect of euthanasia, it is essential to determine what euthanasia exactly is. The correct definition of euthanasia and its forms, which must include an analysis of the justification of such distinctions, linking euthanasia with similar concepts, are the necessary prerequisites for a reasoned public debate on its legalization. The reason for the debate is provided by the Preliminary Draft of the Civil Code of Serbia, which establishes a new subjective (personal) right - the right to a dignified death (euthanasia), which may be exercised in exceptional circumstances by fulfilling the specifically prescribed humane, psycho-social and medical conditions. Euthanasia entails not only legal and medical but also psychological and social aspects. Thus, the Commission for drafting the Civil Code reserved the right to make a subsequent final statement on this matter, by relying on the arguments of experts from various fields and professional activities. Public educated debate is much needed before the legislator makes the final word, and legal scholars are certainly invited to participate in this*

* ivana@prafak.ni.ac.rs https://orcid.org/0000-0001-6919-5713
** This paper is the result of the participation in the project financially supported by the Ministry of Science, Technological Development and Innovation of the Republic of Serbia, project no. 451-03-65/2024-03/ 200120, dated 05.02.2024.
The paper was presented at the international conference *Achievements and Challenges in Private Law Codification*, held on 22 March 2024, at the Union University Law School in Belgrade.

discussion. This paper focuses on the correlation between euthanasia and the principle of private autonomy (the right to self-determination) in order to examine whether they can provide a sound ground for defending the right to a dignified death.

Keywords**:** *the right to life, inviolability (sanctity) of life, private autonomy, self-determination, dignity, euthanasia, patients' rights, refusal of medical treatment, palliative care, bio-ethical dilemmas.*

1. Introduction

The inviolability of life is the foundational principle of law in most jurisdictions worldwide.[1] This principle has also its philosophical, moral, ethical and religious connotations; therefore, it can be approached from various aspects of intellectual inquiry. The doctrine and the principle of inviolability (or sanctity) of life were originally formulated by theologians, who considered it to be of overarching moral value: "human life is sacred, that is inviolable, so one should never aim to cause an innocent person's death by act or omission" (Keown, 2012: 3).[2] The legal cloth for this ethical principle is provided in some of the most important legal documents, both national and international. They all guarantee the right to life, which is often regarded as the most fundamental of all human rights, whose protection is the necessary prerequisite for the establishment and protection of other human rights. The Universal declaration of Human Rights (UDHR)[3] declares that everyone has the right to life, liberty and security of person (Art. 3 UDHR). The European Convention on Human Rights (ECHR)[4] declares that everyone's right to life shall be protected by law and that no one shall be deprived of life intentionally (Art. 2 ECHR). The right

1 John Keown is one of the prominent theorists who advocates for the inviolability of life principle is. His seminal work *The Law and Ethics of Medicine* is entirely devoted to the inviolability of human life, which is in his opinion a strong argument against euthanasia and similar medical practices that hasten patient's life.

2 Looking back in the past, the principle of inviolability of life meant that it is always wrong to intentionally take innocent life. Yet, although some acts do interfere with other person's right to life, they are excluded from this principle: the use of lethal force in self-defense, the prosecution of a just war, and the execution of capital offenders. The person who is excluded from the principle behaves in violent and aggressive way and, thus, he/she actively contributes to unjust aggression.

3 The Universal Declaration of Human Rights (UDHR, 1948), GA Resolution 217A, proclaimed by the UN General Assembly in Paris, 10.Dec. 1948; https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights

4 The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR, 1950) was the first international human rights treaty to protect the right to life in a detailed manner. The Convention was drafted after the Second World War, under the influences

to life is also enshrined in the Serbian Constitution, which stipulates that human life is inviolable (Art. 24).[5]

The inviolability of life has long been a foundational principle of law, but it also transposes to other fields of human activity. It can also be addressed in the medical context, particularly at the end of life, where one faces several dilemmas, one of them being whether the right to life has equal value regardless of the length and quality of person's life. Does its protection by law necessite the continued provision of life-sustaining treatments regardless of its benefit to the individual? The question posed here is: are there boundaries of the right to life, except for those permissible limitations provided in the treaties where this right is guaranteed?[6] Is it possible to find boundaries that can also be justified from the moral and ethical point of view? Which legal principles have the same or, at least, close enough significant weight as the principle of sanctity of life, capable of defending the position that, sometimes, one should not insist on preserving life at all cost.

Autonomy of will and the right to self-determination are often highlighted as valid counter-arguments, as well as the principle of beneficence as one of the foundational principles of biomedical ethics. It is interesting to note that each of these principles can be, and frequently is, used to support either side of the euthanasia ethical debate. One may interpret autonomy as the essence of our personal freedom that also includes the possibility of choosing the way we want to die. From another perspective, one may argue that it is always justified to circumvent that freedom in order to protect the person from making decisions which are harmful to one's life. The principle of beneficence can also be viewed from different angles. One point of view, particularly accepted among health workers, is that death can never promote one's welfare, and that assisted dying contravenes the very essence of this principle. The other point of view is that providing assistance in dying to the person who suffers unbearable pain actually promotes one's welfare, as it shortens one's suffering and hastens death.

Our examination starts with the terminology and classification of all terms used to describe what euthanasia is, or what it is not, and which concepts should or should not be associated with euthanasia. It is followed by thorough analyses of the aforementioned principle.

of memories of Nazi's gross human rights violations and disregard for the value of human life. For detailed analyses, see: Wicks, 2007: 227 – 231.

5 The Constitution of the Republic of Serbia, *Official Gazette of the RS*, 98/2006, 115/2021.

6 See, for example, Art. 2, para 2 of the ECHR, as well as Art. 20 of the Serbian Constitution.

2. Definitions and classification of relevant concepts: euthanasia and physician assisted dying

2.1. Dying as part of separation

The process of dying has always been an integral part of medical practice. Assistance in the process, in its various forms, has been known in medicine for centuries. It is not something new and unexpected, for the doctors have always been with their dying patients, to alleviate pain and suffering when all medical treatments have proved to be futile. Doctors' support to the patient who faces the inevitable end of life is of the great importance and may be considered as one of doctors' professional duties. At this point, we face the problem of euthanasia or mercy killing (Klajn-Tatić, 1994: 340).

Assisted dying, however, has bad reputation among those who strongly object to euthanasia or similar practices which directly or indirectly hasten death of a dying patient. The involvement of a doctor, whose duty is to save lives not to shorten them, is especially unacceptable. Thus, alternative ideations to those associated with assisted dying are often used although they, in fact, do interfere with a natural course of things.

Finding the right approach to the end-of-life decisions is not an easy task, for death is a process during which individual cells in the body cease to function at different times. The complexity of this issue becomes greater due to the advancement of medicine and use of modern technology which can prolong life (but not necessary its quality) even to the point where a person is kept alive solely with the help of life support measures, but without being conscious. Is she alive or dead? A workable answer to this question may well serve as a guideline in making the correct or, at least, the most acceptable end-of-life decisions. We will return to this dilemma later but, first, we must explain the concepts of euthanasia and assistance in dying.

2.2. Definition and classification

The linguistic level will be the first level of interpretation; we start from the etymology of the word *euthanasia*.[7] The term comes from the combination of the Greek words *eu* (meaning good, with the undertone easy) and *thanatos* (meaning death). Loosely translated, the meaning of this word would be good and easy death, or simply mercy killing.

The origin of the word demonstrates that euthanasia is not a novel issue; it has been part of human's inquiry since ancient times. Yet, this fact did not lead either to the consensus about the most acceptable definition of the term or about behaviors which correspond to the concept of euthanasia and those that do not and should be labeled with different terms.

7 For detailed linguistic explanation, see: Nedić, Zibar, Baraban, 2022: 69 – 88.

In the *Encyclopedia of Global Bioethics,* the meaning of the term euthanasia is reduced only to active voluntary euthanasia (Kimsma, 2016: 1179). This definition was largely influenced by the findings of the Commission on the Study of Medical Practice Concerning Euthanasia: the Remmelink Commission, established in 1990 by the Netherland's government with the task of gathering information about the practice of both euthanasia and other medical decisions at the end of life and providing viable definitions.[8] Euthanasia was defined as "intentionally taking the life of a person upon his or her explicit request by someone other than the person concerned" (Kimsma, Van Leuwen, 1993: 24). Explicit and informed consent of the person concerned is of the paramount importance here, for it assumes the role of a criterion for differentiation between the various forms of hastening death.

The Remmelink Commission identified real cases of euthanasia, which correspond to the above definition, and cases they called *phantoms of euthanasia*, which hasten the patient's death but are part of normal medical treatment or palliative care. Thus, the following practices can be considered phantoms: 1) withholding or withdrawing useless medical treatment; 2) the treatment of pain with the additional effect of shortening life; and 3) a refusal of the patient to be treated. These issues do not correspond to the definition of euthanasia for the following reasons: 1) a treatment that has no medical justification and no goal is unjustified from a professional point of view; 2) the treatment of pain follows from the medical duty to care for the patient (here, death is a side effect and the aim is to relieve suffering); 3) the patient has the right to decide whether to accept treatment or not (Kimsma *et al*, 1993: 24).

Some authors consider euthanasia to be an act or omission to act with the intent of bringing about death of a terminally or incurably ill patient in order to end one's pain and suffering (Beširević, 2016: 152). Contrary to the Dutch definition, the proponents of this approach consider a range of activities to fall within the ambit of euthanasia, including those which are already part of an established medical practice but not under the term euthanasia. Thus, euthanasis entails: administration of lethal injection, prescribing recipes for a lethal pill or giving advice about methods that lead to death, administration of sedatives in dosages that may hasten the patient's death, non-treatment of

8 The Netherlands had a prominent role in a number of controversial issues: sexual revolution, legalization of prostitution and abortion, acceptance of non-addictive drugs, democratization of educational institutions, questioning the religious authority, etc. The society shifted its focus to autonomy and individuality, individual choice, and liberation from collective morality. Thus, the great influence of their experience on the debate about euthanasia and death with dignity should not come as a surprise. The Netherlands is the most frequently cited example of a modern approach to the questions of euthanasia and physician-assisted suicide. See more in: Cohen-Almagor, 2014.

treatable conditions, withholding or withdrawing life-supporting systems, and honoring the do-not-resuscitate order (Beširević, 2016: 152).[9]

Another classification offers the terms voluntary active euthanasia and assisted suicide (McCann, 2016: 1). *Voluntary active euthanasia* is understood as the termination of life of another person at the latter's explicit request. *Assisted suicide* refers to the voluntary termination of one's own life by self-administering drugs with the assistance of another person.

Active and passive euthanasia are generally regarded as two separate phenomena, the difference being whether death is the consequences of the commission of an act (*active euthanasia*) or the omission to provide life-prolonging treatment (*passive euthanasia*).[10] Active euthanasia may be considered either as *direct euthanasia*, where the patient `death is the direct consequence of the lethal substance provided by the doctor, or *indirect euthanasia*, where death is merely the incidental effect of the measure aimed at easing the pain and suffering of the dying patient (Radišić, 2008: 144-146).

There is also a third approach which finds connection between the physician-assisted suicide and active euthanasia in a direct act intended to cause a patient's death. The difference between the two lies in the degree of doctor's involvement in the dying process: in active euthanasia, a doctor performs the act intended to cause death; in physician-assisted suicide, the patient performs the final act (Spina, 1998: 71).

The definitions presented here presuppose the existence of a valid informed consent (consent model). Similar to the aforesaid definition from Netherland, this position distinguishes voluntary active euthanasia and assisted suicide from certain permissible medical behaviors that potentially shorten life and are often attributed to the term euthanasia. Respecting the patient's wish

9 Beširević also finds no difference between euthanasia and the requests for acknowledging the right to die, which is considered to be a modern euphemism for euthanasia, accepted mostly to avoid undermining the ethical integrity of the medical profession (Beširević, 2016: 152).

10 From the legal standpoint, legal repercussions are usually attributed to a person's active behavior (commission). Yet, omissions may also generate some kind of legal response. Liability for the consequences of an omission usually occurs if a person is under a duty to act, namely, if he/she is in a special relationship to the victim to whom she owes a duty of care. Doctor-patient relationship is a paradigmatic example of such relations, for the patient is under the doctor's care. "Clearly, then, the doctor who does not provide or who withdraws treatment from a patient under his or her care cannot hide behind the general cover that there is no legal duty to rescue. There must be justifiable reason for inaction and, in case of a competent patient, this is dictated by his or her autonomy" (Mason, Laurie, 2011: 583). The will of the patient who is unable to demonstrate it (e.g., a patient in permanent vegetable state) must be substituted either with the will of his proxy or with the medical opinion based on the patient's best interest.

to refuse the treatment or to withdraw from those which are unavailing is one of them. It is interesting to note that most lawyers consider this practice to be passive euthanasia while most medical professionals strongly object to such a designation. The term *indirect euthanasia* is another disputable issues between the members of these professions. Lawyers use this term to describe medical measures which alleviate pain of the dying patient but eventually lead to one's death. Doctors consider it to be part of the patient's palliative care, where death is the consequence of patient's poor health and incurable illness rather than the undertaken measures.

The consent model is based on two premises: the degree of the patient's cooperation, and the doctor's role in the process (Mason, Laurie, 2011: 566). From the patient's point of view, euthanasia/assisted dying can be: *voluntary* (where the patient requests his/her life to be ended), *non-voluntary* (where the patient is unable to express the opinion), and *involuntary* (where the patient is not included in the decision-making process). Involuntary euthanasia amounts to murder and is legally prohibited.

On the other hand, we may observe the status of the person (external agent) involved in the dying process, who is either a doctor (or another health care provider, such as a nurse) or a close relative. Their role is either active, when the death of a patient is a consequence of a commission, or passive, when death occurs due to the omission (Mason, Laurie, 2011: 566). The term *active voluntary euthanasia* describes the positions of both involved parties. Patient is compliant in the (voluntary)act and the doctor is active (she/she is the provider of a lethal substance; then, the patient will complete the action either by committing (assisted) suicide or by administering the substance himself/herself.[11]

The presented definitions and classifications clearly indicate that the practice of euthanasia involves various types of assistance in the death of a terminally ill patient in order to alleviate suffering and demonstrate compassion.[12] Assistance is sometimes active, when a doctor (or another external agent) administers the lethal substance or, more often, withdraws the life-sustaining treatment at the patient's request. In the latter case, although most physicians consider that death occurs as a consequence of the natural course of a terminal

11 This type of a doctor's involvement is labeled *physician accomplished suicide;* see: Mason, Laurie, 2011: 567.

12 The reality of the practice of euthanasia goes far beyond the very definition of euthanasia. In the majority of cases, it is applied to terminally ill patients but there is also a strong support for legal availability of euthanasia for consenting individuals with irreversible but not terminal diseases.

illness, death is actually hastened through human intervention and, therefore, may be attributed to the intervenor.[13]

3. Assessment of euthanasia

In order to properly assess euthanasia, we must look for answers to deeply contentious philosophical issues about human life and its value. We must ask ourselves whether we should still insist on the principle of sanctity of life, or whether it is time to reconsider this concept? Should we search for specific features that make one's life significant and worth living, or for those that transcend simple biological existence?

Many religious, ethical and philosophical arguments have been raised in the euthanasia debate, and all of them deserve to be approached from various fields of inquiry. Lately, other arguments come to the fore, thanks to numerous human rights treaties and a change of paradigm in the doctor–patient relations. One of them is the principle of private autonomy, the foundational principle of private law and the very essence of the right to self-determination. We further focus on the sanctity of life principle and value of life, dignity and private autonomy, for these seem to be the most invoked arguments in the euthanasia debate, both by the proponents and the opponents of this practice.

3.1. The sanctity of life

The principle of sanctity of life is the subject matter of extensive debate in the academic literature. It may seems as a valuable guiding principle in the end-of-life issue, but not without some competing principles which in some situations serve as its corrective. The principles of respect for dignity and private autonomy are competing principles one may use in answering the question whether life should be preserved at all cost.

The principle of sanctity of life has a religious origin: life is considered sacred, a gift from God, the only one who has the right to decide when to take it. Both the Orthodox Church and the Catholic Church strongly reject and condemn any form of euthanasia, for each life is holy and sacred and its termination is always unlawful.[14] The principle applies to all human beings by virtue of their nature and not their abilities, and therefore applies to all human beings equally (Miller, 1996: 33).

13 For detailed discussion about the definition and classification of euthanasia, see: Petrović, 2010.

14 Human life is highly valued in Eastern cultures and thought as well. The three teachings that shaped the Chinese culture – Confucianism, Taoism and Buddishm – also provide the framework for understanding and resolution of ethical dilemmas in relation to the treatment of terminally-ill patients. See: Qiu, Ren-Zong, 1993: 69 – 76.

Christian theologians invoke several arguments against euthanasia. The first one is that human life is the basis of all goods, and the necessary condition of every human activity and of all society.[15] The disposal of life is in God's hands; man holds life in trust, has the use of it, and therefore, may prolong it, but has no right to destroy it at his will (St. John-Stevas, 1961: 272). That's God's prerogative. Another argument is that no man has the right to take an innocent life, except if it is necessary to defend an individual or common good from the unjust aggression. A third line of argumentation points to the danger of abuse (the slippery slope argument). It is only a matter of time before taking innocent life at person's request (camouflaged with words such as merciful killing or dignified death) will be spread to others who are in vulnerable position or cannot speak for themselves (the incapacitated, the old, the handicapped, and anyone who is considered to be a burden to society). The final argument, which theologians share with the medical community, is that it would undermine the doctor-patient relationship, which is based on mutual confidence, where the patient trusts his/her doctor to do anything possible and medically justified in treating the condition (St. John-Stevas, 1961: 275). From the doctor's point of view, both the Hippocratic Oath and codes of medical ethics oblige him/her to do all he/she can to preserve the patient's life.[16] Catholic theologians point out here that doctor's duty does not entail the use of extraordinary means which give no reasonable hope for recovery and do more harm than benefit, nor is the patient under an obligation to accept such a treatment.[17]

3.2. Keown's doctrine of the principle of the sanctity of life

One of the most prominent advocates of the principle of sanctity of life is John Keown, a Christian ethicist and vigorous opponent of euthanasia. In his doctrine, Keown uses three competing approaches to evaluate human life: vitalism, inviolability of life, and quality of life. (Keown, 2012: 4–6) The last one is of a great value in the euthanasia debate as it acknowledges circumstances where life has lost its quality and it may be proper to intentionally terminate it.

15 In *Declaration on Euthanasia* (1980), issued by the Sacred Congregation for the Doctrine of Faith, euthanasia is condemned as "a violation of the divine law, an offense against dignity of the human person, a crime against life, and attack on humanity" (Declaration on Euthanasia, 5 May 1980, Rome, Vatican; available at: https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_en.html

16 The Hippocratic Oath states: "I will give no deadly medicine to anyone if asked, nor suggest any such counsel". The International Code of Medical Ethics, adopted at the third general assembly of the World Medical Association, London, in October 1949, states that a doctor must always bear in mind the importance of preserving human life until death (WMA, 2023).

17 For detailed explanation of these arguments, see: St. John-Stevas, 1961.

Vitalism is the first approach considered by Keown. Vitalism is built upon the premise that human life is of utmost importance ("the supreme good") and must always be preserved. Life of each patient is valuable and must be preserved at all costs. Regardless of the pain and suffering endured by the patient, regardless of the costs of the life-prolonging treatment, it is always forbidden to shorten the patient's life (Keown, 2012: 4).

On the opposite hand, there is a quality of life approach, which dismisses the predetermined and undeniable value of human life. Human dignity is seen as a mere instrument for living a worthwhile life, a life that must reach a certain level of quality and meaning. Lives of some patients do not meet this quality level due to their health condition. The principle rooted in this approach tells us that certain lives, because of their poor quality, are not worth living and it is right to terminate them intentionally, either by an act or omission (Keown, 2012: 5). Keown rightly criticizes this approach for its discriminative and arbitrary nature; it denies the ineliminable value of each patient's life and the inherent equality of all human lives.

The inviolability of life (IoL) doctrine is the approach which is strongly supported by Keown. The ethical principle of the sanctity of life, as the core of this doctrine, stands in the middle between the two extremes (vitalism and quality of life) described above. Unlike the position in the quality of life approach, where life is consider to be an instrumental good, IoL doctrine holds that human life is a basic, intrinsic good. Thus, "all human beings possess, by virtue of their common humanity, an inherent, inalienable, and ineliminable dignity. They possess the capacities inherent in their nature even though, because of infancy, disability, or senility, they may not yet, or not now, or no longer have the ability to exercise them" (Keown, 2012: 5). In Keown's view, capacities are different from abilities; they must not be confused with one another. Albeit each person has the radical capacities (such as: understanding, rational choice, and free will) which are inherent in human nature, some may not have the ability to exercise them yet (like infants) or no longer have them (like people with dementia, who have lost the ability to exercise some of aforementioned radical capacities).

Every human being has a fundamental worth and dignity, which cannot be taken away as long as one is alive due to their immanent and unconditional nature, which does not rest on a specific personal quality. Human dignity is not dependent on a particular intellectual ability, nor it is this ability required to reach a particular degree. As life has an intrinsic value,[18] the right not to be killed is enjoyed by all humans regardless of inability or disability.

18 In other words and in Kant's tradition, it entails not merely good as a means to an end, but something worthwhile in itself.

Human life is a basic good, but it is not an absolute one, to which all the other basic goods must be sacrificed in order to ensure its preservation (Keown, 2012: 6). The principle of IoL prohibits intentional killing because it is wrong to destroy life, but there are certain limits in its preservation. The doctrine is not vitalistic in that sense: human life is not an absolute good, but prohibition on intentional taking of life is. There are some correctives to this position. Doctors are under no moral obligation to preserve life at all costs. There is no duty to impose treatment which gives no reasonable hope or benefit to the patient; even if it does, the expected benefit would be outweighed by burdens which the treatment would impose (Keown, 1998: 284). Withdrawal of treatment should be based on an evaluation of its worthwhileness, but it does not mean that patient's life is of a less worth due to his poor health.[19] Thus, the utility of the treatment is being evaluated, not the value of patient's life.

The sanctity of human life has had a great influence on contemporary precepts of human rights, for they are also based on the premise of equality of people, who have the right to equal protection of their life, dignity and freedom. The concept of human rights treats all humans as valuable and worthy of respect and, therefore, promotes the idea of human life being sacred (Wicks, 2007: 231). International treaties, domestic laws and jurisprudence guarantee and protect the right to life but also recognize that the sanctity of life principle cannot be an absolute one: the principles of personal autonomy, self-determination and dignity are potentially conflicting principles which may outweigh the sanctity of life principle. They do not deny the right to life but rather serve as the criteria for resolving ethical dilemmas related to the end-of-life decisions. In the next part, we turn to these valuable principles.

4. Autonomy and self-determination

Personal autonomy implies the possibility of a person to freely, and independently of other people's influence, create a rule by which he/she will act. This self-made rule [20] is binding, not only for its creator but also for other people whose duty is to respect it as long as it does not conflict with their respective rights and freedoms. On the one hand, the principle of autonomy creates the field for exercising individual freedom and for making personal choices; on the other hand, it faces the necessary limitations: the law, moral and public order (as general limitations), and rights and freedom of all other members of society.

19 Contrary to this, the quality of life doctrine is not concerned with assessing the usefulness of treatment but assessing the usefulness of the patient's life.

20 The term autonomy is derived from two Greek words*: autos* (self) and *nomo*s (rule, governance, law) which, literally translated, means self-made rule.

An autonomous person is the one who is capable of understanding the essence and the importance of facts, values and other determinants on the basis of which the decision is made, to understand the consequences one's ability to shape his/her ideas according to one's own values and beliefs (moral code), to reflect upon them and to act accordingly (Cohen-Almagor, 2014: 7).

Autonomy without freedom to decide how to live one's life is not a genuine autonomy. They are interrelated: individual freedom to act is based on private autonomy. This foundational principle of private law is also foundational for the person's right to self-determination, which is accomplished by making choices among a range of options. The individual chooses the one that corresponds to his/her beliefs, values and goals pursued. The accomplishment of the chosen option may come with hardship or may even demand some sacrifice, but one is willing to accept them for the goal that is worth pursuing.

There are numerous explanations of individual autonomy but they have some common elements, such as: freedom (independence from external influence and coercion) and the ability to act consciously and willingly, which are the necessary conditions for exercising autonomy (Simonović, 2011: 456; Beauchamp, Childress; 2001: 57-61). Autonomous choices presuppose some extent of rationality, but not perfect rationality. Therefore, the choice does not have to be the best objective option, a choice that others would make. The choice is always subjective and only by being such (subjective) it truly reflects autonomy and individuality of a person.

The principle of autonomy of will permeates the entire civil (private) law but its application extends to other areas of law and humanities closely related to it, including medical law and medical ethics. Modern medicine has abandoned paternalism and replaced it with the autonomy-based approach, according to which there is a legal duty of the physician (and other health care workers) to respect the patient's decisions about recommended medical treatment (Mujović-Zornić, 2015: 305-307). This new paradigm puts the doctor and the patient in the position of equal partners, involved in mutual cooperation, because it is in the best patient's interest but also because it is a reliable way to a favorable health outcome. The doctor and the patient are united by the same goal they strive for: to heal and/or improve the patient's health; their mutual rights and duties are stipulated to meet this complex task.[21]

The patient's right is to accept the treatment or to refuse it. The corresponding duty of a physician is to respect the patient's decision and act accordingly. What should be the physician's response to the patient's refusal of a life-saving treatment or a more radical patient's request for assistance in dying? Should the physician honor the patient's wishes, or should he/she stay

21 For more on doctor-patient relation, see: Simonović, 2011 and references made therein.

true to his/her primary call – to heal and save lives, not to end them (*primum nil nocere!*[22])?

5. Resolution of ethical dilemmas

Ethical dilemmas posed here relate to euthanasia and assistance in dying which may be legal or illegal. Only few jurisdictions have legalized these practices.[23] Euthanasia and physician-assisted dying can be legally practiced in the Netherlands, Belgium, Luxembourg, Colombia, and Canada. Physician-assisted dying, excluding euthanasia, is legal in five USA states (Oregon, Washington, Montana, Vermont, and California) and Switzerland.[24] The position of the doctor in these jurisdictions is pretty much straightforward: providing that all necessary and legally prescribed requirements are met, the patient's request will be granted.

Prohibition of assisted dying does not necessary mean the absence of such a request. In the countries which prohibit any kind of assistance in the dying process (most frequently, sanctions are provided in criminal law), doctors who (covertly) assist the dying patients experience direct personal impact. Not only do they feel fear of being discovered and reported to the authorities, but they also cannot safely share the emotional load with their colleagues or ask for professional support (MacLeod, Wilson, Malpa, 2012: 90).

Most medical practitioners consider that assisting an individual to die is unethical. They respect the sanctity of life principle, feeling that their duty to heal is above the personal autonomy and wish of a dying patient who, unable to endure pain and suffering, asks for assistance. For patients who place a great value on their independence and autonomy, pain and suffer are not the decisive motives, but rather their fear of loss of dignity and autonomy during the dying process, or becoming a burden to their loved ones. Their autonomy in the dying process expressed in the request for lethal substance collides with the physician's autonomy to refuse to participate in this practice, which should also be respected. On the other hand, the patient's refusal of a life-saving or life-prolonging treatment is one of his/her rights, which the physician must appreciate and adhere to as his legal duty.

22 This Latin phrase, attributed to Hippocrates, establishes a professional conduct and bioethical framework for the practice of medicine in respect for human dignity.

23 For a detailed explanation of legal developments in the euthanasia debate, see: Ferreira, 2007, 387-407.

24 Switzerland is the only country in the world where the act of assisted dying can be conducted by someone other than a doctor. Non-Swiss residents are also allowed to take advantage of the Swiss law, which eventually led to the so-called "death tourism" and individuals travelling to Switzerland to die by assisted means.

6. Conclusion

The tremendous advances in medical technology and health care provide many options for prolonging a terminally ill patient's life, often beyond the point at which he/she is able to derive value from that life or even live free from pain and suffering. These advances have made the dying process longer and raised many questions, including when it is time to stop the futile treatment and who should decide.

The principle of autonomy and the patient's right to self-determination assume a pivotal role in health care and doctor-patient's relations. They may offer the answer to the previously posed questions: patients should have the right not only to refuse the treatment or to request their discontinuation (which is already an established golden rule of patient's care) but they should also be given the right to request aid in dying.

Euthanasia and other forms of assisted dying are legal in just a few countries but occasional surveys of public opinion indicate a significant and increasing number of people who would support their legalization or, at least, honest public debate on this matter. This has led to the right to die movement which emphasizes the patient's liberty and autonomy to make fatal choices at the end of their life. Liberty, autonomy, dignity, respect and concern (or care for the patient's well-being) are four pillars on which the right to die movement is founded. Their proponents speak about physicians' duty to respect all legitimate concerns and needs of their patients, including the provision of aid-in-dying. Most physicians are reluctant to accept the idea that their professional duties (to heal, relieve pain and suffering, provide care and comfort for the patients) should also include the duty to end life.

These contradictions testify about the complexity of euthanasia issue and the fierce struggle between the proponents and the opponents of euthanasia. This also justifies the need for a public debate on all aspects of euthanasia and related terms before deciding whether to legally allow anyone who is incurably ill to be able to seek medical assistance to die (to die on his own terms and in his own time). The debate should include not only the members of the legal and medical profession but also experts whose knowledge in ethics, bioethics, sociology, gerontology, religion and other fields can provide valuable insights in death and dying. Public opinion should not be ignored either, but the public must be properly informed about all relevant points before taking side: for legalizing euthanasia or against it.

In the Republic of Serbia, the reason for the debate is provided by the Preliminary Draft of the Civil Code of Serbia, which establishes a new subjective (personal) right - *the right to a dignified death (euthanasia)*, which may be exercised in exceptional circumstances by fulfilling the specifically prescribed

humane, psycho-social and medical conditions. Bearing in mind the complexity of exercising the right to euthanasia, which entails not only legal and medical but also psychological and social aspects, the Commission for drafting the Civil Code reserved the right to make a subsequent final statement on this matter, by relying on the arguments of experts from various fields and professional activities.

The term for the "right to a dignified death" can be questioned terminologically. The essence of the right is not the right to death but the right to the comprehensive protection of human dignity, particularly in the context of dying and terminal illnesses. The patient's right to self-determination in relation to such a difficult condition at the end of life should be recognized.

Nevertheless, one must not overlook the importance of palliative care. It has been said that autonomy, in its essence, means freedom of choice. Consequently, if we are considering the legalization of euthanasia, we should also demand enhancement of palliative care, which should first of all include all those who need it and, second, promote all types of services which are considered to be of palliative nature. All of these services should be treated as parts of obligatory health care program and funded from the state budget. The Netherland is often referred to as being a pioneer in the field of assisted dying, but this country has a strong palliative care system as well, available to all in need of this kind of help. This lead us to the following conclusion: prior to the legalization of any kind of assistance in dying, which should be limited only to the physician-assisted dying under strict requirements and supervision, Serbia must improve its palliative care system (particularly in terms of availability and effectiveness) and thus provide various kinds of health care options to its citizens. In accordance with the constitution and laws, all legal options should be available to each person in the state: refusal of treatment, palliative care, and even available forms of medical procedures regarding euthanasia.

References

Beauchamp, T. L., Childress J. F. (2001). *Principles of Biomedical Ethics*, 5th ed., New York: Oxford University Press.

Beširević, V. (2016). Mission (im)possible - defending the right to die. In: Einar Himma K., Spaić, B. (eds.). *Fundamental rights : justification and interpretation.* The Hague, Eleven International Publishing, 149-177.

Cohen-Almagor, R. (2014). Right to Die, in: Have, H. ten (ed.). *Encyclopedia of Global Bioethics.* Springer Science+Business Media Dordrecht.

Ferreira, N. (2007). Latest legal and social development in the euthanasia debate: bad moral consciences and political unrest. *Medicine and Law*. Yozmot, 387 – 407.

Keown, J. (2012). *The law and Ethics of Medicine.* Oxford: Oxford University Press.

Keown, J. (1998). The Legal Revolution: From „Sanctity of Life" to „Quality of Life", *Journal of Contemporary Health Law & Policy.* Volume 14. Issue 2, 253-285. (Electronic version). Retrieved 10. 7.2024. https://scholarship.law.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1334&context=jchlp

Kimsma, G. K., Van Leeuwen E. E. (1993). Dutch euthanasia: background, practice, and present justifications. *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, 2(1), 19-35.

Kimsma, G. (2016). Euthanasia: Active, in: Have, H. ten (ed.). *Encyclopedia of Global Bioethics.* Springer International, Cham. 1178–1188.

Klajn-Tatić, V. (1994). Pravo umirućeg pacijenta da odbije upotrebu ili da zahteva obustavu medicinskih mera kojima se održava u životu. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. No. 3-4, 339-353.

MacLeod, R. D., Wilson D., Malpa P. (2012). Assisted or Hastened Death: The Healthcare Practitioners Dilemma. *Global Journal of Health Science.* Vol. 4, No. 6, 87-98.

Mason, J. K., Laurie G. T. (2011). *Mason and McCall Smith's Law and Medical Ethics*, 8th edition. New York: Oxford University Press.

McCann, A. (2016). *Assisted Dying in Europe. A comparative law and governance analysis of four national and two supranational systems.* PhD thesis. University of Groningen.

Miller, B. W. (1996). Time to kill: Ronald Dworkin and the ethics of euthanasia. *Res Publica.* 2(1), 31-62.

Mujović-Zornić, H. (2015). Autonomija pacijenta. Pravo na samoodređenje. *Pravni život. Časopis za pravnu teoriju i praksu*. No. 9, 303-322.

Nedić, T., Zibar L., Baraban B. (2022). Terminološko određenje pojma eutanazija – Pravne, bioetičke i medicinsko-postupovne implikacije. *Filozofska istraživanja*. No. 1, 69-88.

Petrović. D. (2010). *Eutanazija. Nove dimenzije.* Beograd: Institut za uporedno pravo.

Radišić, J. (2008). *Medicinsko pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union i IP Nomos.

Qiu, Ren-Zong (1993). Chinese medical ethics and euthanasia. *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*. 2(1), 69-76.

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

Simonović, I. (2011). Pravo na samoodređenje, autonomija volje i pravo pacijenta na informisani pristanak. U: Dimitrijević, P. (ur.). *Zaštita ljudskih i*

manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru. Knj. I. Niš: Pravni fakultet u Nišu, 455-472.

Spina, B. (1998). Ethical justifications for voluntary active euthanasia. *Perspectives on Law and the Public Interest.* 3(1), 71-80.

St. John-Stevas, N. (1961). *Life, Death and the Law: Law and Christian Morals in England and the United States.* Bloomington: Indiana University Press.

Wicks, E. (2007). Human *Rights and Health Care.* Oxford and Portland: Hart Publishing.

Documents

The Universal Declaration of Human Rights (UDHR, 1948), GA Resolution 217A, UN General Assembly, Paris, 10.Dec. 1948; https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights

The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR 1950), the Council of Europe, Strasbourg; https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_eng

Constitution of the Republic of Serbia, *Official Gazette of the RS.*, No. 98/2006, 115/2021; https://www.paragraf.rs/propisi/constitution-of-the-republic-of-serbia.html

Declaration on Euthanasia, the Sacred Congregation for the Doctrine of Faith, 5 May 1980, Vatican; https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_en.html

WMA (2023).The International Code of Medical Ethics, the World Medical Association (WMA), (adopted in 1949 (revised in 1968, 1983, 2006 amd 2022), 14 April 2023.; https://www.wma.net/policies-post/wma-international-code-of-medical-ethics/

Dr Ivana Simonović,
Docent
Pravni fakultet Univerziteta u Nišu

AUTONOMIJA VOLJE I PRAVO NA SAMOODREĐENJE PACIJENTA: PRAVNE GARANCIJE I BIOETIČKE DILEME

Rezime

Neverovatan napredak medicinske tehnologije i zdravstvene zaštite omogućio je različite mogućnosti produženja života umirućeg pacijenata, čak dotle da se opravdano možemo zapitati o vrednosti i smislu takvog života. Veštačke mere održanja umirućih pacijenta u životu učinile su proces umiranja dužim, istovremeno suočavajući nas s dilemom opravdanosti okončanja medicinske nege koja ne daje nikakve rezultate, te pitanjem ko o tome treba da odluči.

Savremena paradigma odnosa lekar – pacijent počiva na principu autonomije volje i pacijentovom pravu na samoodređenje. Oni mogu dati smernice u traženju odgovora na postavljena pitanja. U tom ključu, pacijent ne samo da ima pravo da odbije pružanje medicinske nege ili da zahteva prekid već započete (što je zlatni standard brige o paacijentima), već mu treba omogućiti i pravo na traženje pomoći u umiranju.

Malo je zemalja u kojima su eutanazija i različiti oblici pomoći u umiranju zakonom dozvoljeni. U Srbiji sankcionisani su kao krivična dela. Nacrtom Građanskog zakonika, ipak, ustanovljava se novo subjektivno (lično) pravo – pravo na dostojanstvenu smrt (eutanaziju), dozvoljenu pod naročitim uslovima, uz ispunjenje posebnih ljudskih, psiho-socijalnih i medicinskih pretpostavaka. Pre zakonodavčeve konačne reči, neophodna je javna informisana debata o ovom složenom pitanju. Pravni stručnjaci svakako su pozvani na učešće u promišljanju predloga o činjenju eutanazije zakonski dopuštenom, kao što treba oslušnuti i stav građana.

Ključne reči*: pravo na život, nepovredivost (svetost) ljudskog života, privatna autonomija, samoodređenje, dostojanstvo, eutanazija, pacijentova prava, odbijanje medicinske mere, palijativna nega, bioetičke dileme.*

UDK: 342.31(497.11)"1858/1859"
UDK: 323(497.11)"1858/1859"

originalni naučni rad

Rad primljen: 16.07.2024.
Rad prihvaćen: 13.10.2024.

DOI: 10.5937/zrpfn1-52222

***Doc. dr Sara Mitić*[*],**
Docent,
Pravni fakultet, Univerzitet u Nišu, Republika Srbija

PRINCIP NARODNOG SUVERENITETA KROZ PRIZMU SVETOANDREJSKE SKUPŠTINE[**]

***Apstrakt**: Vlast koja proizilazi iz naroda i vlast koja pripada narodu, načelo nastalo nakon francuske buržoaske i američke revolucije, našlo je svoj izraz na čuvenoj Svetoandrejskoj skupštini 1858. godine. Iako narodna skupština nije bila predviđena važećim zakonodavstvom, Turskim ustavom (Hatišerif iz 1838. godine), svi politički akteri, knez, savetska oligarhija i pristalice dinastije Obrenovića, videli su mogući izlaz iz trenutne političke situacije u sazivanju skupštine. Ishodi Svetoandrejske skupšine bili su svrgavanje kneza i faktičko razvlašćenje saveta. Međutim, najveći značaj ove skupštine bilo je upravo jačanje svesti o narodnom suverenitetu. ,,Razumite braćo, projekat glasi, ne da predlažete no da postavite zakon. A kad narod može postaviti Knjaza, valjda može i postaviti zakon", govorio je Jevrem Grujić poslanicima. Svetoandrejska skupština je, po svom nacrtu, ozakonila svoj rad i ustalila sebe kao jedan od organa vrhovne vlasti, a bila je, u jednom trenutku, i jedina vlast u zemlji. Rad treba da sublimira sve političke događaje koji su prethodili sazivanju narodne skupštine (vladavina Ustavobrinitelja, Tenkina zavera, donošenje Zakona o narodnoj skupštini od 28. oktobra 1858. godine), njen saziv i tok događaja (tri dana revolucije 10, 11. i 12. decembar), kao i posledice koje su usledile.*

***Ključne reči:** princip narodnog suvereniteta, Svetoandrejska skupština, Zakon o narodnoj skupštini.*

[*] sara.mitic@prafak.ni.ac.rs, ORCID 0000-0003-2707-7190

[**] Rad je izložen na međunarodnoj naučnoj konferenciji ,,Pravni principi u savremenom pravu" koja je održana na Pravnom fakultetu Univerziteta u Nišu, 19. aprila 2024. godine.
Rad je nastao kao rezultat istraživanja na projektu ,,Odgovornost u pravnom i društvenom kontekstu" koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, u periodu od 2021. do 2025. godine.

I

Princip narodnog suvereniteta našao je svoje utemeljenje na Svetoandrejskoj skupštini 1858. godine. Narodni suverenitet je princip da vlast države i njene vlade stvara i održava saglasnost naroda, putem njegovih izabranih predstavnika (Lukić, 1953: 34). Džon Lok ne koristi izraz narodni suverenit, ali je zato zagovornik ograničene vlasti, a legitimitet vlasti je uslovljen pristankom naroda (Lok, 2002: 45). Za Rusoa, suverenitet je neotuđiv i nedeljiv. Po njemu, jednino opšta volja može da upravlja snagama društva. I zato Ruso vlast jednog čoveka smatra negacijom opšte volje (Ruso, 1993: 43). Iz istog razloga, za njega je suverenitet neotuđiv. Volja može da bude opšta, odnosno volja narodnog tela, u tom slučaju je to akt suvereniteta i predstavlja zakon, ili nije opšta, pa je to pojedinačna volja ili akt izvršnih vlasti (Isto, 44).

Skupština, kao instrument za ostvarivanje načela narodnog suvereniteta, nije bila predviđena važećim zakonodavstvom. Naime, Ustav iz 1838. godine, poznatiji kao Turski ustav, nije predviđao narodnu skupštinu. Takođe, ni zakoni nisu predviđali skupštinu kao organ. Bez obzira na ove okolnosti, skupštinama u Srbiji se pribegavalo usled različitih, najčešće teških i negativnih okolnosti kada su one bile, praktično, neminovnost. Odluke skupštine prihvatala je i sama Porta. Pre sazivanja Svetoandrejske skupštine, tri skupštine bile su sazvane iako nisu bile predviđene kao organ vlasti. Skupština sazvana 1842. godine trebalo je da potvrdi faktičko stanje, odnosno svrgavanje kneza Mihaila sa prestola i proglašenje Aleksandra Karađorđevića. Na toj skupštini pročitan je sultanov berat o potvrđivanju kneza Aleksandra, ali su zbog pritiska Rusije odluke poništene pa je čitav postupak ponovljen 1843. godine. Godine 1848. godine na praznik Petrovdan sazvana je još jedna skupština koja je dobila naziv upravo po danu sazivanja. Petrovska skupština bila je sazvana zbog događaja u revolucionarnoj Evropi, ali se pretvorila u ozbiljnu kritiku vlasti.[1] Neki od zahteva bili su i zahtev za slobodom štampe, kao i redovno održavanje skupštine (Ranđelović, Bartulović, 2012: 54-55). Obećanje da će se skupštine redovno održavati nije ispunjeno, a posledice neodržavanja skupštine najbolje će se osetiti na Svetoandrejskoj skupštini.

1 Izneti su zahtevi da se nesposobni činovnici otpuste iz službe, da se za krivicu ne premeštaju iz mesta u mesto, da se višim činovnicima smanji plati, da se činovnicima i sveštenstvu zabrani trgovanje, da se izvrši uvid u državne finansije.

II

Nakon abdikacije kneza Miloša Obrenovića 1839. godine[2], na presto je došao njegov stariji sin Milan koji nije ni stigao da vlada jer je mesec dana nakon stupanja na presto umro. Na presto je stupio knez Mihailo koji je vladao do 1842. godine kada je svrgnut od strane Ustavobranitelja i doveden knez Aleksandar Karađorđević. Često se vladavina kneza Aleksandra Karađorđevića vezuje za istinsku vladavinu Ustavobranitelja. Iako je ustavobraniteljski režim označavao potpuno novi način vladanja, vremenom je raslo nezadovoljstvo svih činilaca u zemlji. Smena na prestolu trebalo je da osigura poštovanje ustava i zakona, posebno zaštitu privatnih prava građana, pre svega prava svojine. Međutim, dolaskom na vlast, njihovi predstavnici u sve većem broju, pre nego što su počeli sa primenom zakona za poštovanje neprikosnovenosti privatne svojine, počeli su da oni sami imaju što više privatne svojine (Radenić, 1964: 7). U optužbi Saveta protiv kneza i njegove kamarile navodi se da su njihovi privrženici zloupotrebljavajući vlast, postali vlasnici ili ,,ortaci u mejanama, dućanima i vodenicama", da su zauzeli ,,žirorodne gore", da su radili ,,bankarske poslove", da su se pretvorili u trgovce. Zloupotrebe su postojale u vojsci, topolivnicama, u barutanama, u školama, odnosno ,,u svim strukama državopravlenija" (Grujić, 1922: 237-238).

Stanovništo je bilo nezadovoljno, i seosko i varoško. I često se iz tog nezadovoljstva izvlače zaključci o tome koje je stanovništvo imalo presudniji uticaj na posledice koje su se desile na Svetoandrejskoj skupštini. Kako bi se stekla prava slika, valja istaći odnos stanovnika u selima i gradovima. U periodu od 1834. do 1859. godine broj stanovnika najviše je rastao u varošima. U ukupno 37 varoši taj broj je za 25 godina porastao od 41 347 na 86 841, što u odnosu na celokupni porast stanovništva od 668 592 na 1 078 281 znači dvostruko veće povećanje nego u selima (Državopis Srbije, 1863: 92-93). Bogatstva su sticana zelenašenjem i trgovinom, ali je sa istovremenim nagomilavanjem bogatstva tekao i proces osiromašenja stanovništva u velikim razmerama.

2 Prva vladavina kneza Miloša Obrenovića trajala je od 1815. do 1839. godine. Nakon suspendovanja Sretenjskog ustava, ustavno pitanje rešeno je u Carigradu. Turskim ustavom iz 1838. godine Sovjet (Savet) postao je telo koje je sa knezom delilo zakonodavnu vlast. Sovjet je imao nadležnosti i u organizovanju državne uprave, a takođe i značajne ingerencije u vršenju izvršne vlasti. Međutim, posebna nepogodnost po Miloša bio je član 17 Ustava koji je propisivao doživotni i nepokretni status savetnika. Ustrojenijem Sovjeta Knjažestva srbskog 1839. godine, kneževa vlast još više je ograničena. Iz tog razloga, a i nakon neuspešnog pokušaja prevrata od strane njegovog brata Jovana, knez Miloš je abdicirao i napustio zemlju.

Zanatlije, mali trgovci, činovnici osećali su se sve siromašnijim u poređenju sa sve bogatijim građanima. Njihovi prihodi i njihove potrebe rasli su u nesrazmerama koje je bilo nemoguće zadovoljiti. Dok je proces ubrzane diferencijacije bio praćen povećanjem uticaja kapitalističih elemenata u varošima, u selima je uzimao maha proces raslojavanja koji je slabio najuticajnije, skupne i pojedinačne snage društva. Seljaci su bili u sve gorem položaju jer su sve teže dolazili do novca. Iz tog razloga su mnoge porodice bile prisiljene da se zadužuju. Tako su postajali lak plen sve brojnijih zelenaša (Radenić, 1964: 6). Poseban problem predstaljao je visok i nepravedno određen iznos poreza. Na početku vladavine Ustavobranitelja i kneza Aleksandra Karađorđevića, smanjen je danak od šest na pet talira (Sbornik zakona i uredaba II, 1845: 195). Stanovništvo se bunilo i protiv ovog iznosa. Naime, porez je bio jedinstven, što znači da su ga podjednako plaćali siromašni i bogati. To je posebno predstavljalo teret za one koji su zaostajali u opštem razvitku, a njihov broj bio je tokom vremena sve veći.

Ilustraciju stanja, neposredno pre Svetoandrejske skupštine, pružaju brojne žalbe[3] koje su različiti organi slali drugima. Okružno načelstvo u Užicu Popečiteljstvu unutrašnjih dela ` o negativnim posledicama prezaduženosti naroda, avgust 1858. Okružno načelstvo opisuje loš položaj građana zbog prezaduženosti, kao i radnje policije i sudova. Navodi se da će jedna četvrtina porodica u okrugu ostati bez krova nad glavom, a da su uzrok tome visoke i nezakonite kamatne stope. Poslovi policije se opisuju kao danonoćno trčanje iz opštine u opštinu u cilju popisivanja, procenjivanja i prodavanja imanja zbog dugova. Sudovi se, prilikom izvršenja, izricanja presuda i naplate dugova, nisu držali zakonika o postupku sudskom, što je još više doprinosilo jednom opštom rasulu (DAS, MUD, PF VI br. 140/1858). Popečiteljstvo unutrašnjih dela Sovjetu ` o teškoćama koje izazivaju nečovečne kazne šibanjem, 26. april[4] 1858. godine. U predstavci se navodi da sudovi dosuđuju i kaznu šibanja. Popečiteljstvo navodi da ono nije pozvano da odlučuje da li je ta kazna moralna, već moli Sovjet da razmotri da li treba da ostane jer je u drugim

3 Osim žalbi i drugi dokumenti pokazuju nezadovoljstvo: Dokument o uzrocima narodnog nezadovoljstva u krajinskom okrugu ` posedi fetislamskih Turaka (DAS M. F. k br. 746/1858), Imovno stanje popečitelja i službenika Popečiteljstva unutrašnjih dela (DAS, MUD, PF. VII br. 17/1858), Cene pojedinih artikala na beogradskoj pijaci (DAS, MUD, 7. X br. 93/1858).

4 Datumi će biti navedeni po julijanskom kalendaru jer se on primenjivao u vreme o kome je reč. Gregorijanski kalendar se primenjuje od 1919. godine, kada ga je Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca usvojila kao zvanični. Inače, razlika u kalendarima je danas trinaest dana, dok je do XIX veka ta razlika iznosila dvanaest dana.

državama ukinuta i za vojne prestupe. Posebno se ističu ,,tegobe" koje se pojavljuju pri izvršavanju ove kazne. Navodi se da je teško naći ljude koji bi izvršavali kazne jer i izvršioci i krivci ,,pri šibanju svi se tako gnušaju". Poseban problem postojao je u Beogradu jer je policija kažnjavala građane koji ne bi želeli da budu izvršioci ove kazne. Govori se o tome da ne bi bilo dobro ni vojnike uzimati kao izvršioce kazne. Zato Popečiteljstvo predlaže Sovjetu da razmotri zamenu kazne šibanjem nekom drugom (DAS, MUD, Pf VII, br. 67/1858). Drugo lice iste medalje, a takođe i položaj obrenovićevca, mogu da se primete u položaju lica nad kojima je bila izvršavana ova kazna. Inače, obrenovićevci su postali jedna partija nakon prevrata 1839. i 1842. godine kada je nova vlast počela sa gonjenjem Miloševih pristalica, a onda i pristalica dinastije Obrenovića. Slobodan Jovanović navodi da su obrenovićevci bacani u rupe i obore, zlostavljani sekirom i topuzom, propuštani kroz šibu, ubijani i njihovi leševi udarani na točak (Jovanović, 1990: 205)[5].

III

Sukobi između kneza i Saveta započeti još tokom prve vladavine kneza Mihaila Obrenovića (1839-1842), nastavili su se i u vreme kneza Aleksandra Karađorđevića. Štaviše, njihov sukob prerastao je u otvorenu borbu još 1855. godine, a tokom 1857. godine, odnos doživotnog kneza i doživotnih savetnika postao je još zategnutiji. Stefan Stefanović Tenka, predsednik Saveta, stajao je na čelu zavere[6] protiv kneza. Plan zaverenika bio je da ubiju kneza. Pronašli su seljaka[7] kome su dali novac i pušku, i poslali ga u Brestovačku banju da ubije kneza. Međutim, on se vratio u Beograd i ucenjivao zaverenike. Vest je dospela do samih vlasti

5 Primer stradanja pod Ustavobraniteljima daje Pavle Mirković, trgovac sa kapitalom od 100 dukata. Označen kao Milošev pristalica, vezan od vlasti poslat je Vučiću u Kragujevac, a odatle u Beograd, gde je proveo pet meseci u teškom gvožđu. Do Mihailovog pada bio je ostavljen na miru. Nakon toga ga vlast ponovo zatvara i udara mu pedeset štapa. Na zahtev Vučića, Pavle biva vezan i poslat preko Valjeva u Šabac gde ga bacaju u Vučićev obor. Iz Šapca ga prebacuju u Beograd (vezanog) gde ostaje dva meseca zatvoren. Onda ga sprovode u Brusnicu gde prolazi šibanje od tri stotine momaka, devet puta jednom za drugim. Inače, Pavle je, po sudskoj presudi, bio lišen svih pokretih i nepokretnih dobara (Jovanović, 1990, 205).

6 Pored Stefana Stefanovića Tenke, u zaveru su bili upleteni i Cvetko Rajković, predsednik Vrhovnog suda, kao i trojica savetnika koji su ranije bili ministri: Paun Janković Baća, Pavle Stanišić, Radovan Damjanović.

7 Milosav Petrović, seljak iz kragujevačkog okruga, trebalo je da izvrši ubistvo. On je inače, bio već u pritvoru zbog ubistva drugog lica.

i zaverenici su bili zatvoreni (Jovanović, 1990: 158). Tenkina zavera je izazvala veliko gnušanje u narodu. Međutim, način zatvaranja lica koja su potencijalno učestvovala u zaveri izazvao je preokret u osećanjima publike.[8] Odvođenje u Gurgusovac privuklo je veliku pažnju stranih novina, pa je Vlada osećala potrebu da se brani. Tako je Aleksandar Karađorđević od simpatičnog vladara koga su savetnici hteli mučki da ubiju, postao antipatičan čovek bez srca i duše koji savladane protivnike stavlja na ogromne muke (Isto, 167). Sami zaverenici su pokušali da ceo Savet predstave svojim saučenicima što je Vladi i te kako odgovaralo. Vlada je pozvala šest savetnika i postavetovala ih da daju ostavke[9] jer su se iskompromitovali u Tenkinoj zaveri, što su oni i učinili. Vansavetska opozicija je pokušavala da ubedi strane sile da je došlo do državnog udara, s obzirom na to da je knez ,,zbacivanjem" šest savetnika povredio sam Ustav.[10] Potom su učešće uzele Garantne sile[11] i Porta, a rezultat je bio izmirenje kneza sa Savetom.

Nakon izmirenja kneza sa Savetom, Toma Vučić Perišić, predsednik Saveta, i Ilija Garašanin, ministar unutrašnjih dela, postali su gospodari situacije i bili rešeni da proteraju kneza Aleksandra. Njihova želja za sazivanjem skupštine nije bila dovoljna, potrebna je bila i želja kneza i Saveta. Knez nije verovao Vučiću i Garašininu (zbog potencijalnog zbacivanja), a Savet i kneževa grupa, koja je u njemu imala većinu, bojala se skupštine zbog iskustva sa prethodne (Petrovske skupštine 1848. godine). Toma Vučić Perišić otvoreno je počeo da podbunjuje narod, dok je Ilija Garašanin radio

8 ,,Ja ne znam kako taj postupak među vama tamo izgleda, al mene je zdravo potreslo. Ja i kao čovek i kao Srbin voleo bi sto puta, da su primili kazn smrti nego što su takvom poruganiju izloženi. Knjaz Miloš istina je ubio svoje starešine, ali nikad nisam čuo da ji je pre toga u ćebeta i šareno sukno uvio. Oni su ginuli svakad kao starešine narodnje u njinim ćurkovima i poslaćenim aljinama. Bolja je smrt od nekoliko minuta nego ona dugog mučenija od zime i mraza", pisao je Garašanin iz Pariza (Jovanović: 1990: 165).

9 ,,Dajte ostavke, ili evo gvožđa na noge, a bolje dajte ostavku pa uzmite pensiju, no da idete u kulu, pa da mi posle vaše žene i deca s molbom za milost i pomoć dosađuju", reči predstavnika Markovića prema kazivanju Arsenijevića.

10 U već pominjanom članu 17 Turskog ustava stajalo je: ,,Oni 17 Članova Sovjeta neće moći biti zbačeni bez uzroka, dokle ne bi bilo dokazano kod moje visoke Porte, da su se oni učinili povini zbog kakvog prestuplenija, ili zbog narušenija zakona i uredba zemaljski."

11 Do Pariskog ugovora, Srbija je imala sizerena `Tursku i protektora `Rusiju. Nakon Pariskog mira (kojim je završen Krimski rat), Srbija je dobila garantne sile, potpisnice Pariskog ugovora. To su bile: Austrija, Velika Britanija, Francuska, Pruska, Rusija, Sardinija i Turska.

opreznije. On nije direktno agitovao za skupštinu već je to prepustio delu mlađe inteligencije, koji će kasnije oformiti liberalnu stranku, i obrenovićevcima (Jovanović, 1990: 204). Već je bilo reči o tretmanu koja je ova politička grupacija imala. Skupštinu je tražio i jedan deo mlađe inteligencije, beogradske. Rođeni tokom donošenja Hatišerifa, nisu prošli kroz tursko ropstvo. Odnegovani u autonomnoj Srbiji, imali su više nacionalne samosvesti, nacionalnog ponosa nego njihovi preci koji su odrasli kao turska raja. Nisu se mirili sa ustavobraniteljskom politikom prema Turcima koja je prema njihovom mišljenju bila previše turkofilska. Nije im odgovaralo ni ponašanje kneza Aleksandra Karađorđevića koji je bio samo izborni, a ne i nasledni knez i kojinije smeo da se ,,isprsi" (Isto, 206-207).

IV

Na formiranje konačne odluke za sazivanje skupštine, značajna su pisma koja je Ilija Garašanin upućivao knezu, okružnim načelnicima, kao i odgovori koje je dobijao. U pismu[12] knezu Aleksandru Karađorđeviću, Ilija Garašanin izveštava: ,,da narod skupštinu želi i o ovom glasovi rasprostirali su se na više strana" (DAS, Iz zaostavštine Ilije Garašanina, 1073). U sledećem pismu od 26. juna 1858, koje Popečiteljstvo unutrašnjih dela šalje svim okružnim načelnicima, traži da se utvrdi istinitost glasina o zahtevima naroda za sazivanje skupštine (Isto). Nakon toga dobija odgovore od deset okružnih načelnika. Odgovori se kreću od tih da je skupština neophodna (načelnik rudnički,[13] načelnik aleksinački, načelnik gurgusovački, načelnik čačanski, načelnik šabački), preko toga da je skupštinu razumno držati, ali ako okolnosti dozvoljavaju, bolje je odložiti skupštinu za drugu godinu (načelnik zaječarski), ili onih koji smatraju da je treba sazvati, ali samo ako to ,,doista žele (po)jedini pošteni ljudi" (načelnik ćuprijski), do onih koji smatraju da Praviteljstvo (načelnik smederevski) ili knez i Savet (načelnik jagodinski) treba da odluče o držanju Skupštine. Jedino je okružni načelnik iz Loznice odgovorio da narod nije za skupštinu i da on lično smatra da je ne treba držati (Isto). U narednom pismu od 7.

12 U pismu se navodi samo da je napisano u Beogradu. ,,Bez mesta i datuma. Mesto sigurno".

13 Načalnik rudnički zahteva da se sudski postupak skrati kako bi građani jeftinije i brže dolazili do svojih prava; da se porez pravednije odredi ,,po imanju, a ne kao sada po glavama", da se šumske i sudske takse pojeftine, da se doktorima odrede takse za vizite van varoši i da se uopšteno postupa pravednije od strane vlasti (DAS, iz zaostavštine Ilije Garašanina). Inače, ovi zahtevi se ponavljaju u mnogim odgovorima načelnika, a čuće se i na samoj Skupštini.

avgusta 1858. koje šalje knezu, Garašanin navodi da je poslao okružnim načelnicima ,,raspis" o potrebi da se narod umiri pre odluke o sazivanju skupštine.[14] Dalje obaveštava kneza da smatra da je nužno da, makar, i usmeno obavesti Savet o ,,željama narodnjim za Skupštinu, pa neka on međutim rasuždavava o tom tako važnom voprosu želja narodnih" (Isto). Usmena predstavka Garašina naišla je na izvesnu opoziciju. I ovog puta nije doneto savetsko rešenje o skupštini. Međutim, Garašanin je odmah poslao raspis svim načelnicima o predlogu upućenom Savetu za sazivanje skupštine. Dana 8. avgusta poslao je pismo knezu[15] kojim ga obaveštava o diskusiji koja je vođena u Savetu i ponovo napominje da je sazivanje skupštine nužno (Isto). I sledećeg dana je poslao pismo[16] u kojem je naveo da se glasovi za Skupšštinu u narodu umnožavaju i da je u interesu mira i pravnog poretka da se što pre donese odluka o tome da li će se držati skupština (Isto). Knez nije bio za sazivanje skupštine, ali je popustio jer nije znao šta mu je činiti ako Garašanin da ostavku. Istina, kneževa grupa je imala većinu u Savetu, ali samo dok ne bi izašla na vladu, tada bi izgubila ona četiri člana koji bi bili postavljeni za ministre i pretvorila bi se u manjinu. S druge strane, vladati nasuprot Savetu, značilo bi novi državni udar, za šta knez nije imao hrabrosti nakon svih dešavanja. Čim je dobijen knežev pristanak, Garašanin je 3. septembra 1858. uputio Savetu pismeno obrazloženje o potrebi sazivanja Skupštine gde je, između ostalog, naveo da se Skupština mora održati jer narod gubi poverenje u vladu, a autoritet vlasti slabi.[17] Savet je odmah rešio da se Skupština drži i savetsko rešenje je knez istog dana potvrdio.[18] Takođe, Savet je izabrao komisiju koja je trebalo da izradi projekat zakona o Skupštini (Jovanović, 1990: 210).

Zakon,[19] kojim se nije ustanovljavala skupština kao organ vlasti, već je bilo predviđeno da se održi samo jedan saziv, trebalo je da važi

14 Ilija Garašanin okružnim načelnicima ` raspis o potrebi da se narod umiri pre odluke o sazivanju skupštine, Beograd, 7. avgust 1858. godine (DAS, Zaostavština Ilije Garašanina).

15 Ilija Garašanin knezu Aleksandru – o diskusiji u Sovjetu o pitanju saziva Narodne skupštine, od 8. avgusta 1858. godine (DAS, Zaostavština Ilije Garašanina).

16 Ilija Garašanin knezu Aleksandru – o potrebi da se što pre donese odluka o sazivanju Skupštine od 9. avgusta 1858. godine (DAS, Zaostavština Ilije Garašanina).

17 Popečiteljstvo unutrašnjih dela Sovjetu – obrazlaže potrebu sazivanja skupštine, Beograd, 3. septembar 1858. godine (Prepis, AII, Inv. br. 24/118 XXIV/3).

18 Knez Popečiteljstvu unutrašnjih dela – da je saglasan sa sazivom Skupštine, Beograd, 3. septembar 1858. godine (Prepis, AII, Inv. br. 24/122 XXIV/3).

19 Prema Slobodanu Jovanoviću: ,,Kad se 1858. ponovo poveo govor o Skupštini, prva je misao bila, kako da se spreči da i ta nova Skupština ne postane neuračunljiva

samo za Svetoandrejsku skupštinu i da nakon njenog raspuštanja i sam prestane da važi. Zakon o narodnoj skupštini donet je 28. oktobra 1858. godine. Inače, to je naš prvi zakon o Skupštini. Motivisan je „običajem narodnim koji od starina postoji, da se naš narod s vremena na vreme sakuplja na skupštinu poradi savetovanja o opštenarodnim delima". Narodna skupština se sastojala od narodom izabranih[20] i poslanika po položaju,[21] odnosno od 376 poslanika iz narodnog izbora i 63 poslanika po položaju, u ukupnom zbiru čak 459 članova. Ovakva skupština bila je skoro tri puta veća od stare srpske skupštine, veća za stotinak poslanika od Velike skupštine po starom srpskom ustavu (Jovanović, 1990: 213). Skupština je imala pravo da daje svoje mišljenje o predmetima za koje knez sa Savetom nađe za dobro da se preko ministra predlože skupštini, iznese pred vladu tegobe koje bi narod imao i da predloži sredstva da se one otklone, iznosi želje koje bi narod imao za podizanje državnog blagostanja, i način na koji bi se te želje izvršile i zadovoljile. Skupština je imala predsednika, potpredsednika i dva sekretara. Skupštinske sednice mogle su biti samo javne (Isto, 214). Dakle, nije bila zamišljena kao organ vlasti, već kao konsultativno telo.

V

Svetoandrejska skupština[22] otpočela je sa radom 1858. godine, na praznik po kome je i dobila ime, 30. novembra/12. decembra, a završila je svoj rad 31. januara/12. februara 1859. godine. Održano je 46 plenarnih sednica, a trajala je 60 radnih dana. Svetoandrejska skupština imala je svoj protokol, u koji su zavođeni svi predlozi i njene odluke, svoj pečat i svoju arhivu. Doneto je čak 385 odluka (Martinović, Brašić, 1937: 58–60).

revolucionarna gomila kao skupštine pre nje. Mislilo se da će biti najbolje, ako se, pre saziva Skupštine, izda jedan zakon koji će tačno odrediti njen sastav i njen način rada, koji će njenu eksplozivnu gomilu stegnuti u čvrste granice, i od njene haotične mase načiniti organizovano telo" (Jovanović, 1990: 212).

20 Poslanici iz narodnog izbora birali su se po okružnim varošima (neposredno) i po srezovima (posredno, preko poverenika).

21 Poslanike po položaju činili su: predsednici viših i nižih sudova, upravnik grada Beograda, okružni načelnici, okružni protojereji i iz svake eparhije jedan nastojatelj manastira.

22 Skupština se sastala 30. novembra na dan državne svetkovine. Tog dana bila je upriličena služba u crkvi, čestitanje u dvoru, a nakon toga je organizovan ručak za poslanike kod ,,Srpske krune". Zatim se pristupilo konstituisanju Skupštine. Predsednik skupštine bio je Miša Anastasijević, potpredsednik Stevča Mihailović, sekretari Jevrem Grujić i Jovan Ilić.

Na Skupštini su izneti mnogi zahtevi predstavnika okruga, varoškog i seoskog stanovništva, kao i pojedinačne žalbe. Primera radi, poslanici užičkog okruga zahtevali su smanjenje dažbina, ukidanje koševa, mere protiv zelenaša, zaštitu od zloupotreba (DAS, br. 232/1859); poslanici podrinjskog okruga izneli su žalbe protiv turskog stanovništva, zahvatanja zemljišta od bogataša i prevelikih dažbina (DAS, S, broj 248); crnorečki okrug predlagao je nove zakonske mere u raznim oblastima, kao što su problemi prestupnika, danka, puteva i šuma (DAS, S, br. 344), poslanici krajinskog okruga žalili su se na sveštenike i predstavnike vlasti (DAS, S, k br. 353); poslanici kruševačkog okruga zahtevali su poboljšanje stanja u trgovini, zemljoradnji, zanatstvu, saobraćaju (DAS, S 226/1859). Gradsko stanovništvo zahtevalo je: ograničavanje prava strancima (DAS, S, br. 150), zaštitu interesa domaćih trgovaca i zanatlija, reforme u poreskom sistemu, sudstvu (DAS, S, br. 56), ozakonjenje prava ženske dece na pristojno izdržavanje i udomljenje, prava žena u zadrugama, regulisanje verske obaveze, poboljšanje položaja učitelja i sudija (DAS, S, br. 217). Stanovnici seoskih opština izneli su žalbe na visoke arende na ribolov, zloupotrebe opštinskih koševa, ograničavanje broja dućana, zloupotrebe opštinskih izvršnih vlasti (DAS, S, br. 13); zloupotrebe sveštenika i sudija, zelenašenje, šumske uredbe, opštinske i državne činovnike (DAS, S, br. 255); na policijske mere (DAS, S, br. 355). Iako su svi ovi zahtevi izneti, Skupština nije imala mogućnosti da rešava o svim. Iz tog razloga je odlučeno da jedna uža skupštinska komisija pregleda sve predloge i dostavi Savetu i Vladi one koje su važni na dalje rešavanje.

Najveći značaj ove skupštine bilo je upravo jačanje svesti o narodnom suverenitetu. Svetoandrejska skupština značajna je što je nastojala da sama, po svom nacrtu, uzakoni svoj rad i ustali svoje postojanje kao jedan od organa vrhovne vlasti. Na ovoj skupštini podnet je nacrt Zakona o narodnoj skupštini, koji je sastavio Andrija Stamenković, a poslanicima tumačio Jevrem Grujić, inače sekretar skupštine. „Razumite braćo, projekat glasi, ne da predlažete no da postavite zakon. A kad narod može postaviti Knjaza, valjda može i postaviti zakon. Uostalom, to je starinsko pravo našeg naroda: da na skupštini postavi zakon, kako će se upravljati i suditi, i da postavi lica koja će upravljati i suditi." (Nacrt Zakona o Narodnoj Skupštini sa obrazloženjima Jevrema Grujića, 1858). Zakon je trebalo da donese sama Skupština, kao nosilac narodne suverenosti. Dakle, bez kneza i saveta koji su bili nosioci zakonodavne vlasti po važećem Ustavu. Jevrem Grujić je to pravdao na sledeći način: ,,Ako ponekad ko uzme ili

mu se poveri, te umesto naroda propisuje zakone, to ne smeta da onda i ono, kad, i što narod može i tene, da ga odma i sam uzakoni. Sad možete postaviti skupštinski zakon, a da ga narod oće, vi znate bolje no mi." (Isto). Po ovom nacrtu, Skupština je bila sastavljena isključivo od izabranih poslanika i sastajala se svake godine (Isto, čl. 13–14). Bez njenog pristanka nisu mogli da se donesu niti izmene zakoni o knezu, Savetu, ministrima, vrhovnom sudu i Narodnoj skupštini (Isto, čl. 5). Takođe, imala je pravo da ukine svaki zakon koji bi knez i savet izdali bez nje, a koji bi po mišljenju skupštine bio loš (Isto, čl. 10). Dakle, imala je potpunu zakonodavnu vlast. Skupština je imala i puno budžetsko pravo. Takođe, nikakvi novi porezi nisu mogli da budu ustanovljeni bez pristanka skupštine (Isto, čl. 8). Nacrtom je predviđena i ministarska odgovornost, i krivična i politička (Isto, čl. 12), kao i puni imunitet narodnih poslanika (Isto, čl. 32–33). Ovakva skupština bila bi pravi reprezent narodnog suvereniteta. Međutim, narodna skupština sa ovakvim nadležnostima nije odgovarala konzervativnim krugovima kojima je cilj bio svrgavanje kneza.[23] Oni su izdejstvovali da se nacrt zakona uputi jednoj komisiji, koja će ga u roku od dva dana pregledati i podneti skupštini svoje mišljenje. Pojedine odredbe su promenjene, a pojedini izrazi ublaženi. Npr., umesto ,,bez prethodnog odobrenja skupštine" – ,,bez prethodnog saslušanja skupštine", umesto ,,izdajnik je naroda" – ,,prestupnik je zakona". Od pune zakonodavne vlasti skupštine nije ostalo ništa (Ranđelović, Bartulović, 2012: 56). Izmenjen nacrt zakona Skupština je usvojila 8. decembra.

VI

Deseti decembar ostao je upamćen kao dan kojim je otpočelo kneževo svrgnuće. Nakon govora predsednika Skupštine, reč su uzimali poslanici koji su svojim govorima pozivali na odgovornost kneza Aleksandra Karađorđevića. Kada se atmosfera usijala do maksimuma, predsednik je upitao poslanike da li su za ostavku, na šta su svi poslanici odgovorili pozitivno. ,,Ostavka, ostavka", odzvanjalo je

23 Različite stavove o Nacrtu, imali su učesnici u dešavanjima, ali je generalan stav bio negativan. Ilija Garašanin i Miša Anastasijević nisu bili protiv ideje da se Skupštine drže redovno, ali su bili iznenađeni ovakvim zakonom. Stav beogradske inteligencije koji je bio u liberalnoj stranci, zamerao je Skupštini što pokušava da prisvoji sebi zakonodavnu vlast koja joj ne pripada i što skreće sa puta zakonitosti. Dvor nije odobravao liberalni projekat, ali je bio radostan što je iskrslo drugo pitanje koje skreće pažnju sa kneza. Jedino je Toma Vučić Perišić odobravao u svemu ovakav liberalan zakon. To je bilo u skladu sa njegovim težnjama da niko ne sme da bude slobodoumniji od njega.

Skupštinom. Predsednik je, zatim, sastavio jedan akt kojim se knez izveštavao o skupštinskoj odluci (Jovanović, 1990: 238). Knezu je napisano pismo u kome Skupština, y ime naroda, traži da knez podnese ostavku, a da svoju vlast preda Skupštini. „Narodna Skupština se nada da će Vaša Svetlost uvažiti ovaj glas naroda svog i za ljubav sreće, mira i spokojstva otečestva našeg i Vašeg svojevoljno se odreći vlade, pa kao što vam je 1842. skupština narodna vladu predala, tako da je i vi sad, Svetli Knjaže, skupštini i črez nju narodu povratite...“ Uz ovo pismo bila je priložena i ostavka koju je knez trebalo da potpiše. Jedna delegacija odnela je pismo knezu, ali je on odložio svoj odgovor za sutra. Ali sutrašnji dan ga nije zatekao u dvoru. Nakon razgovora sa savetnicima, koji su bili solidarni sa Skupštinom, knez se odvezao u grad i stavio pod zaštitu beogradskog vezira (DAS, Zaostavština Ilije Garašanina, 1073). Jedanaestog decembra, Skupština se sastala u devet ujutru. Poslanici su bili obavešteni o kneževom bekstvu, a Savet je i napismeno izjavio svoju solidarnost sa Skupštinom. Nakon toga predsednik je predložio da se knez zbaci sa prestola kao izdajnik, a Skupština je to odmah usvojila. Ubrzo zatim povelo se i pitanje ko će biti novi knez. ,,Hoćemo Miloša Obrenovića“, čulo se i u Skupštini i na ulici od okupljenog naroda. Postignuta je saglasnost da namesničku vlast vrši Skupština do dolaska Miloša Obrenovića.[24] Zatim je ta odluka saopštena i narodu. Dvanaesti decembar je otpočeo u Skupštini svađom između predsednika i sekretara Skupštine. Nakon rešavanja sukoba, pojavio se novi problem, rasterivanje Skupštine od strane vojske. Zapravo, pojedini savetnici su u kasarni izvikali povratak kneza Aleksandra Karađorđevića, dok je narod na ulicama klicao o Milošu Obrenoviću. Vojska je krenula ka Skupštini kako bi rasterala narod. U stvari, mislilo se da će vojska bez naoružanja uspeti da ih natera na povlačenje. Međutim, narod je uspeo da zadrži vojsku i u pobedničkoj razdraganosti klicao ,,Živeo Obrenović“ (Jovanović, 1990: 250–252). Zanimljivo je pomenuti ponašanje Saveta. Sutradan, 13. decembra, Savet je poslao Skupštini akt u kome je tvrdio da su njegovi članovi silom dovedeni od vojske u kasarnu i bili prinuđeni da napišu pismo 12. decembra kojim se knez Aleksandar poziva natrag na presto. Još zanimljivije, dvanaestog decembra Savet je opozvao sve što je radio

24 Sve je ovo bilo nepravilno. Skupština je trebalo da sačeka potvrdu njene odluke o zbacivanju kneza Aleksandra Karađorđevića od strane Saveta. Zapravo, nije ni mogla da proglašava novog kneza dok mesto starog kneza ne bi bilo i formalnopravno oglašeno za upražnjeno. Dalje, akt kojim je proglašen Miloš za kneza nije, takođe, važio bez savetske potvrde, što znači da nije ni mogao biti saopšten narodu dok Savet nije na to pristao.

na zbacivanju kneza. Dakle, jednom je tvrdio da je bio prinuđen gomilom ljudi, drugi put, vojnicima. Prema rečima Slobodana Jovanovića: ,,jedno telo koje, u roku od dvadeset četiri časa, dvaput opoziva svoje odluke, i dvaput priznaje napismeno da je radilo pod moranje, takvo telo vrši nad sobom akt političkog samoubistva" (Isto, 254). Trinaestog decembra, glavni vojni komandanti došli su u Skupštinu i izjavili da se vojska pridružuje narodu čime je knez Aleksandar Karađorđević konačno izgubio svaku mogućnost da se vrati na presto. Jedino se mogla očekivati pomoć od spolja, pre svega od Austrije i Turske. Porta je osuđivala aktivnosti Svetoandrejske skupštine, ali ne zbog zbacivanja kneza Aleksandra za koga je smatrala da ga je nemoguće održati, već zbog načina rada. Austrija, koja je držala svoje trupe blizu Varadina, nudila je pomoć Porti u ,,odbrani grada". Međutim, stav Francuske i Rusije koje su smatrale da bi takva intervencija bila protivna Pariskom ugovoru, sprečila je austrijski predlog. Porta je potvrdila faktičko stanje i izdala je berat kojim je pristala na izbor Miloša Obrenovića za kneza.

VII

Ishodi Svetoandrejske skupšine bili su: svrgavanje kneza Aleksandra Karađorđevića, povratak Miloša Obrenovića i faktičko razvlašćenje Saveta. Međutim, najveći značaj ove Skupštine bilo je jačanje svesti o narodnom suverenitetu.

Inicijative gradskog i seoskog stanovništva za sazivanjem Skupštine, predstavke i žalbe koje su podnošne, a potom i odluke koje su donošene govore u prilog tome. Nepodnošljivi uslovi u varošima i selima, kao i svest tamošnjeg stanovništva da bi problemi mogli da budu rešeni jedino na Skupštini, značajni su, kao i samo zasedanje Skupštine. Istina, do saziva ne bi ni došlo bez političke igre onih kojima je ona potrebna, ali je odlučujući uticaj, ipak, imao narod. Na Svetoandrejskoj skupštini izneti su zahtevi za reformom zakona o sudskom postupku, boljim obračunavanjem poreza, smanjivanjem sudskih i šumskih taksi itd. Na ovoj Skupštini nije doneta samo odluka o smeni kneza, već i odluke koje su se odnosile na zabranu zelenašenja, manje promene ustavnog karaktera, a najavljene su i brojne reforme u drugim oblastima.

Svetoandrejska skupština značajna je što je nastojala da sama, po svom nacrtu, uzakoni svoj rad i ustali svoje postojanje kao jedan od organa vrhovne vlasti. Iako su izvršene bitne izmene zakona i Skupština nije uspela da se ustali kao obavezan organ, pokazala je da se bez skupštine više ne može. O tome svedoče i reči kneza Miloša

Obrenovića koji je prilikom raspuštanja Skupštine odredio njeno novo održavanje o Maloj Gospojini iste godine. Svetoandrejska skupština je stvorila osnovu za ponovno oživljavanje narodne skupštine i principa narodnog suvereniteta. Zahvaljujući njenom radu, kasnije je donet Zakon o narodnoj skupštini kneza Mihaila iz 1861. upravo na skupštini – Preobraženskoj, a Ustav iz 1869. godine, poznatiji kao Namesnički, joj je konačno dao zakonodavnu vlast.[25]

Literatura i izvori

Grujić, J. (1922). Zapisi I, Srpska kraljevska akademija, Beograd.

Jovanović, S. (1990). Ustavobranitelji i njihova vlada (1838–1858), BIGZ, Beograd.

Lukić, R. (1953). Teorija države i prava, Naučna knjiga, Beograd. Lok, Dž. (2002). Dve rasprave o vladi, Utopija, Beograd.

Martinović, Č., Brašić, N. M. (1937). Jugoslovenske narodne skupštine i sabori, Izdanje Narodne skupštine Kraljevine Jugoslavije, Beograd.

Radenić, A. (1964). Svetoandrejska skupština, Naučno delo, Beograd.

Ranđelović, N., Bartulović, Ž. (2012). Osnovi ustavne istorije jugoslovenskih naroda, Centar za publikacije Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, Niš.

Ruso, Ž. Ž. (1993). Društveni ugovor, Filip Višnjić, Beograd.

Izvori

DAS, br. 232/1859.

DAS, Iz zaostavštine Ilije Garašanina, 1073.DAS, M. F. k br. 746/1858.

DAS, MUD, 7. X br. 93/1858.

DAS, MUD, PF VI br. 140/1858.

DAS, MUD, Pf VII, br. 67/1858.

DAS, MUD, PF. VII br. 17/1858.

DAS, S 226/1859.

DAS, S, br. 13.

DAS, S, br. 150.

DAS, S, br. 217.

DAS, S, br. 255.

25 Vidi: Mitić, S (2024). ORGANSKI ZAKONI – SREDSTVO DINAMIKE PRIMENE USTAVA – pravnoistorijski osvrt. Tematski zbornik radova Dinamika savremenog pravnog poretka, Kosovska Mitrovica.

DAS, S, br. 344.
DAS, S, br. 355.
DAS, S, br. 56. DAS,
S, broj 248.DAS, S,
k br. 353.
Državopis Srbije I. (1863). Beograd.
Nacrt Zakona o Narodnoj Skupštini sa obrazloženjima JevremaGrujića. (1858).
Prepis, AII, Inv. br. 24/118 XXIV/3.
Prepis, AII, Inv. br. 24/122 XXIV/3.
Sbornik zakona i uredaba II. (1845).

Doc. Sara Mitić, LL.D.,
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš,
Republic of Serbia

THE PRINCIPLE OF NATIONAL SOVEREIGNTY THROUGH THE LENS OF SAINT ANDREW'S DAY NATIONAL ASSEMBLY

Summary

The power that comes from the people and the power that belongs to the people is a principle that arose after the French bourgeois and American revolutions. In Serbia, it found its expression at the famous St. Andrew's Day National Assembly (1858). Although the national assembly was not envisaged in the legislation, under the Turkish Hatiserif (the Constitution of 1838), all political actors, the prince, the council oligarchy and supporters of the Obrenović dynasty saw a possible way out of the current political situation in convening this assembly. In this context, the paper first provides a historical overview of national assemblies in Serbia, including an insight into the political events preceding the St. Andrew's National Assembly (the rule of the Defenders of the Constitution, Tenka's conspiracy, and the adoption of the Law on the National Assembly of 28 October 1858). The author elaborates on the dissatisfactions of all factors in the country, the urban and rural population, certain authorities and the leading political forces, and discusses the circumstances that accelerated the convening of the National Assembly on St. Andrew's Day (30th November 1858). The reasons that contributed to the final decision on convening the Assembly can be seen through the letters exchanged by some actors of these events. The central part of the paper focuses on the process of convening St. Andrew's Day National Assembly in Belgrade and its subsequent sessions (from 30 November 1858 to 31 January 1859), including presentations of viewpoints and request, and the events during the three-day revolution (10th -12th December 1858). Then, the author discusses the outcomes of St. Andrew's Day National Assembly: the overthrow of Prince Aleksandar Karađorđević, the return of Prince Miloš Obrenović, and de facto disempowerment of the Council. St. Andrew's Day National Assembly contributed to legalizing the work of the national assembly as one of the bodies of the supreme authority but the most important outcome was the strengthening of people's awareness about national sovereignty.

Keywords**:** *principle of national sovereignty, Saint Andrew's Day National Assembly (1858), Law on the National Assembly (1858).*

UDK: 347.77+658.512.2 originalni naučni rad
Rad primljen: 09.05.2024.
Rad prihvaćen: 04.11.2024.

Dr Nikola Milosavljević, [*]
Docent,
Pravni fakultet, Univerzitet u Kragujevcu,Republika Srbija

DOI: 10.5937/zrpfn1-50937

KUMULACIJA SUBJEKTIVNIH PRAVA INTELEKTUALNE SVOJINE SA POSEBNIM OSVRTOM NA KUMULACIJU PATENTA I PRAVA NA INDUSTRIJSKI DIZAJN[**]

Apstrakt*: Kumulacija subjektivnih prava intelektualne svojine predstavlja oblast sve većeg interesovanja naučne javnosti. Kumulacije mogu biti od velikog značaja imajući u vidu novi tehnološki razvoj i potrebu da se intelektualne kreacije zaštite na adekvatan način. Međusobni odnosi između različitih prava intelektualne svojine predstavljaju oblast koja nije u dovoljnoj meri obrađena niti sistematizovana. Stoga autor u radu analizira postojeća znanja o kumulacijama prava intelektualne svojine, a nakon toga se fokusira na konkretnu analizu kumulacije patenta i prava na industrijski dizajn primenom komparativnog i pravno-dogmatskog metoda. Autor na ovaj način želi da ukaže na značaj koji kumulacije mogu imati za uređenje odnosa u oblasti intelektualne svojine i posebno za utvrđivanje obima zaštite.*

Ključne reči: *kumulacija, kolizija, konvergenca, kumulacija patenta i prava na industrijski dizajn, sličnosti i razlike patenta i prava na industrijski dizajn.*

[*] nklmilosavljevic@gmail.com, ORCID 0000-0003-0208-2807

[**] Rad je rezultat naučnoistraživačkog rada autora u okviru Programa istraživanja Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu za 2024. godinu, koji se finansira iz sredstava Ministarstva nauke, tehnološkog razvoja i inovacija Republike Srbije.

1. Uvod

Svako od subjektivnih prava intelektualne svojine generalno gledano se karakteriše brojnim specifičnostima, zbog kojih ona nemaju puno zajedničkih karakteristika. Stoga je daleko opravdanije govoriti o sličnosti i razlikama između pojedinačnih prava nego tražiti zajedničke elemente koji su karakteristični za sva subjektivna prava intelektualne svojine. Sličnosti i razlike između pojedinačnih subjektivnih prava predstavljaju preduslov za postojanje polja preklapanja u zaštiti između pojedinačnih prava intelektualne svojine. Kako bi ovo potencijalno moglo izazvati određene tržišne, ali i druge društvene konflikte, potrebno je odnose između prava zasnovati na principima koegzistencije u zaštiti (Huber, 2015: 47). Stoga postoji teorijska, ali i praktična potreba ispitati međusobne odnose, sličnosti i razlike kao i preklapanja u poljima zaštite subjektivnih prava intelektualne svojine.

Rad koji sledi je podeljen na opšti i poseban deo. U opštem delu se razmatraju pojam, razlozi za postojanje i dozvoljenost kumulacija u cilju postizanja određenog stepena sistematičnosti i stvaranja osnove za dalje razmatranje. Nakon toga u posebnom delu se analiza prenosi na teren kumulacije patenta i prava na industrijski dizajn kako bi se ispitao njen značaj i potencijalna opasnost za konkurenciju.

2. O kumulacijama prava intelektualne svojine uopšte

2.1. Pojam i vrste kumulacije

U teoriji postoji više termina kojima se obeležava preklapanje u polju zaštite prava intelektualne svojine. U anglosaksonskoj teoriji preovlađujući je pojam „preklapanje“ (eng. *overlap*) prava. Međutim, kontinentalno-evropska teorija se pretežno koristi pojmom „kumulacija“ (eng. *cummulation*, nem. *Kumulation, Schutzkumulation*) prava, kao latinskim terminom. Pored toga, često korišćeni termini su kongruenca (eng. *concurrence*, nem. *Kongruenz*) i konvergenca (eng. *convergence*, nem. *Konvergenz*) prava intelektualne svojine. Neretko se koristi i pojam konflikt prava intelektualne svojine (eng. *conflict,* nem. *Gegensatz*, *Konflikt*) ili kolizija prava intelektualne svojine (eng. *collision,* nem. *Kollision*). Međutim, iako su svi navedeni pojmovi donekle vezani za preklapanje u polju zaštite različitih prava intelektualne svojine, teoretičari se ne slažu u potpunosti oko njihovog značenja.

Derklaje (*Derclaye*) smatra da je pojam preklapanje (*overlap*) ili kumulacija (*cummulation*) najširi, i da pod njim treba razumeti

celokupnu pojavu pri kojoj se više prava intelektualne svojine primenjuje na isti fizički objekat, zbog postojanja delimične ili potpune sličnosti materijalnog prava. Pritom vrši razlikovanje simultane kumulacije ili kongruencije (*simultaneous cummulation*, *con- currence*), kod koje se oba prava intelektualne svojine primenjuju ili mogu primeniti istovremeno, i sukcesivne kumulacije (*subsequent*, *consecutei- ve, a posteriori cummulation),* kod koje se primenjuje najpre jedno, pa drugo subjektivno pravo intelektualne svojine na isti predmet zaštite. Sem toga, definiše i pojam tzv. negativnog preklapanja (*negative overlap*), kod koga jedno pravo može da opstane, ali mu drugo svojim uslovima zaštite ili obimom to onemogućava. Od ovoga se razlikuje pojam „sukoba ili konflikta pravnih režima", koji koristi za označavanje situacije kada u slučaju postojanja simultane kumulacije primena različitih prava intelektualne svojine dovodi do rezultata koji ne mogu biti usklađeni. Osim tri navedene – glavne vrste preklapanja – navedeni autor razlikuje i druge vrste kumulacije. Tako postoji subjektivna kumulacija (*subjec- tive cummulation*), kod koje dva ili više prava intelektualne svojine regulišu istu materiju, ali ta prava pripadaju različitim osobama, dok kod objektivne kumulacije (*objective cummulation*) više prava reguliše istu materiju, ali ona ne pripadaju različitim, već istim licima. S druge strane, pojam konvergenca (*convergence*), autor objašnjava kao pojavu da dva prava intelektualne svojine imaju ne samo sličnu materiju koju štite, već su i njihova pravila ujednačena. Razlikuje se asimetrična, simetrična i negativna konvergenca. Pod asimetričnom konvergencom (*asymmetric convergence*) ovaj autor razume pojavu da se dva subjektivna prava slažu u cilju njihovog propisivanja i delimično u rezultatima zaštite, ali se ne slažu u svim delovima (npr. imaju različita ograničenja). Simetrična konvergenca (*symmetric conver- gence*), koju naziva i pozitivnom konvergencom (*positive convergence*), s druge strane, podrazumeva da se prava intelektualne svojine ne slažu samo u pogledu predmeta, uslova zaštite i sadržine, već i u pogledu ograničenja. Konačno, negativna konvergenca (*negative convergence*) ili konvergencija isključenja (*exclusionary convergence*), nije antonim pozitivne konvergence, već podrazumeva situaciju gde nijedno od prava intelektualne svojine ne štiti određeni predmet zaštite usled čega on ostaje u javnom domenu (Derclaye, 2011: 3–4).

Dinvudi (*Dinwoodie*), s druge strane, pojam konvergence (*convergence*) smatra najširim, i razlikuje konvergenciju tipa A, B, C i D. Pod konvergencom tip A podrazumeva preklapanje (*overlap*) u pogledu zaštićene materije, odnosno da dva ili više prava intelektualne svojine štite istu materiju, do koje dolazi zbog širenja zaštite

prava izvan njihovih tradicionalnih oblasti i proliferacijom novih prava. Konvergenca tip B se odnosi na prirodu subjektivnih prava. Ova konvergenca zapravo podrazumeva približavanje između prava intelektualne svojine u pogledu funkcija koje ona obavljaju na tržištu i do koje dolazi zbog toga što se pravima intelektualne svojine pripisuju i funkcije koje do tada nisu imala. Konvergenca tip C podrazumeva sličnost prava intelektualne svojine u pogledu normi, odnosno pravnog regulisanja. U zakonodavstvu postoji trend oslanjanja na druga prava intelektualne svojine u regulisanju, pa su često i norme koje postoje slične u različitim pravnim režimima, gde postojeći modeli za jedno pravo intelektualne svojine bivaju korišćeni i za druga prava intelektualne svojine. Konačno, konvergencu tipa D, autor drugačije naziva kumulacijom prava (*cummulation of rigths*), pod kojom podrazumeva pojavu da je moguće istu materiju štititi sa više prava intelektualne svojine. Iako, se suštinski ova konvergenca odnosi na konvergencu tip A, razlika je u tome što prva samo podrazumeva prosto preklapanje u zaštiti, dok se ova tiče dozvoljenosti tog preklapanja u zaštiti prema zakonu (Dinwoodie, 2005: 6–12).

Kvedvlig (*Quaedvlieg*) razlikuje dva osnovna pojma: kongruenciju (*concurrence*) i konvergencu (*convergence*). Pod prvim se podrazumeva konkurencija subjektivnih prava u istom predmetu zaštite, odnosno da više prava može da zaštiti isti predmet zaštite. Pritom, autor razlikuje situaciju u kojoj različita prava intelektualne svojine štite različite aspekte istog fizičkog objekta i situaciju gde više prava intelektualne svojine štiti isti aspekt fizičkog objekta. S druge strane, konvergenca podrazumeva situaciju gde se režimi prava intelektualne svojine približuju, kako bi se ostvarila veća harmonija u primeni prava. Autor razlikuje pozitivnu i negativnu konvergencu. Pozitivna konvergenca (*positive convergence*) podrazumeva situaciju gde ne postoji samo konkurencija više režima u pogledu predmeta zaštite, već i da se pravni režimi približavaju (konvergiraju), u harmonizovani ili uniformni oblik zaštite. Suštinski ovim se omogućava kumulacija (*cummulation*), odnosno da se isti predmet zaštite štiti sa više prava intelektualne svojine. Negativna konvergenca (*negative convergence*) s druge strane podrazumeva situaciju da potencijalno konkurišući režimi konvergiraju, odnosno se usaglašavaju u isključivanju iz zaštite određenih predmeta zaštite. Autor pritom pravi razliku između apsolutne i relativne negativne konvergence. Apsolutna konvergenca podrazumeva da se sva prava intelektualne svojine slažu u tome da određeni predmet zaštite ne treba zaštititi, zbog čega on ostaje u javnom domenu. Relativna negativna kovergenca podrazumeva da su

pravila tako uređena da samo jedno pravo intelektualne svojine štiti određeni predmet zaštite, dok su svi ostali isključeni. Za razliku od Derklaje, ovaj autor ipak smatra da je negativna konvergenca antonim pozitivnoj (Quaedvlieg, 2004: 23–27).

Kur (*Kur*) se pretežno koristi pojmom kumulacija (nem. *Kumula- tion*, *Überlagerung*) pod kojim podrazumeva primenu različitih prava intelektualne svojine na isti predmet zaštite. Pored već pomenute razlike na sukcesivnu i simultanu kumulaciju, u istom značenju kao kod Derklaje, Kur pravi razliku i između kumulacije u širem smislu, kumulacije u užem (srednjem) smislu i kumulacije u najužem smislu. Kumulacija u širem smislu (*Kumulation in weiterem Sinne*) se dešava u svim situacijama kada se dva ili više prava odnose na isti fizički objekat. Kumulacija u užem ili srednjem smislu (*Kumulation im mittleren Sinne*) postoji u slučaju kada postoji ne samo sličnost u pogledu fizičkog objekta na koji se prava intelektualne svojine odnose nego i u pogledu aspekta koji je zaštićen, ali ne i u pogledu objekta zaštite. Konačno, kumulacija u najužem smislu (*Kumulation im engsten Sinne*) postoji onda kada postoji preklapanje i u pogledu aspekta fizičkog objekta na koje se pravo intelektualne svojine odnosi, ali i u pogledu samog objekta zaštite (Kur, 2018: 330).

U našoj pravnoj teoriji je odomaćen pojam kumulacije. Pod njom se podrazumeva da postoje dva ili više prava intelektualne svojine sa istim predmetom zaštite. Takođe, razlikuje se sukcesivna kumulacija i simultana kumulacija. Prema stavu zauzetom u našoj teoriji može biti dozvoljena samo sukcesivna kumulacija, dok se u slučaju simultane titular mora odlučiti za utuženje po jednom pravu (Miladinović, 2009: 125). Pored ovog pojma, naše pravo poznaje i pojam kolizije prava, pod kojim se podrazumeva situacija da se jedan predmet zaštite štiti sa više prava intelektualne svojine koja pripadaju različitim licima, ali da se prevaga daje titularu ranijeg prava (Vlašković, 2011: 230). Radi jasnoće, a i sledeći primere iz naše pravne teorije, mi ćemo u radu kao opšti pojam koristiti pojam kumulacije, dok ćemo subjektivnu kumulaciju nazivati kolizijom, a objektivnu kumulacijom u užem smislu radi razlikovanja.

2.2. Razlozi i dopuštenost kumulacije

Razlozi za pojavljivanje kumulacije mogu biti različiti. U teoriji se često idealizuje da u periodu kada su postojali samo autorsko pravo, patent i žig nisu postojala preklapanja. Uvođenjem *sui generis* prava ova slika počinje da se menja, jer je došlo do disbalansa u odnosima između osnovnih prava (Derclaye, 2011: 312, Dinwoodie, 2005: 7, Quaedvlieg, 2004:

24). Pitanje je koliko je ovo shvatanje opravdano. Nije jasno zašto bi se navedena tri prava smatrala osnovnim. Pravo na industrijski dizajn je, kao *sui generis* pravo, nastalo gotovo u isto vreme kada i navedena prava. Sem toga, akreacija, odnosno stvaranje novih prava bi načelno doprinelo boljem prilagođavanju odnosa između prava. Drugi razlog koji se takođe navodi jeste činjenica da su prava intelektualne svojine počela da obuhvataju materiju koja tradicionalno ne spada u materiju prava intelektualne svojine (Dinwoodie, 2005: 6). Tako su pod autorsko pravo, pomalo veštački, podvedeni računarski programi, dok je obim žiga sve širi. Ovo bi donekle moglo da objasni razlog povećanog broja kumulacija, budući je granica među pravima sve nejasnija. Kur ističe da kumulacije načelno ne moraju biti ni pozitivna ni negativna pojava, ali da nastaju ukoliko postoji određeni disbalans u propisivanju pojedinih prava u pogledu uslova zaštite, obima, sadržine ili drugog. Stoga je u rešavanju kumulacije najpre neophodno pokušati vratiti balans u odnose među pravima, pa tek ukoliko to ne uspe, posezati za legislativnim zabranama (Kur, 2008: 616). Osim toga, isti autor na drugom mestu ukazuje da disbalans može postojati i u pogledu funkcije koju određeno subjektivno pravo ima u pravnom sistemu (Kur, 2001: 24– 25). Ipak postoje dva osnovna ekonomska razloga zbog kojih dolazi do kumulacija. Jedan je želja titulara da maksimizuju ekonomski efekat priznatih prava i ubiraju dodatne prihode, a drugi se tiče sve većeg povezivanja marketinga i kulture (Quaedvlieg, 2004: 24–25).

Osim terminološkog i kazuističkog pojašnjenja, na ovom mestu je neophodno da se osvrnemo i na pitanje poželjnosti i dopuštenosti kumulacije. Treba reći da ni u jednom zakonu ne postoji načelna zabrana svih kumulacija niti su one načelno dozvoljene za sva prava intelektualne svojine (Kur, 2008: 615). Mogućnost kumulacije se rešava na nivou svake pojedinačne kumulacije. Potrebno je analizirati kumulaciju svih prava ponaosob, budući da je svaka od njih posebna pojava. Drugo je pitanje da li su kumulacije kao pojava poželjne sa tržišnog i opšteg društvenog aspekta. Osnovni problem koji se sa stanovišta poželjnosti pojave ističe jeste činjenica da se omogućavanjem kumulacije sprečava prelazak intelektualnih dobara u javni domen, čime se suštinski sputava jedan od efekata ili ciljeva priznanja prava intelektualne svojine, a to je privredni i tehnički razvoj. Naime, deo prava intelektualne svojine koji se odnosi na inovacije, ima predviđene rokove trajanja sa jasnim ciljem da zaštićeno dobro, nakon namirivanja troškova razvoja i istraživanja, pređe u javni domen. Time se ostavlja prostor za dalji privredni i tehnički razvoj, budući da se postojeće inovacije koriste za razvijanje novih (Geier, 2015: 122–125, Derclaye, 2011: 307, Ohly, 2018:

116). Pored toga, u teoriji je ukazano da osim tehničkog razvoja, koji je po svojoj prirodi linearan, postoji i tzv. kulturni razvoj, koji je za razliku od tehničkog cikličan, budući da se stara dostignuća uvek iznova obnavljaju. Dok se tehnički razvoj obezbeđuje patentom, kulturni razvoj se obezbeđuje autorskim pravom i pravom industrijskog dizajna. Kako bi ovaj razvoj neometano tekao, potrebno je da po isteku roka zaštite predmeti zaštite pređu u javni domen, kako bi se koristili za dalji razvoj. Stoga sukcesivna kumulacija, koja se najčešće ostvaruje žigom, dovela bi do tzv. „rashlađujućeg dejstva" (eng. *chilling effect*) po privredni razvoj, budući da bi dalji razvoj bio usporen (Senftleben, 2021: 202). Prelazak duhovnih dobara u javni domen je neophodan i sa stanovišta interesa javnosti, jer je neophodno omogućiti da zakoni konkurencije snize cenu proizvodu, kako bi postao dostupan najširem mogućem krugu potrošača (Derclaye, 2011: 307). Zatim, kumulacija može biti problematična i sa tzv. ekonomskog aspekta. Naime, rok trajanja prava intelektualne svojine je propisan imajući u vidu neophodnost namirenja troškova razvoja i istraživanja. Cilj priznavanja privremenog monopola jeste prvenstveno u tome da se ovi troškovi nadoknade. Gubljenjem ili ublažavanjem svojstva privremenosti, može lako doći do toga da se ovaj pozitivni monopol izmetne u negativni, koji je potencijalno opasan za konkurenciju. Na ovaj način se omogućava titularu da on pribira ekstra prihode, koji nisu bili neophodni za namirenje troškova razvoja i istraživanja, čime on postepeno može doći do monopolske pozicije u određenom privrednom sektoru. Često je u teoriji zanemaren i efekat pravne nesigurnosti koju kumulacije stvaraju. Konkurenti nikada ne mogu biti u potpunosti sigurni da će, nakon što je zaštita za pravo istekla, moći da se koriste i imitiraju zaštićeno dobro. Uvek postoji opasnost da će ih titular isteklog prava po osnovu nekog drugog prava tužiti i onemogućiti u korišćenju dobra (Geier, 2015: 98–101). Dalje, postojanje kumulacije u vidu kolizije može dovesti do određenih poremećaja na tržištu, imajući u vidu da je neodrživa situacija da na istom predmetu zaštite dva ili više lica ostvaruju simultanu zaštitu, te je ovu situaciju neophodno rešiti (Ohly, 2018: 111). Simultana kumulacija može biti sporna i sa aspekta proširivanja obima zaštite. Naime, kao i rok trajanja, i obim zaštite je propisan imajući u vidu ciljeve i funkcije svakog specifičnog prava. Omogućavanjem potencijalno šireg obima, u okvirima drugog prava intelektualne svojine od matične oblasti za taj predmet zaštite, mogu se ostvariti određeni negativni efekti.

Sva ova potencijalno negativna dejstva nisu dovoljna za generalnu zabranu svih oblika kumulacije. Naprotiv, kumulacija je čak tretirana

kao poželjna budući da se time više izlazi u susret titularima prava. Stoga se, umesto opšte zabrane, predviđaju samo pojedinačne zabrane u onim situacijama kada je to neophodno radi zaštite konkurencije ili drugog zaštićenog interesa. Ipak, prema jednom od stavova moguće je postaviti nekoliko principa na kojima je zasnovano tretiranje i ograničavanje kumulacija uopšte. Reč je o principu prioriteta, prema kome se prednost daje ranijem pravu u odnosu na kasnije, principu slobode kretanja roba i usluga i principima slobode trgovine i slobode preduzetništva (Derclaye, 2011: 309). Svi navedeni principi moraju biti uzeti u obzir prilikom propisivanja prava i posebno kultivisanja odnosa prava intelektualne svojine sa drugim pravima.

3. Kumulacija prava na industrijski dizajn i patenta

3.1. Sličnost patenta i prava na industrijski dizajn

Sličnost možemo posmatrati kako sa aspekta predmeta zaštite, ali i na nivou prirode prava, uslova, obima, postupka i roka zaštite i drugog. Ipak sličnost odnosno razlika zavisi i od konkretnog pravnog sistema koji se obrađuje, te ono što je sličnost u jednom sistemu može biti razlika u drugom i obrnuto.

Predmeti zaštite industrijskog dizajna i patenta imaju određene dodirne tačke iako se u osnovi razlikuju. Predmet zaštite patenta je pronalazak, odnosno privredno primenljivo uputstvo o nužnim i dovoljnim uslovima koji su potrebni da se silom prirodnog kauzaliteta ostvari posledica koja predstavlja novo rešenje tehničkog problema (Šokinjov, 2023: 36). Patentom se, pored uređaja, mogu štititi i hemijske supstance, mikroorganizmi, biološki materijali, pronalasci postupaka i pronalasci primene. Za većinu ovih pronalazaka je relativno teško uočiti sličnost sa dizajnom. Međutim, kada je reč o malom patentu određene sličnosti se mogu uočiti. Članom 163 Zakona o patentima, pre poslednjih izmena, bilo je definisano da je predmet pronalaska koji se štiti malim patentom rešenje koje se odnosi na konstrukciju nekog proizvoda ili raspored njegovih sastavnih delova.[1] I u uporednom pravu se može naići na slične definicije. Tako je predmet zaštite korisnog modela (kako se drugačije naziva mali patent) prema finskom pravu

1 Čl. 163, st. 2 Zakona o patentima, *Sl. glasnik RS*, br. 99/2011, 113/2017 – dr. zakon, 95/2018, 66/2019. Ova definicija je izbrisana novelama iz *Sl. glasnik RS* br. 123/2021. Imajući u vidu da je navedena definicija predstavljala glavni kriterijum razlikovanja patenta i malog patenta prema sadašnjem rešenju je nejasno šta će se štitit patentom, a šta malim patentom, budući da definicija iz čl. 163, st. 1 Zakona o patentima suštinski odgovara i pronalasku koji se štiti patentom.

tehničko rešenje koje je otelotvoreno u obliku ili izgledu uređaja, koji je komercijalno upotrebljiv. Grčko pravo predviđa da je predmet korisnog modela novi, industrijski primenljivi, trodimenzionalni objekat specifičnog izgleda ili oblika, poput alata, instrumenta, uređaja, ili njihovih delova. Po italijanskom pravu korisnim modelom se štite novi oblici kojima se ostvaruje posebna efektivnost ili ergonomičnost na mašini ili delu mašine, opremi, alatima ili predmetima uopšte, bilo oblikom, pozicioniranjem, konfiguracijom ili kombinacijom delova. Španско pravo predviđa zaštitu korisnim modelom za instrumente, aparaturu, alate, mehanizme, predmete ili delove predmeta, koji se štite zbog svog spoljnog izgleda ili funkcije (Suthersanen, 2000: 368–388). Dizajn predstavlja dvodimenzionalni ili trodimenzionalni izgled celog proizvoda.[2] Imajući u vidu da se u definiciji dizajna iz harmonizovanog prava ne insistira na estetskim elementima, ovaj pojam je bliži pojmu predmeta malog patenta, budući da se i jedan i drugi odnose na strukturu i izgled proizvoda. Drugim rečima, na nivou prostog jezičkog tumačenja, gotovo da se ne bi mogla uočiti razlika između predmeta malog patenta (korisnog modela) i industrijskog dizajna, budući da i jedan i drugi predstavljaju nov, specifičan izgled određenog proizvoda. Treba naglasiti da izgled proizvoda takođe potencijalno može biti zaštićen i patentom ako su za to ispunjeni uslovi. Ova sličnost omogućava da se u nekim pravnim sistemima predmet zaštite malog patenta i patenta štiti i pravom na industrijski dizajn. Osim toga, Zakonom o pravnoj zaštiti industrijskog dizajna je priznata mogućnost da se prijava za priznanje prava na dizajn pretvori u patentnu prijavu ili prijavu malog patenta,[3] što takođe svedoči o sličnosti predmeta zaštite.

Više sličnosti možemo registrovati na ostalim nivoima poređenja. Razlog za ovo je činjenica da je pravna zaštita industrijskog dizajna izgrađivana sa osloncem na patentni sistem zaštite. Tako u pogledu uslova zaštite, novost je priznata kao uslov za priznanje patenta i uslov za priznanje prava na industrijski dizajn. I u jednom i u drugom slučaju se podrazumeva da takav oblik do sada nije bio poznat, tj. da se ne nalazi u stanju tehnike odnosno dizajna. U američkom pravu i sistemima koji primenjuju potpuni patentni pristup u zaštiti, pored uslova novosti, sličnost postoji u pogledu inventivnog nivoa, odnosno neočiglednosti, koji se kao uslov primenjuje u oba sistema. Konačno,

2 Čl. 2, st. 1 Zakona o pravnoj zaštiti industrijskog dizajna, *Sl. glasnik RS*, br. 104/2009, 45/2015 i 44/2018 – dr. zakon.

3 Čl. 35 Zakona o pravnoj zaštiti industrijskog dizajna, *Sl. glasnik RS*, br. 104/2009, 45/2015 i 44/2018 – dr. zakon.

ranije italijansko pravo, španско, nemačko pa i jugoslovensko pravo je predviđalo i postojanje uslova industrijske primenljivosti kao uslova za priznanje prava na industrijski dizajn, a isti uslov je predviđen i za zaštitu pronalaska patentom.

Možda i najveću sličnost između prava na industrijski dizajn i patenta možemo uočiti u oblasti postupka zaštite. Naime, u sistemima poput našeg, američkog ili britanskog, sličnost je više prisutna. Postupak priznanja prava na industrijski dizajn je suštinski patentni postupak, u kome prepoznajemo gotovo sve faze i radnje postupka zaštitne patenta uz određene primese kojima se on prilagođava dizajnu kao predmetu zaštite. U sistemima depozita, kakva je većina evropskih sistema, mnogo je teže uočiti sličnost. Generalno gledano, i ovaj sistem je građen po ugledu na postupak zaštite patenta, s tim da je u manjoj ili većoj meri, postupak suštinskog ispitivanja ograničen. Ipak, postupak zaštite malog patenta je u većini sistema uređen tako da je izostavljano suštinsko ispitivanje, te bi stoga opet na nivou malog patenta bilo lakše uočiti sličnost. Takođe i kod pojedinačnih instituta postupka poput prava prvenstva, prava iz prijave, formalnog ispitivanja, ispitivanja novosti, u određenoj meri i kod sadržine prijave mogu se uočiti izvesne sličnosti.

Orginarni subjekt prava na industrijski dizajn i patenta je lice koje je stvorilo pronalazak odnosno dizajn. Ipak, kako se i jedna i druga tvorevina prvenstveno eksploatiše u privredi, to je i u jednom i u drugom slučaju ostavljena mogućnost da se kao podnosilac prijave i nosilac prava javi drugo lice, koje ne mora dokazati osnov za podnošenje prijave već samo dati izjavu o tome. U pogledu titulara dizajna nastalog u radnom odnosu, identitet je potpun, imajući u vidu da je predviđena shodna primena pravila iz patentnog prava, što nije retkost ni u drugim pravnim sistemima.

Ovlašćenje na korišćenje industrijskog dizajna je slično ovlašćenju nosioca patenta na korišćenje pronalaska, premda je šire po dejstvu, dok takođe postoji i mogućnost raspolaganja pravom na industrijski dizajn pod istim uslovima kao i patentom. Sličnost se vidi i u jedinom ličnopravnom ovlašćenju koje je povereno i autoru dizajna i pronalazaču, a to je da budu u prijavi ispravama i registru navedeni kao autor odnosno pronalazač. Obim poverenih ovlašćenja u okviru sadržine prava na industrijski dizajn je uređen po ugledu na patentni sistem. Pravo na industrijski dizajn predstavlja „potpuni monopol“ kao i patent. Propisivanje ovakve zaštite, a ne samo zaštite od kopiranja, je uslovljeno sprovedenim postupkom suštinskog ispitivanja i posebno rešeršom na novost. U tom domenu je možda i najvažnija

razlika u odnosu na mali patent, budući da do sprovođenja postupka suštinskog ispitivanja, prava iz malog patenta nisu utuživa. Sličnost u pogledu obima prava bi se eventualno mogla ogledati i u tome što je obim patenta, kao i prava na industrijski dizajn, određen elementima prijave. U slučaju patenta to je patentni zahtev, a u slučaju prava na industrijski dizajn – prikaz. Ograničenja se u priličnoj meri poklapaju budući da je katalog ograničenja građen po ugledu na patent. Tako, kod oba prava prepoznajemo ograničenje upotrebe za lične i nekomercijalne svrhe, u eksperimentalne svrhe, za potrebe međunarodnog saobraćaja, kao i pravo ranijeg korisnika. Trajanje prava i način prestanka su na približan način uređeni, budući da patentno pravo traje 20 godina, a pravo na industrijski dizajn najduže 25 godina.

3.2. Razlike patenta i prava na industrijski dizajn

Videli smo da patent i pravo na industrijski dizajn imaju brojne tačke dodira. Međutim, prisutne su i razlike, što na kraju krajeva i rezultira priznavanjem *sui generis* prava na industrijski dizajn u većini pravnih sistema. Ukoliko ovo detaljnije razmotrimo, uočićemo da u svim onim aspektima u kojima nalazimo sličnost prava na industrijski dizajn i patenta možemo naći i razlike.

Najveća razlika se suštinski ogleda u predmetu zaštite. Kao što smo naveli, pronalazak koji je predmet zaštite patenta predstavlja rešenje tehničkog problema. Dizajn je s druge strane dvodimenzionalni ili trodimenzionalni izgled celog proizvoda. Jasno je da je predmet zaštite patenta značajno širi. Pronalasci poput hemijskih supstanci i mikroorganizama ostaju nedostižni za zaštitu pravom na industrijski dizajn, a takođe se ne mogu štiti ni pronalasci postupka.[4] U domenu malog patenta se mogu naći izvesne sličnosti, budući da se on odnosi na strukturu ili raspored elemenata ili izgled proizvoda, a to važi i za pronalazak strukture zaštćen patentom, kada su ispunjeni uslovi. Ipak radi jasnog razdvajanja, kako bi se određeni izgled, odnosno raspored ili konstrukcija elemenata kvalifikovao za zaštitu, on mora predstavljati rešenje određenog tehničkog problema. Tu se u cilju razlikovanja dizajna i pronalaska upravo uvodi uslov nefunkcionalnosti, a kojim se zapravo zabranjuje da dizajn ima isključivo tehnički karakter. U američkom pravu je čak potrebno utvrditi da je dizajn ornamentalan, odnosno estetski, što je jedan od uslova propisanih za zaštitu patentnom za dizajn. Pojačan zahtev u domenu estetičnosti u američkom pravu, iako

4 Interesantna je međutim mogućnost da se patentom mogu zaštiti postupci za dobijanje određenog dizajna. (Derclaye, 2011: 77).

je poguban za moderan dizajn, indukovan je činjenicom da je i dizajn zaštićen patentom, te je potrebno napraviti oštriju granicu kako ne bi došlo do preklapanja. Evropski sistemi dozvoljavaju funkcionalnost u određenoj meri, a prema definiciji iz evropskih propisa estetičnost ili ornamentalnost nije postavljena kao uslov. Otuda je u pravu Evropske unije malo manje jasna granica između pronalaska koji se odnosi na izgled proizvoda i strukturu i dizajna, ali se ona može utvrditi u svakom konkretnom slučaju primenom objektivnih okolnosti slučaja kako je navedeno u presudi *Doceram*.[5] Pored toga, merkantilni pristup u regulisanju dizajna i ocena izgleda sa aspekta informisanog korisnika ukazuju da je ovakva pozicija dizajna bliža estetskim nego funkcionalnim karakteristikama, koje nisu isključene u potpunosti. Ipak, ovo je dovoljno da se napravi razlika između primarno tehničkog pronalaska i primarno estetskog dizajna.

Razlike u pogledu predmeta zaštite diktiraju i razlike u pogledu uslova zaštite. Tako pored pomenutog uslova ornamentalnosti iz prava SAD, kao i uslova estetičnosti koji se ranije tražio i prema nemačkom i italijanskom pravu, razlike postoje i u pogledu uslova individualnog karaktera, koji je u pravu Evropske unije osmišljen i prilagođen tako da odgovara samoj prirodi dizajna, i ni u kom slučaju ne može biti primenjen u patentnom pravu. Neki od pravnih sistema predviđaju uslov originalnosti umesto uslova individualnog karaktera, koji je karakterističan za autorsko pravo, ali ne i za patentno. Takođe, smetnje koje se odnose na koliziju sa drugim ranijim pravima, kao ni uslov nefunkcionalnosti nisu prisutne u patentom pravu. Pored toga određene razlike postoje i u pogledu uslova novosti. Novost u patentnom pravu je apsolutna, dok je u pravu industrijskog dizajna delimično relativizovana. Ograničenja koja su uvedena pravom Evropske unije, a koja se odnose na stanje dizajna, ukazuju da se ono posmatra znatno uže u odnosu na stanje tehnike iz patentnog prava. Dok je za pronalazak potrebno da nikada i nigde nije postao dostupan javnosti, za priznanje prava na industrijski dizajn je dovoljno da nije postojala razumna mogućnost da poslovni krugovi specijalizovani za datu oblast saznaju za pomenute događaje u standardnim tokovima poslovanja na određenoj teritoriji, što je opravdano prirodom industrijskog dizajna. Naime, dok se pronalasci u oblasti tehnike u određenoj meri mogu i pretpostaviti, razvoj dizajna je povezan sa umetničkom slobodom autora dizajna, te standard novosti ne sme biti tako oštar kao u patentnom pravu (Derclaye, 2011: 77–83). Osim toga, u patentnom pravu važi fikcija da u stanje tehnike ulaze i

5 Case C-395/16 *DOCERAM GmbH v CeramTec GmbH* [2018] – u daljem tekstu *DOCERAM*, tač. 37.

prijave podnete pre dana podnošenja prijave za pronalazak čija se novost ispituje, dok se kod utvrđivanja stanja dizajna ova fikcija ne primenjuje. I u pogledu postupka priznanja prava na industrijski dizajn se mogu prepoznati brojne razlike bez obzira na činjenicu da je ovaj postupak oslonjen na patentni postupak. Tako je u patentnoj prijavi moguće navesti, makar hipotetički, neograničen broj zahteva, dok se prijavom industrijskog dizajna može tražiti priznanje do najviše sto predmeta zaštite. Pravo konvencijskog prioriteta po Pariskoj konvenciji za patentnu prijavu traje godinu dana, dok za prijavu prava na industrijski dizajn traje šest meseci. Možda i najveća razlika u odnosu na patentni postupak jeste činjenica da se prijava za registraciju industrijskog dizajna ne objavljuje za razliku od patentne prijave. Pored toga, postoji mogućnost odloženog objavljivanja prijave prava na industrijski dizajn, a u nekim pravima i tajnog depozita, što nije predviđeno kao mogućnost u postupku zaštite pronalaska. U sistemima depozita razlika postoji i utoliko što je suštinsko ispitivanje ograničeno na određeni manji broj uslova, bez ispitivanja novosti, što nije slučaj u patentnoj prijavi, ali jeste u prijavi malog patenta. Momenat kojim nastaje pravo se takođe razlikuje, budući da patent nastaje danom objavljivanja priznatog prava, dok pravo na industrijski dizajn nastaje danom donošenja rešenja.

U pogledu obima prava razlika se ogleda u činjenici da kod prava na industrijski dizajn nema primene teorije o tehničkim ekvivalentima, iako je ranije, naročito u nemačkoj teoriji, bilo pokušaja da se ona primeni. Ovaj institut je povezan sa tehničkom funkcijom pronalaska, te otuda nije mogao naći svoju primenu u pravu na industrijski dizajn.[6] Najbitnija razlika koja se tiče obima jeste ograničenost obima patenta na određeni proizvod. Iako u ovom slučaju nije reč o načelu specijalnosti, budući da je za priznanje patenta irelevantno kako se pronalazak koristi na tržištu, obim patentnog prava podrazumeva uvek tačno određeni proizvod. Od vremena harmonizacije, pravo na industrijski dizajn se može odnositi na sve proizvode. Otuda je obim prava na industrijski dizajn učinjen čak i širim od svog uzora u patentnom pravu. U pogledu ograničenja, pored onih ograničenja koja su zajednička, i kod patenta i kod prava na industrijski dizajn nalazimo specifična ograničenja. Tako kod prava na industrijski dizajn je propisano ograničenje u cilju nastave i podučavanja,[7] dok se kod patenta propisuju ograničenja u vezi sa biološkim materijalom, prinudna licenca, prinudna licenca za uvoz lekova u zemlje koje imaju problema sa javnim zdravljem, prinudna

6 U američkom pravu ima i shvatanja da je primena ekvivalenata moguća i kod dizajna za patente (Du Mont, Janis, 2013: 876).

7 Navedeno ograničenje je srodno autorskom pravu.

licenca u korist oplemenjivača biljne sorte, prinudna licenca u javnom interesu.[8]

3.3. Kumulacija patenta i prava na industrijski dizajn

Preklapanje u zaštiti suštinski podrazumeva situacije da predmet zaštite jednog prava bude zaštićen drugim i obrnuto. Analizirane sličnosti i razlike ukazuju da postoji mogućnost za kumulacije između patenta i prava na industrijski dizajn. Ipak, treba priznati da one nisu tako česte kao što je to slučaj u odnosu autorskog prava i prava na industrijski dizajn, kao i u odnosu prava na industrijski dizajn i žiga.

Kada je reč o sukcesivnoj kumulaciji, njene mogućnosti su ograničene na slučaj ranije registracije patenta, a nakon toga kasnije registracije prava na industrijski dizajn za isti predmet zaštite. Ovo prvenstveno zbog oštrije primene uslova novosti u patentnom pravu. S druge strane, kasnija registracija dizajna načelno nije nemoguća, budući da je uslov novosti blaže primenjen. Čak i u situaciji kada su poslovni krugovi bili u mogućnosti da se upoznaju s ranijim pronalaskom, uslov novosti u pravu industrijskog dizajna je ograničen na slučajeve identičnog dizajna ili pak razlike u nebitnim detaljima. Ipak, ovde treba imati u vidu i primenu uslova individualnog karaktera, koji je znatno oštriji standard. Osim toga, kao što smo ranije naveli, prepreka je i uslov nefunkcionalnosti, koji ne dopušta zaštitu pravom na industrijski dizajn za dizajn koji je isključivo uslovljen tehničkom funkcijom (Derc- laye, 2011: 79–82). U kojim slučajevima će se smatrati da postoji isključiva uslovljenost tehničkom funkcijom je određeno uslovima iz presude *Doceram,* i suštinski podrazumeva da se neće dozvoliti zaštita za dizajn čijom bi se monopolizacijom oštetila konkurencija. Otuda, iako sukcesivna kumulacija nije nemoguća, ona je ograničena s jedne strane potrebom ispunjenja uslova individualnog karaktera, i posebno uslovom nefunkcionalnosti. Konačno, sukcesivna kumulacija je onemogućena i zbog toga što je zakonom izričito predviđeno da nije dozvoljeno zaštititi dizajn kojim se povređuje ranije pravo industrijske svojine.[9] Međutim, ova smetnja je predviđena izričito našim pravom, ali ne i pravom dizajna Evropske unije sa kojim je naš zakon harmonizovan. Ova praznina prava Evropske unije nije bila slučajna. Naime, kolizija koja

8 Interesantno je da u britanskom pravu postoji mogućnost da se Kruna, odnosno država, koristi dizajnom ukoliko je to u javnom interesu, što predstavlja specifičan vid prinudne licence, koja nije karakteristična za pravo industrijskog dizajna (Bently, Sherman, Gangjee, Johnson, 2018: 800).

9 Čl. 9, st. 1, tač. 6) Zakona o pravnoj zaštiti industrijskog dizajna, *Sl. glasnik RS*, br. 104/2009, 45/2015 i 44/2018 – dr. zakon

eventualno može postojati između prava na industrijski dizajn i patenta je rešena odredbama o uslovu nefunkcionalnosti. Evropski zakonodavac je stoga uvažio specifičnosti koje postoje za svako preklapanje između različitih prava intelektualne svojine sa pravom na industrijski dizajn i na različiti način ta preklapanja regulisao. Otuda je i naš zakonodavac morao voditi računa o ovome prilikom transponovanja, a ne da generalnom odredbom reši koliziju prava na industrijski dizajnsa svim ostalim pravima intelektualne svojine.

Simultana kumulacija daje donekle veće mogućnosti. Ako bi mogli da pretpostavimo situaciju da se najpre podnese patentna prijava, a nakon toga i prijava prava na industrijski dizajn, u sistemima u kojima se ne proverava postojanje uslova novosti i individualnog karaktera prilikom podnošenja prijave, načelno bi odmah moglo da nastane pravo. Čak i u sistemima sa punim suštinskim ispitivanjem bi ovo bilo moguće, ako poslovni krugovi nisu mogli da se upoznaju sa patentnom prijavom, premda je praksa naših sudova drugačija, te i patentne prijave spadaju u stanje dizajna.[10] Međutim, simultana kumulacija, čak i da je moguća, ne bi ništa drastično izmenila imajući u vidu da je obim zaštite načelno isti. Jedino bi donekle antikompetitivni efekat mogla da ima činjenica da se pravo na industrijski dizajn može suprotstaviti i upotrebi na proizvodima koji nisu isti kao prijavljeni, što ne bi važilo za patent, odnosno mali patent. Takođe, rok zaštite bi trajao pet godina duže, a u odnosu na mali patent čak 15 godina duže, što ipak nije zanemarljivo sa konkurencijskog stanovišta (Derclaye, 2011: 83).

Ograničena sličnost predmeta zaštite, različitost u uslovima zaštite, kao i primena uslova nefunkcionalnosti u pravu industrijskog dizajna, kao što vidimo, vode ograničenoj mogućnosti kumulacije prava na industrijski dizajn i patenta. Načelno gledano, zaštita patentom i pravom na industrijski dizajn je suštinski alternativna. Titular se može odlučiti za jedan ili drugi put. Ipak, u britanskom pravu postoji jedna zanimljiva mogućnost. Naime, pravo na neregistrovani dizajn britanskog prava predstavlja izgled bilo kog oblika ili konfiguracije (unutrašnji i spoljašnji) celog ili dela proizvoda. Jedini uslov koji je izričito priznat je originalnost, s tim da se zahteva da dizajn ne predstavlja *commonplace* u oblasti dizajna, što znači da se mora razlikovati u odnosu na do sada poznate dizajne. Ovakvo regulisanje daje mogućnost da se ovim pravom zaštite i pronalasci koji bi bili štićeni malim patentom, ali i dizajn. Otuda ovde imamo pravo koje bi ujedno moglo da štiti i jednu i drugu vrstu predmeta zaštite (Torre- mans, 2019: 376).

10 Odluka Upravnog suda I-4 U 2520/2010(2008).

4. Zaključak

Na osnovu izloženog moguće je izvesti nekoliko zaključaka. Prvo, kumulacije predstavljaju pojavu koja po sebi nije nužno ni pozitivna ni negativna, ali koja potencijalno može ugroziti konkurencijske odnose na tržištu. Ipak, nemaju sve kumulacije jednako dejstvo, te se regulaciji svake od njih mora pristupiti na poseban način. Pojedini efekti kumulacija će biti pozitivni dok će drugi biti negativni. Ovo stoga zahteva da se pažljivim regulisanjem zadrže pozitivna dejstva, a spreče negativna, ili da se bar ograniče na određeni period.

Kada je reč o kumulaciji patenta i prava na industrijski dizajn, utvrđno je da postoji visok stepen konvergence, odnosno sličnosti u pogledu načina regulisanja patenta i prava na industrijski dizajn. Pritom postoje značajne razlike između predmeta zaštite ova dva prava, ali i izvesne sličnosti naročito kada se u obzir uzme predmet zaštite malog patenta. Ovo stoga otvara mogućnost da do kumulacija dođe. Ipak postojanja visokog nivoa konvergence, kao i uslova novosti i nefunkcionalnosti u pravu industrijskog dizajna trenutno isključuje mogućnost nastanka negativnih efekata kumulacije. Ipak, ovo ne znači da se u budućnosti ne mogu javiti negativni efekti kumulacija i da u tim situacijama novo regulisanje neće biti neophodno.

Literatura i izvori

Bently, L., Sherman, B., Gangjee, D., Johnson, P. (2018). *Intellectual property law.* Oxford: Oxford University Press.

Vlašković, B. (2011). Obim zaštite žiga i prava na industrijski dizajn i njihova kolizija. U M. Mićović (Prir.). *XXI vek – vek usluga i uslužnog prava*. Kragujevac: Pravni Fakultet Univerziteta u Kragujevcu. T. II. 215–233.

Derclaye, E. (2011). *Intellectual Property Overlaps: A Euopean Perspective.* Oxford: Hart.

Dinwoodie, G. (2005). Concurrence and Convergence of Rights: the Concerns of the U.S. Supreme Court. U Grosheide, F. i Adelman, M. (Prir.). *Molengrafica Series Intellectual Property Law Articles on Crossing Borders between Traditional and Actual*. Antwerpen: Intersentia. 5–23.

Du Mont, J., Janis, M. (2013). The Origins of American Design Protection. *Indiana Law Journal. 88*. 837–880.

Geier, A. (2015). *Schutzkumulationen.* Tübingen: Mohr Siebeck.

Huber, T. (2015). *Gemeinschaftsmarke und Gemeinschaftsgeschmacksmuster.* Hamburg: Verlag Dr. Kovač.

Kur, A. (2001). Funktionswandel von Schutzrechten: Urasche und Konsequenzen der inhaltlichen Annärung und Überlagerung von Schutzrechtstypen. U Schicker, G. (Prir.). *Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation*. Baden Baden: Nomos. 23–51.

Kur, A. (2008). Cummulation of IP Rights Pertaining to Product Shapes – An 'Illegitimate Offspring' of IP Law. U Ghidini G. (Prir.). *Intellectual property and Market Power*. Buenos Aires: Teudeba. 613–633.

Kur, A. (2018). Schutzkumulationen. U Hilty, R. i Jaeger, T. (Prir.) *Europäisches Immaterialgüterrecht: Funktionen und Perspektiven*. Berlin; Heidelberg: Springer. 329–382.

Miladinović, Z. (2009). *Pravo intelektualne svojine.* Kragujevac: Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu.

Ohly, A. (2018). 'Buy me because I'm cool': the 'marketing approach' and the overlap between design, trade mark and unfair competition law. U Kur, A., Levine, M., Schovsbo, J. (Prir.) *The EU Design Approach: A Global Aprisal*). Cheltenham; Northhampton: Edward Elgar Publishing. 108–142.

Quaedvlieg, A. (2004). Concurrence and Convergence in Industrial Design: 3-dimensional Shapes Excluded by Trademark Law. U Grosheide, F. i Adelman, M. (Prir.)., *Molengrafica Series Intellectual Property Law Articles on Crossing Borders between Traditional and Actual*. Antwerpen: Intersentia. 23–71.

Senftleben, M. (2021). *The Copyright/Trademark Interface.* Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.

Suthersanen, U. (2000). *Design law in Europe.* London: Sweet & Maxwell.

Torremans, P. (2019). *Holyoak & Torremans Intellectual Property Law.* Oxford: Oxford Univeristy Press.

Šokinjov, S. (2023). *Pravo industrijske svojine.* Kragujevac: Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu.

Zakon o pravnoj zaštiti industrijskog dizajna, *Službeni glasnik RS*, br. 104/2009, 45/2015 i 44/2018 – dr. zakon

Zakon o patentima, *Službeni glasnik RS*, br. 99/2011, 113/2017 – dr.zakon, 95/2018, 66/2019 i 123/2021

Case C-395/16 *DOCERAM GmbH v CeramTec GmbH* [2018] https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=c-395/16.

Odluka Upravnog suda I-4 U 2520/2010(2008).

Doc. Nikola Milosavljević, LL.D.,
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Kragujevac,
Republic of Serbia

THE CUMULATION OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, WITH SPECIFIC REFERENCE TO THE CUMULATION OF PATENT AND DESIGN RIGHTS

Summary

In this paper, the author first explores the terminology and systematics in the field of cumulation of intellectual property rights, in an attempt to determine the meaning of certain terms and harmonize the terminology in this field, and then analyzes the reasons for the existence of overlapping terms and their permissibility. The conclusions drawn in this part are further used in the analysis of the relationship between the patent and industrial design rights. To this effect, the author first examines the similarities between these rights, by taking into account all overlapping aspects. Then, the author provides a detailed analysis of the differences between patent and industrial design rights. The general considerations and the provided analyses of similarities and differences have been used for further research on the possible overlapping between patent and industrial design rights. Based on the conducted research, the author concludes that there are insufficient arguments for a general prohibition of all these cumulations; thus, overlaps in each of these areas have to be regulated separately. Yet, in terms of the cumulation of patent and industrial design rights, the author has established that this overlap is relatively difficult to attain. Therefore, it currently does not pose an excessive risk for competition, but it does not exclude such a possibility in the future.

Keywords*: cummulation (overlap), concurrence, convergence, overlapping patent and industrial design rights, similarities and differences between patent and industrial design rights.*

UDK: 336.232:352(497.113)
UDK: 351.713(497.113)
pregledni naučni rad
Rad primljen: 08.07.2024.
Rad prihvaćen: 06.12.2024.
DOI: 10.5937/zrpfn1-52042

Dr Cvjetana Cvetković Ivetić, [*]
Docent,
Pravni fakultet, Univerzitet u Novom Sadu
Dr Luka Baturan, [*]
Docent,
Pravni fakultet, Univerzitet u Novom Sadu

LOKALNE KOMUNALNE TAKSE KAO IZVORNI PRIHOD JEDINICA LOKALNE SAMOUPRAVE NA TERITORIJI AUTONOMNE POKRAJINE VOJVODINE[**]

Apstrakt: *Trend ka fiskalnoj decentralizaciji, koji je prisutan u savremenim državama, podrazumeva postojanje izvornih prihoda jedinica lokalne samouprave. Za ovu kategoriju prihoda svojstveno je da lokalne vlasti određuju njihovu visinu, potpuno samostalno, ili pak pridržavajući se zakonskih ograničenja. U izvorne prihode jedinica lokalne samouprave u Republici Srbiji spadaju i lokalne komunalne takse. U radu se autori bave finansijskom autonomijom jedinica lokalne samouprave upravo kroz prizmu lokalnih komu- nalnih taksa, tj. njihovom izdašnošću, s tim da će istraživanje biti ograničeno samo na jedinice lokalne samouprave koje se nalaze na teritoriji AP Vojvodine. Takođe, autori će nastojati i da identifikuju faktore koji utiču na njihovu visinu, odnosno na njihovu izdašnost.*

Ključne reči: *lokalne komunalne takse, taksa za isticanje firme na poslovnom prostoru, taksa za držanje motornih drumskih i priključnih vozila, taksa za držanje sredstava za igru.*

[*] c.cvjetkovicivetic@pf.uns.ac.rs, ORCID 0000-0003-0000-8099
[*] l.baturan@pf.uns.ac.rs, ORCID 0000-0002-0315-2486
[**] Rad je nastao kao rezultat rada na projektu „Pripadnost i raspodela javnih prihoda i javnih primanja u okvirima sistema finansiranja jedinica lokalne samouprave u Republici Srbiji i Republici Srpskoj“, koji se finansira od strane AP Vojvodine (Pokrajinskog sekretarijata za visoko obrazovanje i naučnoistraživačku delatnost).

1. Uvod

Fiskalna decentralizacija, pod kojom se podrazumeva prenošenje javnih funkcija i javnih prihoda sa viših na niže nivoe vlasti, veoma je važan mehanizam putem kojeg se obezbeđuje demokratičnost jednog društva. Zahvaljujući fiskalnoj decentralizaciji jedinice lokalne samouprave bivaju u prilici da odlučuju o prihodnoj i rashodnoj strani svojih budžeta, što je i opravdano, pošto će njihovi rezidenti biti pogođeni navedenim odlukama (Cvjetković, 2015: 30). I u Evropskoj povelji o lokalnoj samoupravi naglašeno je da jedan deo sredstava lokalnih vlasti mora poticati od lokalnih fiskaliteta, čije stope, u granicama zakona, imaju pravo da odrede same jedinice lokalne samouprave.[1] Dakle, ova povelja polazi od toga da bi autonomija lokalnih vlasti bila ugrožena ukoliko bi se one finansirale isključivo putem ustupljenih prihoda i transfera.

Uređivanje fiskalnih odnosa između različitih nivoa vlasti spada u jedno od ključnih ustavno-političkih pitanja, i u velikoj meri zavisi od specifičnosti svake države. Kada je u pitanju Republika Srbija, poreskim reformama, započetim još tokom devedesetih godina veka, nastojala se ojačati finansijska autonomija lokalnih zajednica (Anđelković, 2008: 42, 48). U osnovi tih reformi ležali su prevashodno ekonomski, ali i politički i drugi razlozi (Aleksić, 2018: 243–245). Što se tiče ekonomskih razloga za širenje fiskalnih ovlašćenja lokalnih nivoa vlasti, oni se svode na vođenje politike javnih prihoda koja najbolje odgovara potrebama i interesima lokalnih rezidenata, podsticanje „horizontalne" konkurencije između lokalnih vlasti u pogledu obezbeđivanja lokalnih javnih dobara, uz što je moguće niže troškove, podsticanje inovacija i eksperimenata na lokalnom nivou i sl. (Arends, 2020: 602–604).

Značajan korak u pravcu daljeg jačanja fiskalne decentralizacije predstavljalo je donošenje Zakona o finansiranju lokalne samouprave,[2] i to iz razloga jer je ovim zakonom povećan broj izvornih prihoda lokalnih vlasti (prihoda koje uvode, odnosno koje utvrđuju i kojima slobodno raspolažu jedinice lokalne samouprave).[3] Naime, upravo su izvorni

1 Art. 9. of European Charter of Local Self-Government, Council of Europe, *European Treaty Series*, No. 122/1985.

2 Zakon o finansiranju lokalne samouprave, *Službeni glasnik RS*, br. 62/06, 47/11, 93/12, 99/13, 125/14, 95/15, 83/16, 91/16, 104/16, 96/17, 89/18, 95/18, 86/19, 126/20, 99/21, 111/21, 124/22, 97/23.

3 Zakon o finansiranju lokalne samouprave definiše izvorne prihode kao prihode čiju stopu, odnosno načine i merila za utvrđivanje visine iznosa, utvrđuju jedinice lokalne samouprave, pri čemu se zakonom može ograničiti visina poreske stope,

prihodi od suštinske važnosti za obezbeđivanje autonomije lokalnih vlasti, koja dalje vodi ka povećanju, kako političke, tako i ekonomske odgovornosti, tj. odgovornosti nosilaca lokalne vlasti za ekonomske uslove unutar lokalne zajednice (Kristić, 2006: 65). Treba istaći i da su pre donošenja ovog zakona lokalne komunalne takse bile izvorni prihod opština i gradova, s tim da se njihov broj vremenom smanjivao,[4] a sve kako bi se rasteretio privredni sektor i pojednostavio fiskalni sistem. Vidimo da upravo kod lokalnih komunalnih taksa dolazi do izražaja konflikt između potrebe lokalnih vlasti za što većim izvornim prihodima, tj. potrebe za obezbeđivanjem finansijske autonomije, s jedne strane, i potrebe da privredni subjekti budu konkurentni, s druge strane.

Cilj ovog rada je da se utvrdi fiskalni značaj lokalnih komunalnih taksa, s tim da će istraživanje biti ograničeno samo na jedinice lokalne samouprave koje se nalaze na teritoriji AP Vojvodine.[5] Do podataka o njihovoj izdašnosti doći će se analizom odluka o završnim računima budžeta za 2022. godinu. Kako bi se utvrdilo da li pravna regulativa utiče na izdašnost lokalnih komunalnih taksa, biće analizirane i odluke kojima se uvode ove dažbine, i to u ukupno 20 jedinica lokalne samouprave.[6] U radu smo nastojali i da utvrdimo da li postoji korelacija između razvijenosti jedinica lokalne samouprave i visine prihoda prikupljenih od takse za isticanje firme na poslovnom prostoru. Kao pokazatelj razvijenosti koristili smo bruto domaći proizvod po glavi stanovnika, odnosno sistematizaciju jedinica lokalne samouprave na

odnosno utvrditi najviši i najniži iznos naknade, odnosno takse. Vid. čl. 1, st. 1, tač. 1) Zakona o finansiranju lokalne samouprave.

4 Svojevremeno je u srpskom fiskalnom sistemu postojalo čak 16 lokalnih komunalnih taksa. Gubitak prihoda lokalnih vlasti, usled njihovog ukidanja, kompenzovao se povećanjem ustupljenih prihoda.

5 Reč je o 45 jedinica lokalne samouprave, i to: Sombor, Apatin, Odžaci, Kula, Subotica, Bačka Topola, Mali Iđoš, Kanjiža, Senta, Ada, Čoka, Novi Kneževac, Kikinda, Novi Bečej, Nova Crnja, Žitište, Zrenjanin, Sečanj, Opovo, Kovačica, Pančevo, Kovin, Bela Crkva, Vršac, Alibunar, Plandište, Šid, Irig, Ruma, Sremska Mitrovica, Pećinci, Inđija, Stara Pazova, Bač, Bačka Palanka, Bački Petrovac, Vrbas, Srbobran, Bečej, Temerin, Novi Sad, Titel, Sremski Karlovci, Žabalj i Beočin.

6 Biće analizirane odluke o lokalnim komunalnim taksama u deset jedinica lokalne samouprave u kojima su one najizdašnije i deset jedinica lokalne samouprave u kojima ove takse imaju najskromnije učešće u ukupnim budžetskim sredstvima. Ovo se ne odnosi na lokalnu komunalnu taksu za držanje sredstava za igru, s obzirom na to da je njen fiskalni značaj prikazan u svega nekoliko jedinica lokalne samouprave koje se nalaze na teritoriji AP Vojvodine.

teritoriji Republike Srbije po ovom kriterijumu, a koja je sprovedena u Uredbi o utvrđivanju jedinstvene liste razvijenosti regiona i jedinica lokalne samouprave.[7] Naime, u ovoj uredbi, na osnovu razvijenosti, sve jedinice lokalne samouprave razvrstane su u pet grupa. Kada su u pitanju jedinice lokalne samouprave koje se nalaze na teritoriji AP Vojvodine, u prvoj grupi (one čiji je stepen razvijenosti iznad republičkog proseka) nalazi se njih 11, u drugoj (one čiji je stepen razvijenosti u rasponu od 80% do 100% republičkog proseka) njih 15, u trećoj (nedovoljno razvijene jedinice lokalne samouprave, tj. one čiji je stepen razvijenosti u rasponu od 60% do 80% republičkog proseka) njih 18, a u četvrtoj (izrazito nedovoljno razvijene jedinice lokalne samoupravem, tj. one čiji je stepen razvijenosti ispod 60% republičkog proseka) samo jedna jedinica lokalne samouprave. Jedinice lokalne samouprave iz prve grupe označićemo kao „razvijene", iz druge kao „srednje razvijene", a iz treće i četvrte grupe kao „nerazvijene".[8]

2. Pojam i vrste lokalnih komunalnih taksa

Takse predstavljaju vrstu javnih prihoda kojim država od lica pod njenom poreskom vlašću prinudno uzima novčana sredstva, kao cenu za konkretnu uslugu koju mu pružaju njeni organi (Popović, 1997: 870). Visina taksene obaveze bi trebalo da zavisi od ukupnih troškova pružanja usluga, koristi koju ima takseni obveznik od učinjenih usluga, kao i od postojanja opšteg interesa za konkretnu uslugu ili radnju (Radičić, Raičević, 2008: 168). Međutim, takseni obveznik ne bi trebalo u potpunosti da snosi troškove pružene javne usluge, već bi jedan deo tih troškova trebalo da se finansira i iz ostalih javnih prihoda, prvenstveno poreza.

Zakon o budžetskom sistemu takse definiše kao vrstu javnih prihoda koja se naplaćuje za neposredno pruženu javnu uslugu, sprovedeni postupak ili radnju, koju je pružio, odnosno sproveo korisnik javnih sredstava. Propisano je i da se takse mogu uvoditi samo zakonom, da se njihova visina može propisati u samom zakonu, odnosno da se zakonom mogu ovlastiti organi lokalne vlasti da utvrde njihovu visinu. Zakon o budžetskom sistemu propisuje i to da visina takse mora da bude primerena troškovima pružanja javne usluge, odnosno sprovođenja postupka ili

7 Uredba o utvrđivanju jedinstvene liste razvijenosti regiona i jedinica lokalne samouprave za 2014. godinu, *Službeni glasnik RS*, br. 104/2014.

8 Od 19 jedinica lokalne samouprave iz devastiranih područja (peta grupa), nijedna se ne nalazi na teritoriji AP Vojvodine.

radnje, da se taksa, po pravilu, utvrđuje u apsolutnom iznosu, kao i to da se za jednu javnu uslugu može naplaćivati samo jedna taksa.[9]

U finansijskoj literaturi takse se klasifikuju po različitim kriterijumima. Za predmet ovog rada relevantna je podela na republičke, pokrajinske i lokalne takse, kao i podela na administrativne, sudske i komunalne. Prva podela kao kriterijum razlikovanja uzima nivo vlasti koji uvodi taksu, odnosno nivo vlasti kojem pripadaju naplaćeni prihodi, a druga vrstu organa koji vrši zahtevanu uslugu (Popović, 1997: 873).

Teoretski, pod lokalne komunalne takse mogle bi se podvesti samo one takse koje utvrđuju i naplaćuju lokalne vlasti za pružanje neke javne usluge, ali suštinski, tj. u praksi one veoma često nisu u direktnoj vezi sa određenom javnom akcijom ili uslugom (Radvan, 2019: 151). Imajući to u vidu, lokalne komunalne takse nisu ništa drugo nego porezi shvaćeni u najužem smislu reči. Naime, njihovo plaćanje nije direktno povezano sa korišćenjem javnog dobra ili činjenjem konkretnog oblika javne usluge, već je njihov osnov „samo puko zasnivanje poslovne aktivnosti, odnosno obavljanje određene delatnosti, s jedne strane, ili, pak, posedovanje od- ređenog dobra koje je predmet taksiranja, s druge strane" (Kristić, 2006: 88). Rukovodeći se time, lokalne komunalne takse možemo podeliti na one koje po svojim karakteristikama predstavljaju: a) poreze na poslov- ne aktivnosti, i to: na obavljanje poslovnih aktivnosti uopšte ili na obavljanje samo određenih oblika poslovnih aktivnosti; b) poreze na posedovanje pojedinačnih oblika imovine; v) naknade za korišćenjejavnih površina (Kristić, 2006: 87).[10]

Zakon o finansiranju lokalne samouprave lokalne komunalne takse određuje kao vrstu dažbina, odnosno fiskaliteta koje uvode skupštine jedinica lokalne samouprave za korišćenje prava, predmeta i usluga.[11] U Republici Srbiji jedinice lokalne samouprave mogu da uvedu lokalne komunalne takse za: 1) isticanje firme na poslovnom prostoru; 2) držanje motornih drumskih i priključnih vozila, osim poljoprivrednih vozila i mašina; 3) držanje sredstava za igru („zabavne igre").

Obveznik lokalne komunalne takse je korisnik prava, predmeta i usluga za čije je korišćenje propisano plaćanje lokalne komunalne takse. Obaveza plaćanja takse nastaje danom početka korišćenja prava, predmeta ili usluge za čije je korišćenje propisano plaćanje lokalne

9 Čl. 17 Zakona o budžetskom sistemu, *Službeni glasnik RS*, br. 54/09, 73/10, 101/10, 101/11, 93/12, 62/13, 63/13, 108/13, 142/14, 68/15, 103/15, 99/16, 113/17, 95/18, 31/19, 72/19, 149/20, 118/21, 118/21, 138/22, 92/23.

10 U srpskom fiskalnom sistemu trenutno nema lokalnih komunalnih taksa sa karakteristikama naknade za korišćenje javnih površina.

11 Za korišćenje tih prava, predmeta i usluga ne može da se uvodi posebna naknada.

komunalne takse i traje sve dok traje korišćenje prava, predmeta ili usluge.[12]

Ako se po strani ostavi odredba koja ograničava visinu takse za isticanje firme na poslovnom prostoru i takse za držanje motor- nih drumskih i priključnih vozila, kao i odredba koja ustanovljava oslobođenje od plaćanja takse za korišćenje prava, predmeta i usluga od strane državnih, pokrajinskih i lokalnih organa i organizacija, Zakon o finansiranju lokalne samouprave ostavlja veliki prostor lokalnim vlastima prilikom uređenja osnovnih elemenata lokalnih komunalnih taksa. Tome u prilog govori i rešenje da jedinice lokalne samouprave mogu utvrditi lokalne komunalne takse u različitoj visini, zavisno od vrste delatnosti, površine i tehničko-upotrebnih karakteristika objekata, veličine pravnog lica, i po delovima teritorije, odnosno u zonama u kojima se nalaze objekti, predmeti ili vrše usluge za koje se plaćaju takse.[13] Što se tiče jedinica lokalne samouprave koje se nalaze na teritoriji AP Vojvodine, neke od njih su „iskoristile" ovu odredbu, i to prilikom utvrđivanja takse za isticanje firme na poslovnom pro- storu i takse za držanje sredstava za igru.

2.1. Taksa za isticanje firme na poslovnom prostoru (firmarina)

Taksa za isticanje firme na poslovnom prostoru (firmarina) uvedena je od strane svih jedinica lokalne samouprave koje se nalaze na teritoriji AP Vojvodine. Firma je svaki istaknuti naziv ili ime koje upućuje na to da pravno ili fizičko lice obavlja određenu delat- nost. Zakon o finansiranju lokalne samouprave predviđa da će se taksa plaćati samo za jednu firmu u situacijama kada se na jednom poslov- nom objektu nalazi više istaknutih firmi istog obveznika, kao i da će se za svaku firmu istaknutu van poslovnog objekta taksa plaćati za svaku istaknutu firmu.[14] Pošto se njenim plaćanjem ne dobija nikakva specijalna usluga zauzvrat, ova taksa nije ništa drugo nego porez na obavljanje poslovnih aktivnosti.

Godine 2012. srpski zakonodavac je značajno reformisao ovu lokal- nu komunalnu taksu. Cilj ovih reformi bio je da se ograniče mogućnosti za proizvoljnosti, koje su se sastojale, pre svega, u propisivanju jako visokih iznosa firmarina od strane pojedinih jedinica lokalne samouprave, posebno onih većih i razvijenijih. Takođe, tim reformama

12 Čl. 14–15 Zakona o finansiranju lokalne samouprave.

13 Čl. 17 Zakona o finansiranju lokalne samouprave.

14 Čl. 16 Zakona o finansiranju lokalne samouprave.

nastojali su se zaštititi obveznici „male“ ekonomske snage. Shodno tome, preduzetnici i mala pravna lica koja imaju godišnji prihod do 50.000.000 dinara oslobođeni su plaćanja firmarine, s tim da se to oslobođenje ne odnosi na preduzetnike i mala pravna lica koja obavljaju delatnosti: bankarstva; osiguranja imovine i lica; proizvodnje i trgovine naftom i derivatima nafte; proizvodnje i trgovine na veliko duvanskim proizvodima; proizvodnje cementa; poštanskih, mobilnih i telefonskih usluga; elektroprivrede; kazina, kockarnica, kladionica, bingo sala i pružanja kockarskih usluga i noćnih barova i diskoteka(u daljem tekstu: zakonom izuzete delatnosti). [15]

Kada su u pitanju mala i srednja pravna lica, kao i preduzetnici koji imaju godišnji prihod preko 50.000.000 dinara (osim preduzetnika i pravnih lica koji obavljaju zakonom izuzete delatnosti), jedinice lokalne samouprave mogu uvesti firmarinu na godišnjem nivou najviše do dve prosečne zarade, dok za velika pravna lica (osim pravnih lica koja obavljaju zakonom izuzete delatnosti) taj limit iznosi tri prosečne zarade. Kada su u pitanju mala, srednja i velika pravna lica, kao i preduzetnici koji obavljaju zakonom izuzete delatnosti, maksimalni iznos firmarine koju mogu uvesti jedinice lokalne samouprave je deset prosečnih zarada.[16] Važno je istaći da limit od tri, odnosno deset prosečnih zarada može biti prekoračen, ali samo uz prethodnu saglasnost ministarstva nadležnog za poslove finansija [17]

U pogledu izdašnosti firmarine, postoje značajne razlike između jedinica lokalne samouprave koje se nalaze na teritoriji AP Vojvodine. Tako, na jednom polu se nalazi Bački Petrovac, u kojem je ova taksa u 2022. godini u ukupnim budžetskim sredstvima učestvovala sa 2,29%, a na drugom Žitište i Mali Iđoš, u kojima je to učešće iznosilo svega 0,29%. Ako se imaju u vidu podaci o izdašnosti firmarine u svih 45 jedinica lokalne samouprave koje se nalaze na teritoriji AP Vojvodine, dolazimo do toga da je njeno prosečno učešće u ukupnim budžetskim sredstvima u 2022. godini iznosilo 0,91%.[18] Pre nego što su postavljena

15 Kada su u pitanju pojedine delatnosti, jasno je zašto se nalaze u ovoj grupi (npr. jer je reč o društveno nepoželjnim delatnostima), dok kod nekih drugih delatnosti motivi svrstavanja u ovu grupu nisu najjasniji.

16 Pod prosečnom zaradom, u ovom kontekstu, smatra se prosečna zarada po zaposlenom ostvarena na teritoriji jedinice lokalne samouprave u periodu januar–avgust godine koja prethodi godini za koju se utvrđuje firmarina, prema podacima republičkog organa nadležnog za poslove statistike.

17 Čl. 15a Zakona o finansiranju lokalne samouprave.

18 Prvo je utvrđen fiskalni značaj firmarine u svakoj jedinici lokalne samouprave koja se nalazi na teritoriji AP Vojvodine, a onda je utvrđen „prosečni procenat“.

ograničenja u pogledu visine firmarine, njen udeo u ukupnim sredstvima lokalnih vlasti na teritoriji Republike Srbije iznosio je oko 1,8%, s tim da su u tom pogledu, kao i sada, postojale značajne razlike između jedinica lokalne samouprave (Levitas, 2009: 15).

Imajući u vidu podatke o izdašnosti firmarine u opštinama i gradovima na teritoriji AP Vojvodine, sve jedinice lokalne samouprave smo podelili u dve grupe: one u kojima je izdašnost ove takse ispod proseka i one u kojima je izdašnost iznad proseka (0,91%). U prvoj grupi se nalaze 23 lokalne samouprave (Apatin, Subotica, Bačka Topola, Mali Iđoš, Novi Kneževac, Senta, Nova Crnja, Žitište, Zrenjanin, Sečanj, Opovo, Kovačica, Kovin, Bela Crkva, Alibunar, Plandište, Šid, Irig, Srbobran, Temerin, Titel, Novi Sad i Sremski Karlovci), a u drugoj 22 (Sombor, Kula, Kanjiža, Odžaci, Čoka, Ada, Kikinda, Novi Bečej, Pančevo, Vršac, Sremska Mitrovica, Ruma, Pećinci, Inđija, Stara Pazova, Bač, Bačka Palanka, Bački Petrovac, Vrbas, Bečej, Žabalj i Beočin).

U grupi jedinica lokalne samouprave u kojima je izdašnost firmarine ispod proseka dominiraju „nerazvijene" jedinice lokalne samouprave (njih 14 (13 iz treće grupe – Mali Iđoš, Nova Crnja, Žitište, Sečanj, Plandište, Kovačica, Kovin, Bela Crkva, Alibunar, Šid, Irig, Srbobran i Titel, kao i jedna iz četvrte grupe – Opovo), tj. 60,87%), dok su razvijene" (njih tri – Subotica, Senta i Novi Sad, tj. 13.04%) više izuzetak. „Srednje razvijenih" u ovoj grupi ima šest (Apatin, Bačka Topola, Novi Kneževac, Zrenjanin, Temerin i Sremski Karlovci, tj. 26,09%).

Kada se posmatraju jedinice lokalne samouprave u kojima je izdašnost firmarine iznad proseka, među njima ima mnogo više „razvijenih" (njih osam – Kanjiža, Pančevo, Vršac, Pećinci, Stara Pazova, Beočin, Bačka Palanka i Vrbas, tj. 36,36%), a manje „nerazvijenih" (njih pet – Odžaci, Čoka, Novi Bečej, Žabalj i Bač, tj. 22,73%). Što se tiče „srednje razvijenih", njih u ovoj grupi ima devet (Kula, Sombor, Ada, Kikinda, Sremska Mitrovica, Ruma, Inđija, Bački Petrovac i Bečej, tj. 40,91%).

Sledeći korak je bio da utvrdimo da li je uvođenje najviših zakonom dopuštenih iznosa firmarine svojstveno za obe grupe jedinica lokalne samouprave, te je u tom smislu pažnja bila usmerena na podzakonske akte deset lokalnih samouprava u kojima je firmarina u 2022. godini bila najizdašnija (Bački Petrovac (2,29%), Inđija (1,80%), Vrbas (1,79%), Ada (1,62%), Sremska Mitrovica (1,36%), Sombor (1,34%), Novi Bečej (1,29%), Stara Pazova (1,28%), Bač (1,27%) i Žabalj (1,24%)), i na deset jedinica lokalne samouprave u kojima je učešće firmarine u ukupnim sredstvima bilo najniže (Žitište (0,29%), Mali Iđoš (0,29%), Sečanj (0,39%), Novi

Kneževac (0,39%), Opovo (0,42%), Apatin (0,43%), Sremski Karlovci (0,46%), Bela Crkva (0,49%), Nova Crnja (0,52%) i Subotica (0,54%)).

Analiza podzakonskih akata deset lokalnih vlasti u kojima je firmarina bila najizdašnija pokazala je sledeće: a) samo jedna jedinica lokalne samouprave (Vrbas) je prekoračila najviše zakonom dopuštene iznose firmarine. Naime, za velika pravna lica i privredne subjekte koji obavljaju zakonom izuzete delatnosti prekoračen je zakonski limit od tri, odnosno deset prosečnih zarada, s tim da je za to dobijena saglasnost nadležnog ministarstva; b) samo jedna jedinica lokalne samouprave (Bač) je propisala najviše zakonom dopuštene iznose firmarine od dve, tri, odnosno deset prosečnih zarada; v) iznosi firmarine za preduzetnike, mala i srednja pravna lica čiji je ukupan prihod veći od 50.000.000 dinara kreću se u rasponu od 11.727 dinara (u Somboru u naseljenim mestima van grada Sombora u trećoj zoni) do 110.000 dinara (u Vrbasu, i to za srednja pravna lica);[19] g) za velika pravna lica najniži iznos firmarine se sreće u Somboru (17.590 dinara u trećoj zoni u naseljenim mestima van grada Sombora), a najviši u Vrbasu (751.480 dinara), i to za velika pravna lica koja obavljaju delatnost proizvodnje ulja i masti. Iz navedenog vidimo da se u odabranom uzorku jedinica lokalne samouprave sreće i rešenje da se velika pravna lica koja obavljaju tačno određene delatnosti (proizvodnja šećera, prerada i konzervisanje mesa, saobraćaj, itd.) izdvajaju iz opšteg režima, i to na način da se za njih propisuju prilično visoki iznosi firmarine. Ne možemo se oteti utisku da je to izdvajanje bilo motivisano nastojanjem da se opterete tačno određeni privredni subjekti „velike" ekonomske snage; d) kod privrednih subjekata koji obavljaju zakonom izuzete delatnosti zaista je širok raspon u kojem se kreće visina firmarine. Ono što se može uočiti kod njih jeste da se neretko jedinice lokalne samouprave opredeljuju za određivanje različitih iznosa u zavisnosti od vrste delatnosti koja potpada pod ovu kategoriju, odnosno u zavisnosti od vrste i veličine pravnog lica koje obavlja zakonom izuzetu delatnost (npr. u Žablju mala pravna lica i preduzetnici koji obavljaju delatnost diskoteka, poštanskih, mobilnih i telefonskih usluga plaćaju firmarinu u iznosu od 10.000 dinara, dok za srednja i velika pravna lica koja obavljaju navedene delatnosti firmarina iznosi 25.000 dinara, odnosno 490.000 dinara); đ) pored vrste delatnosti (npr. u Vrbasu) i veličine pravnog lica (npr. u Adi), od „dodatnih" kriterijuma prilikom određivanja visine fimarine koristi se i zona u kojoj se delatnost obavlja (npr. u Inđiji i Novom Bečeju); e) što se tiče olakšica, pored

19 Relativno visoki iznosi firmarina sreću se i u Somboru (98.077 dinara u ekstra zoni), Baču (dve prosečne zarade), itd.

onih zakonom ustanovljenih, sreću se i poreska oslobođenja za umetničke i stare zanate, poslove domaće radinosti, kao i poreski kredit za novoosnovane privredne subjekte (npr. u Somboru).

Analiza podzakonskih akata deset lokalnih vlasti u kojima su prihodi od firmarine najskromniji pokazala je sledeće: a) nijedna od njih nije uvela najviše zakonom dopuštene iznose firmarina; b) u jednoj od njih (Opovo) pravna lica i preduzetnici koji prvi put osnivaju preduzeće, odnosno radnju, oslobođeni su plaćanja firmarine u trajanju od jedne godine računajući od dana registracije delatnosti. Štaviše, u jednoj od njih (Mali Iđoš), tokom 2017. i 2018. godine firmarina nije ni naplaćivana; v) što se tiče firmarine za preduzetnike, mala i srednja pravna lica koja imaju ukupan prihod veći od 50.000.000 dinara, ona se kreće u rasponu od 10.000 dinara (toliko iznosi u Apatinu za preduzetnike u poslednjoj, četvrtoj zoni) do prosečne zarade u Sremskim Karlovcima;[20] đ) kada su u pitanju velika pravna lica, firmarina se kreće u rasponu od 34.200 dinara (u Subotici u četvrtoj zoni) do dve prosečne zarade u Sremskim Karlovcima; e) kod privrednih subjekata koji obavljaju zakonom izuzete delatnosti, firmarina se kreće u rasponu od 10.000 dinara (u Novoj Crnji za obveznike koji obavljaju delatnost noćnih barova i diskoteka) do 5 prosečnih zarada u Sremskim Karlovcima. Kao što vidimo, i u ovoj grupi jedinica lokalne samouprave sreću se one koje propisuju različite iznose firmarine u zavisnosti od vrste zakonom izuzete delatnosti. Pored toga, prilikom određivanja visine firmarine pojedine jedinice lokalne samouprave iz ove grupe vodile su računa i o zoni (npr. Apatin) u kojoj se obavlja delatnost, kao i o vrsti, odnosno veličini privrednog subjekta (npr. Opovo).

Iz navedenog vidimo da su jedinice lokalne samouprave iz odabranog uzorka određivale visinu firmarine formalno uvažavajući zakonom predviđene kriterijume, za razliku od ranijeg perioda, kada su pojedine lokalne vlasti koristile i kriterijume koji nisu bili propisani zakonom (npr. organizacioni oblik poslovanja, broj zaposlenih i sl.), zbog čega je i intervenisao Ustavni sud (Kristić, 2006: 87).

2.2. Taksa za držanje motornih drumskih i priključnih vozila, osim poljoprivrednih vozila i mašina

Taksa za držanje motornih drumskih i priključnih vozila, koja se plaća prilikom njihove registracije, nije ništa drugo nego porez

20 60.422 dinara je iznosila prosečna zarada isplaćena u periodu januar–avgust 2021.

na posedovanje pojedinačnih oblika imovine. Uvedena je od strane svih opština i gradova na teritoriji AP Vojvodine.

Zakonom o finansiranju lokalne samouprave ustanovljeni su najviši iznosi ove takse, koji su različiti za različite kategorije motornih vozila. Ti iznosi su sledeći:

- za teretna vozila:
- za kamione do 2 t nosivosti do 2.360 dinara,
- za kamione od 2 t do 5 t nosivosti do 3.150 dinara,
- za kamione od 5 t do 12 t nosivosti do 5.490 dinara,
- za kamione preko 12 t nosivosti do 7.840 dinara;
- za teretne i radne prikolice (za putničke automobile) do 780dinara;
- za putnička vozila:
- do 1.150 cm^3 do 780 dinara,
- preko 1.150 cm^3 do 1.300 cm^3 do 1.550 dinara,
- preko 1.300 cm^3 do 1.600 cm^3 do 2.350 dinara,
- preko 1.600 cm^3 do 2.000 cm^3 do 3.150 dinara,
- preko 2.000 cm^3 do 3.000 cm^3 do 4.740 dinara,
- preko 3.000 cm^3 do 7.840 dinara,
- za motocikle:
- do 125 cm^3 do 630 dinara,
- preko 125 cm^3 do 250 cm^3 do 930 dinara,
- preko 250 cm^3 do 500 cm^3 do 1.540 dinara,
- preko 500 cm^3 do 1.200 cm^3 do 1.910 dinara,
- preko 1.200 cm^3 do 2.350 dinara;
- za autobuse i kombi buseve po registrovanom sedištu do 70 dinara;
- za priključna vozila: teretne prikolice, poluprikolice i specijalne teretne prikolice za prevoz određenih vrstatereta:
- 1 t nosivosti do 640 dinara,
- od 1 t do 5 t nosivosti do 1.090 dinara,
- od 5 t do 10 t nosivosti do 1.490 dinara,
- od 10 t do 12 t nosivosti do 2.060 dinara,
- nosivosti preko 12 t do 3.150 dinara;
- za vučna vozila (tegljače):
- čija je snaga motora do 66 kW do 2.350 dinara,
- čija je snaga motora 66–96 kW do 3.150 dinara,
- čija je snaga motora 96–132 kW do 3.960 dinara,
- čija je snaga motora 132–177 kW do 4.740 dinara,
- čija je snaga motora preko 177 kW do 6.290 dinara;

- za radna vozila, specijalna adaptirana vozila za prevoz rekvizita za putujuće zabave, radnje i atestirana specijalizovana vozila za prevoz pčela do 1.550 dinara.

Najviši iznosi lokalne komunalne takse za držanje motornih drumskih i priključnih vozila usklađuju se godišnje, sa godišnjim indeksom potrošačkih cena. Prilikom tog usklađivanja polazi se od poslednjih objavljenih usklađenih najviših iznosa lokalne komunalne takse. U slučaju da jedinica lokalne samouprave propiše više iznose ove takse od iznosa propisanih u zakonu, primenjivaće se najviši iznosi propisani zakonom.[21]

Fiskalni značaj takse za držanje motornih drumskih i priključnih vozila, osim poljoprivrednih vozila i mašina, ne može se sagledati u svih 45 jedinica lokalne samouprave. Naime, samo njih 28 je u odlukama o završnim računima budžeta za 2022. godinu prikazalo koliko je sredstava prikupljeno od ove takse, dok su ostale to učinile u okviru sintetičkog konta 714500[22] – Porezi, takse i naknade na upotrebu dobara, na dozvolu da se dobra upotrebljavaju ili delatnosti obavljaju, a koji sadrži analitička konta kojima se knjiže porezi, takse i naknade na motorna vozila, porezi na upotrebu, držanje i nošenje dobara, republičke takse i naknade na posebne proizvode i posebne aktivnosti, naknade za korišćenje dobara od opšteg interesa, koncesione naknade i boravišne takse, opštinske i gradske naknade, opštinske i gradske komunalne takse, naknade za korišćenje državnih puteva i naknade za korišćenje opštinskih puteva i ulica.[23] Analiza završnih računa budžeta tih 28 jedinica lokalne samouprave nam je pokazala da je njeno prosečno učešće u ukupnim budžetskim sredstvima u 2022. godini iznosilo 0,97%. Shodno tome, možemo razlikovati jedinice lokalne samouprave u kojima je to učešće iznad i ispod proseka. U prvu grupu spada njih 15 (Alibunar (1,01%), Bačka Balanka (1,10%), Bački Petrovac (1,07%), Srbobran (1,14%), Apatin (1,15%), Vršac (1,15%), Ruma (1,16%), Odžaci (1,20%), Sremska Mitrovica (1,24%), Bečej (1,31%), Kovačica (1,29%), Kanjiža (1,37%), Sombor (0,98%), Vrbas (0,99%) i Senta (1,36%)), a u drugu njih 13 (Sečanj (0,44%), Mali Iđoš (0,60%), Kovin (0,46%), Novi Kneževac (0,67%), Čoka (0,70%), Bela Crkva

21 Čl. 15v Zakona o finansiranju lokalne samouprave.

22 Štaviše, u Plandištu u završnom računu budžeta za 2022. godinu prikazani su samo ukupni prihodi i primanja prema ekonomskoj klasifikaciji na trocifrenom nivou, tako da su prihodi od takse za držanje motornih drumskih i priključnih vozila prikazani u okviru grupe 714 – porez na dobra i usluge.

23 Vid. čl. 17 Pravilnika o standardnom klasifikacionom okviru i kontnom planu za budžetski sistem, *Službeni glasnik RS*, br. 16/16, 49/16, 46/17, 114/17, 20/18, 36/18, 93/18, 104/18, 14/19, 33/19, 68/19, 84/19, 151/20, 19/21, 66/21, 130/21, 144/22, 26/23, 83/23, 118/23.

(0,72%), Bač (0,78%), Kula (0,78%), Titel (0,83%), Irig (0,86%), Ada (0,90%), Opovo (0,92%) i Novi Bečej (0,95%)).

Analiza podzakonskih akata 20 jedinica lokalne samouprave (deset u kojima je ova taksa u 2022. godini bila najizdašnija i deset u kojima je bila najmanje izdašna) nam je pokazala da se lokalne vlasti nisu opredeljivale za uvođenje najviših zakonom dopuštenih iznosa. Moglo bi se reći i da u pogledu visine ove takse ne postoje značajne razlike između jedinica lokalne samouprave iz odabranog uzorka. Mišljenja smo da visina ove takse ne utiče na njenu izdašnost, jer jedinicama lokalne samouprave i nije ostavljena prevelika sloboda u pogledu njenog raspona.

2.3. Taksa za držanje sredstava za igru („zabavne igre")

Taksa za držanje sredstava za igru nije ništa drugo nego porez na obavljanje određenih oblika poslovnih aktivnosti. Uprkos zakonskoj mogućnosti, ona nije uvedena od strane svih jedinica lokalne samouprave koje se nalaze na teritoriji AP Vojvodine (Subotica, Kanjiža, Kula, Plandište i Žitište).

Iako je svega nekoliko njih u svojim završnim računima prikazalo učešće ove takse u ukupnim budžetskim sredstvima, možemo zaključiti da je njen fiskalni značaj izuzetno skroman, skoro pa beznačajan. Tako, u Somboru učešće ove takse u ukupnim budžetskim sredstvima u 2022. godini iznosilo je 0,00036%, u Vršcu 0,00055%, u Bačkoj Palanci 0, 0011%, u Baču 0, 0017%, u Rumi 0,0022%, u Bačkom Petrovcu 0,0020%, u Staroj Pazovi 0,0037%, a u Senti 0,0076%.

Razrada elemenata ove takse izvršena je u odgovarajućim podzakonskim aktima skupština lokalnih vlasti. U svakom od tih akata precizirano je šta se sve smatra sredstvima za igru („zabavnim igrama") za potrebe primene ove takse. Najveći deo njih pod „zabavne igre" podvodi igre na računarima, simulatorima, video-automatima, fliperima i drugim sličnim napravama koje se stavljaju u pogon pomoću novca ili žetona, kao i pikado, bilijar, stoni fudbal i druge slične igre (npr. dečiji automobili i klackalice, konjići i druge slične naprave koje se stavljaju u pogon pomoću novca ili žetona), u kojima se učestvuje uz naplatu, a u kojima učesnik ne može ostvariti dobitak u novcu, stvarima, uslugama ili pravima, već samo pravo na jednu ili više besplatnih igara iste vrste. Manjina su jedinice lokalne samouprave u kojima se ova taksa plaća na tombolu, slot i poker aparate (Bački Petrovac, Irig, Novi Kneževac i Nova Crnja). U svim jedinicama lokalne samouprave sa teritorije AP Vojvodine, a koje su uvele ovu taksu, ona se plaća po aparatu za zabavne igre. Takseni obveznik je lice koje drži aparateza igru, odnosno priređuje zabavne igre u prostoru. Odgovarajućim

podzakonskim aktima utvrđena je visina ove takse, koja se može plaćati u dnevnom ili pak mesečnom iznosu, s tim da su se pojedine jedinice lokalne samouprave opredelile za propisivanje različitih iznosa, u zavisnosti od zone u kojoj se priređuju tzv. zabavne igre (npr. Sombor i Bačka Topola) i vrste sredstava za igru (npr. Nova Crnja). Pojedine jedinice lokalne samouprave ustanovile su određene poreske olakšice kod ove takse (npr. u Somboru se umanjuje za 30% obveznicima kojima je držanje zabavnih igara osnovna delatnost, a u Čoki za 50% obveznicima koji imaju poslovne prostorije na selu).

3. Zaključak

Iako srpski zakonodavac formalno govori o taksama, kod firmarine, takse za držanje motornih drumskih i priključnih vozila i takse za držanje sredstava za igru suštinski se radi o porezima. Tome u prilog govori ne samo odsustvo neposredne protivnaknade, nego i okolnost da njihova visina često zavisi od ekonomske snage taksenih obveznika, što kod taksa ne bi trebalo da bude slučaj.

Kako bi pojednostavio fiskalni sistem i smanjio fiskalno opterećenje poslovnog sektora, ali i ograničio mogućnosti za proizvoljno postupanje lokalnih vlasti, srpski zakonodavac je značajno reformisao lokalne komunalne takse. Promene su se sastojale, prvenstveno, u svođenju sistema lokalnih komunalnih taksa na svega tri takse, ograničavanju visine firmarine i njenom neplaćanju od strane obveznika „male“ ekonomske snage. Pošto je navedenim reformama smanjen fiskalni značaj lokalnih komunalnih taksa, kao izvornih prihoda lokalnih vlasti, možemo konstatovati da su one dovele u pitanje njihovu finansijsku autonomiju. Naime, iako se gubitak izvornih prihoda po ovom osnovu kompenzovao povećanjem učešća lokalnih vlasti u ustupljenim prihodima, navedeno rešenje dovelo je do sužavanja njihove finansijske autonomije, koja bez adekvatnih sopstvenih sredstava ostaje samo prazno slovo na papiru.

Ako se imaju u vidu podaci o izdašnosti lokalnih komunalnih taksa, a do kojih se došlo u ovom radu, možemo zaključiti da je njihov doprinos finansijskoj autonomiji opština i gradova sa teritorije AP Vojvodine prilično skroman. Istraživanje je pokazalo da u pogledu izdašnosti firmarine postoje značajne razlike između jedinica lokalne samouprave koje se nalaze na teritoriji AP Vojvodine. Utvrdili smo i da se, u najvećem broju slučajeva, najrazvijenije jedinice lokalne samouprave mogu pohvaliti relativnom izdašnošću takse za isticanje firme na poslovnom prostoru. Naime, od 11 „razvijenih“ jedinica

lokalne samouprave sa teritorije AP Vojvodine, u njih osam prihodi od firmarine su iznad proseka, a u njih tri ispod proseka. S druge strane, ako se posmatra 19 „nerazvijenih" jedinica lokalne samouprave koje se nalaze na teritoriji AP Vojvodine (iz treće i četvrte grupe), u njih 14 prihodi od firmarine su ispod proseka, a u njih pet iznad proseka. Od 15 „srednje razvijenih" jedinica lokalne samouprave sa teritorije AP Vojvodine, u njih devet firmarina je iznad proseka, a u njih šest ispod proseka.

Analiza podzakonskih akata 20 jedinica lokalne samouprave sa teritorije AP Vojvodine nam je pokazala da su se lokalne vlasti retko opredeljivale za uvođenje najviših zakonom dopuštenih iznosa firmarine, odnosno za prekoračenje tih iznosa. One koje su tako postupile mogu se pohvaliti relativnom izdašnošću firmarine (jedna od njih je „razvijena", a jedna „nerazvijena"). Sve jedinice lokalne samouprave iz odabranog uzorka pridržavale su se zakonskih normi, u smislu da su prilikom određivanja visine firmarine koristile kriterijume ustanovljene zakonom (vrsta delatnosti, zona u kojoj se delatnost nalazi i veličina pravnog lica). Ono što je uočljivo jeste da su pojedine od njih privilegovale određene zakonom izuzete delatnosti, u smislu propisivanja niskih iznosa firmarine. Takođe, uočeno je da su neke delatnosti, koje se ne mogu okarakterisati kao zakonom izuzete delatnosti, izdvojene iz opšteg režima, i to na način da su za njih ustanovljeni prilično visoki iznosi firmarine. Iako načelno osnov za takvo postupanje postoji u zakonu, koji dopušta da se prilikom određivanja visine lokalnih komunalnih taksa propisuju različiti iznosi u zavisnosti od vrste delatnosti, ne možemo se oteti utisku da su takva rešenja postavljena kako bi se opteretili, odnosno privilegovali tačno određeni privredni subjekti. Dakle, iako su se promenama Zakona o finansiranju lokalne samouprave nesumnjivo smanjile mogućnosti za proizvoljno postupanje prilikom uvođenja firmarine, one i dalje postoje, jer se u nekim jedinicama lokalne samouprave za određene delatnosti ciljano propisuju jako visoki, odnosno niski iznosi firmarina. U vezi sa prethodno navedenim, može se postaviti pitanje da li se radi o diskriminatornom tretmanu, odnosno da li ima osnova za intervenciju Ustavnog suda.

U pogledu uticaja visine firmarine na njenu izdašnost, došli smo do zaključka da one jedinice lokalne samouprave u kojima je izdašnost ispod proseka nisu uvodile maksimalno dopuštene iznose firmarina, pa čak ni firmarine koje su bliske tom iznosu. Dakle, najviši iznosi firmarina koji se sreću u ovoj grupi jedinica lokalne samouprave su znatno niži od najviših iznosa firmarina koji su propisani u

jedinicama lokalne samouprave koje se mogu pohvaliti relativnom izdašnošću ove dažbine. Samo ilustracije radi, u Vrbasu, u kojem je izdašnost iznad proseka, srednja pravna lica plaćaju firmarinu u iznosu od 110.000 dinara, a u Sremskim Karlovcima, lokalnoj samoupravi u kojoj je izdašnost firmarine ispod proseka, oko 60.000 dinara. Uočili smo i da su pojedine jedinice lokalne samouprave koje se ne mogu pohvaliti izdašnošću firmarine pokazale prilično nemaran odnos prema njenoj naplati (npr. nisu je naplaćivale tokom određenog vremenskog perioda, ustanovljavale su poresko oslobođenje za novoosnovane privredne subjekte u prvoj godini poslovanja). Da li je takvo postupanje deo taktike pomoći privrednom sektoru ili deo strategije oslanjanja na transfere centralne vlasti, radi dobijanja političke podrške kod lokalnih glasača, ostaje nejasno.

Dati nedvosmislen odgovor na pitanje koji su to faktori koji utiču na izdašnost firmarine nije jednostavno, jer ona zavisi od dejstva većeg broja faktora. Prilikom tumačenja rezultata koji su dobijeni dovođenjem u vezu razvijenosti opština i gradova i fiskalnog značaja firmarine, treba imati u vidu da je podzakonski akt kojim je sprovedena sistematizacija lokalnih vlasti na osnovu razvijenosti donet pre deset godina i da su se stvari u međuvremenu promenile, u smislu da su pojedine jedinice lokalne samouprave uspele da „privuku“ privredne aktivnosti na svoje teritorije.

U pogledu takse za držanje motornih drumskih i priključnih vozila, među jedinicama lokalne samouprave sa teritorije AP Vojvodine ne postoje tolike razlike u pogledu izdašnosti kao što je to slučaj kod firmarine. Čini se da kod ove takse izdašnost zavisi, pre svega, od broja registrovanih motornih drumskih i priključnih vozila.

Što se tiče takse za držanje sredstava za igru, njen fiskalni značaj je zaista marginalan, pa se može postaviti pitanje da li su troškovi njenog utvrđivanja i naplate veći od prikupljenih prihoda. Pored toga, u pojedinim slučajevima se zbog nepreciznog definisanja javlja i dilema šta se sve podvodi pod „zabavne igre“, što stvara pravnu nesigurnost kod obveznika. Zbog prethodno navedenog, ali i potrebe da se pojednostavi fiskalni sistem, njeno neuvođenje od strane pojedinih lokalnih samouprava je potpuno razumljivo. Otuda smatramo da ukidanje takse za držanje sredstava za igru u Zakonu o finansiranju lokalne samouprave ne bi bio pogrešan potez, odnosno da njeno ukidanje ne bi predstavljalo meru kojom bi se još više oslabila finansijska autonomija lokalnih vlasti.

Na kraju zaključujemo da srpskom zakonodavcu nije bilo jednostavno postići balans između potrebe da se pojednostavi fiskalni sistem

i smanji fiskalno opterećenje poslovnog sektora, s jedne strane, i potrebe za što većim izvornim prihodima, s druge strane. Imajući u vidu prirodu lokalnih komunalnih taksa i činjenicu da njihovo plaćanje nailazi na otpor poreskih obveznika, i to, prvenstveno, zbog nepostojanja specijalne protivusluge zauzvrat, mišljenja smo da u budućnosti centralna vlast neće menjati regulativu u pravcu povećanja njihove izdašnosti. Realnije je očekivati da će napori biti usmereni ka povećanju fiskalnog značaja nekih drugih izvornih prihoda, pre svega poreza na imovinu.

Literatura i izvori

Aleksić, V. (2018). Fiskalna decentralizacija u Republici Srbiji. *Megatrend revija*. 3(XV). 241–260.

Anđelković, M. (2008). Fiskalna decentralizacija u Republici Srbiji. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu.* 51(LI). 41–52.

Arends, H. (2020). The Dangers of Fiscal Decentralization and Public Service Delivery: A Review of Arguments. *PolitischeVierteljahresschrift-German Political Science Quarterly*. 61. 599–622.

Levitas, T. (2009). *Local Government Own Revenue, Land Use and Economic Development Policies in Serbia: The Case of Niš.* Washington D.C: Urban Institute Center on International Development and Governance.

Kristić, S. (2006). *Izvorni prihodi u sistemu finansiranja lokalne samouprave u Republici Srbiji*. Beograd: Palgo centar i Stalna konferencija gradova i opština.

Popović, D. (1997). *Nauka o porezima i poresko pravo*. Budimpešta – Beograd: Open Society Institute/Constitutional and Legislative Policy Institute i Savremena administracija.

Radičić, M., Raičević, B. (2008). *Javne finansije – teorija i praksa*. Beograd: Data status.

Radvan, M. (2019). Muncipal Charges on Communal Waste: Do They Compete with Immovable Property Tax. *Journal of Financial Management Property and Construction*. 2(XXIV), 148–165.

Cvjetković, C. (2015). *Porez na imovinu u statici,* doktorska disertacija. Beograd: Pravni fakultet u Beogradu.

Zakon o budžetskom sistemu. *Službeni glasnik RS*. Br. 54 (2009), 73 (2010), 101 (2010), 101 (2011), 93 (2012), 62 (2013), 63 (2013), 108 (2013), 142 (2014), 68 (2015), 103 (2015), 99 (2016), 113 (2017), 95 (2018), 31 (2019), 72 (2019), 149 (2020), 118 (2021), 118 (2021), 138 (2022), 92 (2023).

Zakon o finansiranju lokalne samouprave. *Službeni glasnik RS*. Br. 62 (2006), 47 (2011), 93 (2012), 99 (2013), 125 (2014), 95 (2015), 83 (2016), 91

(2016), 104 (2016), 96 (2017), 89 (2018), 95 (2018), 86 (2019), 126 (2020), 99 (2021), 111 (2021), 124 (2022), 97 (2023).

Uredba o utvrđivanju jedinstvene liste razvijenosti regiona i jedinica lokalne samouprave za 2014. godinu. *Službeni glasnik RS*. Br. 104 (2014).

Pravilnik o standardnom klasifikacionom okviru i kontnom planu za budžetski sistem. *Službeni glasnik RS*. Br. 16 (2016), 49 (2016), 46 (2017), 114 (2017), 20 (2018), 36 (2018), 93 (2018), 104 (2018), 14 (2019), 33 (2019), 68 (2019), 84 (2019), 151 (2020), 19 (2021), 66 (2021), 130 (2021), 144 (2022), 26 (2023), 83 (2023), 118 (2023).

European Charter of Local Self-Government, Council of Europe, *European Treaty Series*. No. 122 (1985).

Cvjetana Cvetković Ivetić, LL.D.,
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Novi Sad
Luka Baturan, LL.D.,
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Novi Sad
Republic of Serbia

PUBLIC UTILITY FEES AS OWN REVENUES OF LOCAL SELF-GOVERNMENT UNITS IN THE TERRITORY OF AUTONOMOUS PROVINCE OF VOJVODINA

Summary

The process of fiscal decentralization, as a typical feature of contemporary societies, implies the transfer of public functions and public revenues from higher to lower levels of authorities in order to ensure the financing of the transferred functions. The trend of fiscal decentralization has created the increased need for own revenues of local self-government units. The rates of these revenues are determined by local authorities, either independently or in line with the statutory limits. In the Republic of Serbia, own revenues of local self-government unit include different local public utility fees. In this paper, the authors deal with the financial autonomy of local self-government units observed through the lens of local public utility fees, (i.e. their yields), whereby the research will be limited only to the local self-government units in the territory of Autonomous Province of Vojvodina. The authors will also attempt to determine the factors that affect the rates and abundance of these revenues of local self-government units.

Keywords*: local public utility fees, fee for use of advertising boards, fee for motor vehicles and trailers, except agriculture vehicles and machinery, fee for gaming assets.*

UDK: 347.952.2
UDK: 347.232

pregledni
naučni rad

Rad primljen: 20.07.2024.
Rad prihvaćen: 05.12.2024.

Dr Stojana Petrović, [*]
Docent,
Pravni fakultet, Univerzitet u Banjoj LuciRepublika Srpska,
Bosna i Hercegovina

DOI: 10.5937/zrpfn1-52310

IZVRŠENjE NA NEPOKRETNOSTI NA KOJOJ NIJE UPISANO PRAVO SVOJINE IZVRŠENIKA

Apstrakt: *Propust izvršenika da upiše svoje pravo svojine na nepokretnosti nije prepreka određivanju izvršenja u pravima entiteta Bosne i Hercegovine. I pored toga, zbog uslovljavanja sprovođenja izvršenja upisom prava izvršenika na nepokretnosti, važeća procesna pravila ne mogu se smatrati adekvatnim normativnim odgovorom domaćih zakonodavaca na potrebu tražioca izvršenja da se namiri, naročito kada izvršenik nema drugog predmeta koji bi se mogao predložiti za namirenje. U radu se, upotrebom naučne metodologije, razmatra i procjenjuje aksiološka vrijednost zakonodavnih rješenja pitanja izvršenja na nepokretnosti koja nije upisana kao svojina izvršenika u domaćem pravu, te i u pravima odabranih država okruženja. Analizom su obuhvaćene obje situacije – kada upis prava izvršenika ima konstitutivni, kao i kada on ima deklarativni učinak na njegovo sticanje prava. Zaključuje se da vremenska korelacija između trenutka određivanja izvršenja na neupisanoj nepokretnosti i trenutka upisa izvršenika kao njenog vlasnika determiniše najmanje tri moguća zakonodavna modela određivanja izvršenja. Svaki od uočenih modela kojima se prinudno namirenje tražioca izvršenja uslovljava prethodnim upisom izvršenikovog prava na nepokretnosti moguće je unaprijediti, ili rješavanjem problema efikasnog pribavljanja osnova za upis prava izvršenika, ili omogućavanjem provođenja pljenidbenog popisa u situaciji kada je pribavljanje izvršenikovog titulusa, a time i upis njegovog prava, nemoguće za tražioca izvršenja.*

Ključne riječi*: upis nepokretnosti, određivanje izvršenja, pljenidbeni popis nepokretnosti.*

[*] stojana.petrovic@pf.unibl.org, ORCID 0000-0002-9507-8585

1. Uvodna zapažanja

Opšte je pravilo o dužnosti tražioca da prijedlogu za izvršenje priloži izvod iz registra nepokretnosti kao dokaz o svojini izvršenika, da bi sud mogao odrediti izvršenje.[1] Smatra se da je ovo jedan od najvažnijih priloga kojim treba da bude snabdjeven prijedlog za izvršenje (Keča, Starović, 2004: 628). Za određivanje izvršenja na nepokretnosti tražilac izvršenja, osim prava svojine, može dokazivati postojanje izvršenikovog prava raspolaganja nepokretnošću koja je u registru upisana kao društvena svojina (Triva, Belajec, Dika, 1980: 162). I u domaćoj sudskoj praksi neka uža ovlašćenja od svojine tretiraju se kao svojina ukoliko su upisana u evidenciju. Tako se registrovano pravo izvršenika na trajno korišćenje nepokretnosti izjednačava sa svojinom.[2] I upis posjeda izvršenika u izvršnom postupku izjednačava se sa svojinom.[3] Sa druge strane, upisano pravo izvršenika na korišćenje nepokretnosti koja je u društvenoj svojini ne smatra se u praksi pravom na kojem se može odrediti izvršenje prema njemu.[4]

1 Čl. 70, st. 1 Zakona o izvršnom postupku, *Službeni glasnik Republike Srpske,* br. 59/03, 85/03, 64/05, 118/07, 29/10, 57/12, 67/13, 98/14, 5/17, 58/18, 66/18, dalje u tekstu: ZIP RS i Zakona o izvršnom postupku, *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine,* br. 32/03, 52/03, 33/06, 39/06, 39/09, 35/12, 46/16, 42/18, dalje u tekstu: ZIP FBiH. Zakonodavac u Republici Srpskoj u ovoj odredbi neprimjereno koristi termin *zemljišna knjiga,* iako je usvajanjem Zakona o premjeru i katastru, *Službeni glasnik Republike Srpske,* br. 6/12, 110/16, 22/18, 62/18, 95/19, 90/23, *dalje u tekstu:* ZPK RS, još od 2012. godine uveden katastar kao jedinstvena evidencija o nepokretnostima i stvarnim pravima na njima (*v.* čl. 4, st. 1 ZPK RS). U Federaciji Bosne i Hercegovine zadržan je sistem zemljišnih knjiga kao evidencije prava na nepokretnostima (*v.* odredbu čl. 1 i čl. 2, st. 1, tač. 1) Zakona o zemljišnim knjigama, *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine,* br. 58/02, 19/03, 54/04, 32/19, 61/22, *dalje u tekstu:* ZZK FBiH).

2 *V.* Rješenje Okružnog suda u Banjoj Luci u predmetu br. 71 0 I 204459 15 Gž. U ovom predmetu konstatovano je da izvadak iz evidencije kojim se dokazuje trajno pravo korišćenja nepokretnosti na ime izvršenika treba prihvatiti kao dokaz o tome da je izvršenik vlasnik zgrade i zemljišta ispod zgrade koje služi njenoj upotrebi.

3 U predmetu broj 75 0 I 027023 15 Gž, Osnovni sud u Mrkonjić Gradu je rješenjem od 31. 01. 2013. odredio izvršenje na nepokretnosti na kojoj je u izvršenik upisan kao posjednik. Rješenjem Okružnog suda u Banjoj Luci od 08. 02. 2019. u predmetu br. 75 0 I 006049 18 Gž potvrđeno je prvostepeno rješenje o izvršenju, a prema kojem upis prava korišćenja u list nepokretnosti ne sprečava sprovođenje izvršenja. Radi se o nepokretnosti na području opštine Šipovo. U obje situacije, nepokretnosti se nalaze na području na kojem se ne vodi registar prava na njima, već samo katastar kao registar nepokretnosti, odnosno radi se o područjima na kojima ne postoji uredna evidencija.

4 *V.* Rješenje Okružnog suda u Banjoj Luci, od 20. 02. 2018. u predmetu br. 71 0 I 241288 17 Gž. U ovom predmetu sud je zauzeo stav da bi tražilac izvršenja trebao

Prijedlogu za izvršenje može se udovoljiti i ukoliko je pravo na nepokretnosti upisano na drugo lice, a ne na izvršenika. Ovo pod uslovom da su, po utvrđivanju izvršenikove imovine, a prema članu 37 ZIP RS/ZIP FBiH ispunjeni uslovi za promjenu stanja u evidenciji na način da se ista može upisati kao svojina izvršenika.[5]

Izvršenje se može odrediti i na nepokretnosti koja nije upisana u registar, dakle, iako nisu ispunjeni uslovi propisani odredbom člana 70, stav 2 ZIP RS/ZIP FBiH (Petrović, Suvlasništvo trećeg lica na predmetu izvršenja kao pravo koje (ne) sprečava izvršenje, 2023: 220).

Iz navedenih zakonodavnih odredaba proizlazi to da može nastati nekoliko hipotetičkih situacija ukoliko nepokretnost na kojoj se predlaže izvršenje nije evidentirana kao svojina izvršenika. Prva je kada registar prava na nepokretnostima postoji, ali nepokretnost nije upisana kao svojina izvršenika. Ovo je situacija koja nastaje izvršenikovim nemarnim ponašanjem prema upisu svog prava, iako je on savjestan i zakoniti posjednik. Druga je situacija kada je registar prava na nepokretnostima postojao i nepokretnost je bila evidentirana kao izvršenikova, ali evidencije u vrijeme podnošenja prijedloga za izvršenje nema, niti tražilac izvršenja ima dokaz o svojini izvršenika. Ovo je situacija kada je postojeća evidencija uništena ili oštećena, ali je izvijesno njeno ponovno uspostavljanje u skorijem vremenu. Treća situacija je da registar prava na nepokretnostima nikada nije postojao na području na kojem se nalazi nepokretnost, niti on postoji u vrijeme podizanja prijedloga za izvršenje.[6] U ovoj situaciji ne može se ni sa sigurnošću znati da li će evidencije ikada biti.

Nepostojanje zakonodavnog okvira pojma vanknjižne svojine u domaćem pozitivnom pravu uslovilo je njena različita poimanja u pravnoj teoriji. Naime, ovaj pojam vezuje se za situaciju kada izvršenik svoje pravo na nekretnini nije upisao, iako on ima pravni osnov za upis i postoji evidencija, pri čemu bi upis imao deklarativno, a ne konstitutivno dejstvo (Mutapčić, 2020: 26). Neki pak autori pojam vanknjižne svojine povezuju sa situacijom gdje sticalac nekretnine

sačekati na rješenje o brisanju društvene svojine, te i na upis svojine izvršenika na predmetnoj nepokretnosti.

5 Čl. 70, st. 2 ZIP RS/ZIP FBiH.

6 Iako se čini kao hipotetička, ovakva situacija postoji u mnogim opštinama na teritoriji oba posmatrana entiteta Bosne i Hercegovine. Nepostojanje registra prava na nepokretnostima jedan je od ometajućih faktora u razvoju takvih opština. Ovo, budući da zbog nemogućnosti konstituisanja hipoteke na nepokretnostima na tim područjima i banke izbjegavaju plasiranje kredita stanovništvu. Takođe je otežan i promet takvih nepokretnosti.

svoje pravo nije upisao u registar, iako je registar ustrojen, te iako on posjeduje titulus, a upis bi imao konstitutivni karakter (Velić, Grgić, 2018: 153).[7] U nedostatku izričitog zakonskog regulisanja i, posljedično tome, neujednačenog teorijskog poimanja pojma vanknjižne svojine, niti jedna od navedenih situacija pomenuta u ovom radu neće se vezati za pojam vanknjižne svojine.

2. Osvjetljavanje problema za istraživanje i metodološke napomene

Domaći zakonski okvir omogućava pokretanje i određivanje izvršenja kao prvu fazu izvršnog postupka i na nepokretnosti koja nije upisana u javni registar kao svojina izvršenika, iako postoje uslovi za upis. Određivanju izvršenja ne smeta ni to što nepokretnost uopšte nije upisana u javni registar, bilo da je izvijesno njegovo uspostavljanje, ako registar ne postoji u vrijeme određivanja izvršenja, bilo da on nikada nije postojao, niti je izvijesno da će ga ikada biti.[8]

Faza sprovođenja izvršenja, odnosno preduzimanje izvršnih radnji, međutim, zavisi od toga da li je tražilac izvršenja uspio da izdejstvuje upis izvršnika kao vlasnika na nepokretnosti, ili nije. Pitanje je zapravo o kojoj od navedenih hipotetičkih situacija se radi. Naime, teško je očekivati da će izvršenik koji do trenutka određivanja izvršenja nije pokrenuo postupak upisa učiniti to nakon što je saznao da je sud odredio izvršenje. Tražilac izvršenja, međutim, ima pravni interes, a i zakonodavac ga ovlašćuje na to da on u propisanom roku od dana donošenja rješenja o izvršenju pokrene postupak upisa prava izvršenika na nepokretnosti predmetu izvršenja, a evidencija postoji.[9] U radu će se razmatrati i to da li se odredbama pozitivnog prava adekvatno štiti interes tražioca izvršenja za namirenje na nepokretnosti koja nije upisana u javni registar usljed izvršenikovog nemara prema svom pravu, a u situaciji kada tražilac izvršenja nema mogućnost da predloži drugi predmet izvršenja. Zbog ograničenog obima rada, istraživanje neće obuhvatiti analizu situacije kada izvršenik nije upisao svoje pravo na nepokretnosti zbog nepostojanja

7 U srpskoj pravnoj teoriji uzima se da je vanknjižna svojina pojam koji treba vezati za situaciju kada titular nije iz objektivnih razloga u mogućnosti upisati svoje pravo, kao što je situacija nepostojanja registra nekretnina na određenom području, ali ne i za situaciju kada je propuštanje da se uknjiži pravo na nekretnini isključivo posljedica nemara titulara (Stevanović, 2022: 403).

8 *Tako proizlazi iz smisla odredbe* čl. 113, st. 1 ZIP RS/ZIP FBiH.

9 Čl. 113, st. 5 ZIP RS/ZIP FBiH.

registra na tom području. Rad se neće baviti ni situacijom u kojoj na području na kojem se nalazi nepokretnost nikada nije postojao javni registar niti je izvijesno da li će biti uspostavljen.

Prikazani će biti neki identifikovani zakonodavni modeli, prvenstveno vremenskog odnosa određivanja izvršenja i upisa izvršeni- kovog prava svojine na nepokretnosti, a koji su se ukazali upotrebom uporednopravne metode. Biće data njihova aksiološka procjena sa aspekta zaštite interesa tražioca izvršenja na namirenje na imovini izvršenika, kako bi se domaćim zakonodavcima rasvijetlila problematika i ukazalo na optimalna procesna rješenja za neke buduće zakonodavne intervencije.

Rad je strukturalno postavljen po *IMRaD* formatu[10] svojstvenom egzaktnim naukama, a koji je, kao što će biti prikazano, upotrebljiv i kod istraživanja društvenih fenomena, kao što je procesnopravni institut izvršenja na nepokretnosti koja nije upisana kao svojina izvršenika. Kod ovako postavljene strukture rada, rezultati istraživanja, pored uvodnog i metodološkog dijela, prikazani su u vidu poglavlja 3. Rezultat istraživanja – Identifikovani pozitivnopravni modeli određivanja izvršenja na nepokretnosti na kojoj izvršenik nije upisano pravo svojine. Ovo poglavlje podijeljeno je u tri podnaslova, a skladno tri uočena zakonodavna modela odnosa određivanja izvršenja i upisa izvršenikovog prava, i to: 3.1. Model određivanja izvršenja na nepokretnosti prije upisa prava izvršenika, koji je uočen u domaćem pozitivnom pravu, 3.2. Model određivanja izvršenja nakon upisa prava izvršenika i 3.3. Model sprovođenja pljenidbenog popisa nepokretnosti na kojoj nije upisano pravo izvršenika, a koji su identifikovani u pravima posmatranih država okruženja – u republikama Srbiji i Hrvatskoj. U okviru četvrtog poglavlja izvršena je teorijsko-aksiološka procjena identifikovanih modela, dok su na kraju predstavljenazaključna opažanja.

3. Rezultat istraživanja – identifikovani pozitivnopravni modeli određivanja izvršenja na nepokretnosti na kojoj izvršeniknije upisao svoje pravo svojine

Normativno-dogmatska analiza domaćeg pozitivnog prava, te i uporednopravni pristup temi rada ukazali su na tri zakonodavna modela određivanja izvršenja na nepokretnosti koja nije upisana kao svojina izvršenika, već nekog drugog lica, iako postoje uslovi za upis –

10 *Introduction, Methods, Results and Discussion/Conclusion* (Codina, 2022: 98).

izvršenik ima *titulus* za upis svog prava i *clausula intabulandi*, te postoji evidencija na tom području.

3.1. Model određivanja izvršenja na nepokretnosti prije upisa prava izvršenika

Kada tražilac izvršenja predloži nepokretnost na kojoj nije upisano pravo svojine izvršenika iako postoje i *tiutlus* za upis i evidencija nepokretnosti, u domaćem pravu jednoobrazno u oba posmatrana entiteta – u Republici Srpskoj i u Federaciji Bosne i Hercegovine – usvojen je koncept mogućnosti određivanja izvršenja prije nego što tražilac izvršenja izdejstvuje upis prava izvršenika.[11]

3.1.1. Prethodne napomene

Određivanje i sprovođenje izvršenja na nepokretnosti koja nije upisana kao svojina izvršenika regulisano je odredbom člana 113 ZIP RS/ZIP FBiH. Ova odredba obuhvata svaku od tri identifikovane situacije – kako onu kada na izvršenik nemarom nije upisao svoje pravo, tako i obje situacije kada je nepostojanje javnog registra razlog što nepokretnost nije upisana kao njegova svojina (Majkić, 2020: 135).

Nomotehnički posmatrano, uočljiva je neuobičajena opširnost odredbe člana 113 ZIP RS/ZIP FBiH (obuhvata osam stavova). Pored toga, ona je terminološki nedosljedna i logički nekoherentna. Stavovi unutar nje ukazuju se kao kontradiktorni jedan drugom, što može otežati njihovu primjenu i učiniti ih nejasnima.

Naime, prvi stav reguliše to da se *lex generalis* odredbe Zakona kojima je uređen postupak izvršenja na nepokretnostima primjenjuju i u postupku izvršenja na *nepokretnostima koje nisu upisane* u zemljišne knjige.[12] Prilikom njihove primjene, potrebno je, međutim, uzeti u obzir i odredbe člana 113 ZIP RS/ZIP FBiH, kao pravila *lex specialis,* a što je također izričito predviđeno u prvom stavu ove odredbe Zakona.

11 U pravu Republike Srpske, od 2021. godine notari po službenoj dužnosti, u ime i za račun stranke, odmah po zaključenju pravnog posla čiji je predmet prenos ili sticanje prava svojine ili drugih stvarnih prava na nepokretnostima, podnose zahtjev za upis u javnu evidenciju radi sprovođenja zaključenog pravnog posla. (*v.* odredbu člana 59, st. 1 Zakona o notarskoj službi, *Službeni glasnik Republike Srpske,* br. 28/21). Na ovaj način *pro futuro* sprečava se da sticaoci nepokretnosti svojim nemarom ostanu neupisani u javni registar. Zbog nepostojanja ovakve odredbe u ranije važećem propisu koji reguliše postupanje notara, mnogo je sticalaca nepokretnosti još uvijek neregistrovano na područjima na kojima postoji evidencija.

12 *O neadekvatnosti korišćene terminologije zakonodavca u Republici Srpskoj bilo je riječi u ovom radu* (*supra ex* fn. 1).

U narednom stavu regulisano je da ukoliko se kao predmet izvršenja predloži nepokretnost koja *nije upisana u zemljišnu evidenciju* (naglasio autor ovog teksta), tražilac izvršenja će uz prijedlog za izvršenje podnijeti *dokaze da je izvršenik njen vlasnik* (naglasio autor ovog teksta). Tražilac izvršenja izričito je ovlašćen i da, u skladu sa odredbom člana 37 ZIP, pokrene adhezioni postupak utvrđivanja izvršenikove imovine.[13] Ova odredba nije primjenljiva kod svih osnova izvršenikovog sticanja prava svojine na nepokretnosti.

Ukoliko je izvršenik stekao predmet izvršenja pravnim poslom, upravo je upis tog prava u javnu evidenciju trenutak kada se svojina stiče.[14] I zakonom garantovano načelo povjerenja u javnu evidenciju[15] ima za cilj promovisanje značaja upisa nepokretnosti i njenog vlasnika za sticanje prava na istoj.[16] Kod sticanja svojine na osnovu pravnog posla upis tog prava ima, dakle, konstitutivni karakter.[17] Upravo zbog takvog dejstva upisa ukazuje se na mnogo veći značaj javne evidencije, a ne samo kao registra nepokretnosti (Ernst, 2022: 739).[18] Nije najjasnije kako će tražilac izvršenja prijedlogu za izvršenje priložiti dokaz da je izvršenik vlasnik nepokretnosti koju je stekao pravnim poslom, a kako to predviđa odredba člana 113, stav 2 ZIP RS/ZIP FBiH, ako je za izvršenje predložena nepokretnost na kojoj nije upisano pravo

13 *V.* čl. 113, st. 2 ZIP RS/ ZIP FBiH.

14 Čl. 53, st. 1 Zakona o stvarnim pravima, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 124/08, 3/09, 58/09, 95/11, 60/15, 18/16, 107/19, 1/21, 119/21, dalje u tekstu: ZSP RS. Istu odredbu sadrži i Zakon o stvarnim pravima, *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine*, br. 66/13, 100/13, 32/19, dalje u tekstu: ZSP FBiH.
O tome da li bi se, pored klasične forme, pravni posao kao osnov za sticanje nepokretnosti mogao zaključiti i u elektronskom obliku, *upor.* Radić, Pilipović, 2020: 125.

15 Čl. 55 ZSP RS/ZSP FBiH.

16 Ovo ne vrijedi kada se radi o sticanju suvlasništva, odnosno zajedničke svojine bračnih supružnika na nepokretnosti kao bračnoj imovini, čak ni kada se ona stiče na osnovu pravnog posla. *Detaljnije o tome, upor.* Petrović, „Co-ownership of the Spouse as a Third Party on Real Estate from the Martial Property as his Right that (does not) Prevent Enforcement", 2023: 260.

17 Istorijskipravno posmatrano, smatra se da je prvobitna svrha katastra u starorimskoj državi bila utvrđivanje poreske obaveze građana. Zahtijevala se prijava sticanja nekretnina u katastru radi naplate poreza i zabranjivali su se sporazumi kojima bi bilo ugovarano da raniji vlasnik ostane poreski obveznik. *Detaljnije, v.* Sič, 2013: 298.

18 Radi se o recepciji njemačkog koncepta koji evidenciji nepokretnosti daje mnogo veći značaj. Nasuprot ovome, francuski model upis prava titulara ima značaj ispunjavanja forme, a svojina se stiče već zaključenjem ugovora. *Detaljnije o ovome upor.* Velić, Grgić, 2018: 142.

izvršenika i na kojoj izvršenik upravo zbog tog svog propusta, iako posjeduje *titulus,* to pravo nije ni stekao.

Ni opšte pravilo o konstitutivnosti upisa prava svojine na nepokretnosti nije međutim primjenljivo na sve zakonom predviđene osnove sticanja.[19] Kada se ovo pravo na nepokretnosti stiče po osnovu zakona, vlasnikom se postaje u trenutku ispunjenja zakonom predviđenih uslova i bez upisa u evidenciju.[20] Nasljeđivanjem pak lice postaje vlasnikom u trenutku smrti ostavioca (Babić, Jotanović, 2020: 140). Ako je odluka suda ili odluka drugog organa osnov za sticanje svojine, vlasnikom se postaje trenutkom pravnosnažnosti te odluke (Babić, Jotanović, 2020: 139). Kod svih navedenih osnova sticanja upis prava svojine u javni registar ima deklarativni karakter. Sticalac nepokretnosti po svakom od navedenih osnova ovlašćen je međutim da zahtijeva upis svog prava u javnoj evidenciji[21], ukoliko ona postoji, iako od upisa ne zavisi sticanje tog prava.

Odredba člana 113, stav 2 ZIP RS/ZIP FBiH primjenljiva je samo ukoliko je svojina na nepokretnosti stečena nekim od navedenih osnova, čiji upis ima deklarativno dejstvo. Samo tada tražilac izvršenja može uz prijedlog za izvršenje podnijeti dokaz da je izvršenik vlasnik, iako nepokretnost nije upisana u javnu evidenciju. Pored toga, on može prema članu 37 ovog Zakona, zatražiti od suda utvrđivanje te činjenice. Izvršenikova neevidentirana nepokretnost, prema odredbi istog člana, u prijedlogu za izvršenje mora biti označena prema podacima iz katastra.[22] Ako takvih podataka nema, tražilac izvršenja je dužan supstituisati te podatke, naznačavajući mjesto na kojem se nepokretnost nalazi, njezin naziv, granice i površinu.[23]

Kada postoji valjan pravni posao kao osnov sticanja prava izvršenika na nepokretnosti koja se nalazi na području na kojem postoji javna evidencija, pravilo o konstitutivnosti njegovog upisa čini neprimjenljivom za tražioca izvršenja odredbu člana 113, stava 2 ZIP RS/ZIP FBiH. Izvršenik koji nije upisao svoje pravo svojine na nepokretnosti na kojoj se predlaže izvršenje nije to pravo ni stekao.

19 Tako je, uporednopravno posmatrano, i u austrijskom pravu u pogledu dejstva upisa na sticanje prava na nepokretnosti. *V.* Nikolić, 2011: 510.

20 Čl. 23 ZSP RS/ZSP FBiH. *Isto i* Babić, Jotanović, 2020: 137.

21 Čl. 52, st. 1 ZSP RS. *Tako i* Velić, Grgić, 2018: 142.

22 Budući da je zakonodavac u Republici Srpskoj zadržao terminologiju ranije važećeg materijalnog propisa koji reguliše evidenciju nepokretnosti, za pretpostaviti je da se ovdje misli na podatke koje je sadržavao katastar, kao evidencija o karakteristikama nepokretnosti, izuzev stvarnih prava na njoj.

23 Čl. 113, st. 2 ZIP RS/ZIP FBiH.

Tražilac izvršenja tada ne bi mogao postupiti po odredbi stava 2, člana 113 ZIP RS/ZIP FBiH, i uz prijedlog za izvršenje podnijeti dokaz da je izvršenik njen vlasnik, a kako se to predviđa navedenim stavom. Tu činjenicu ne bi mogao utvrditi niti sud, sprovođenjem postupka utvrđivanja izvršenikove imovine.

Tražilac izvršenja u opisanoj situaciji može, postupajući po smislu odredbe člana 113, stav 2 ZIP RS/ZIP FBiH, uz prijedlog za izvršenje priložiti sudu ispravu, kao osnov (*titulus*) za upis prava izvršenika na nepokretnosti koju predlaže kao predmet izvršenja. Ovo, ukoliko on takvu ispravu posjeduje. Sud će odrediti izvršenje primjenjujući opšte odredbe zakona koje se odnose na izvršenje na nepokretnostima (Račić, 2021: 173). Razlog za to je izvijesnost da izvršenik, iako nije upisan kao vlasnik, odnosno suvlasnik na predmetu izvršenja, može to postati činom upisa u javnu evidenciju koja postoji na tom području. Tražilac izvršenja bi morao u ovoj situaciji da priloži i *clausula intambulandi* (Poznić, Rakić Vodinelić, 2010: 520).

Izvršenik ima edicionu dužnost u pogledu *titulusa* (Keča, Knežević, 2021: 619). Izvršni sud bi, primjenjujući odredbu stava 2, člana 113 ZIP RS/ZIP FBiH mogao u postupku utvrđivanja izvršenikove imovine naložiti izvršeniku da, pod prijetnjom izricanja novčanih kazni, preda traženu ispravu. Uprkos tome, nije česta praksa da izvršenik ustupa tražiocu izvršenja *titulus* (Račić, 2021: 172). Veća je vjerovatnoća da će tražilac izvršenja ispravu pribaviti od izvršenikovog saugovarača. U procesnoj doktrini, a bazirano na dosadašnjoj sudskoj praksi, kritikuje se djelotvornost postupka utvrđivanja izvršenikove imovine (Račić, 2009: 97–98). Naime, u praksi se izvršenik odlučuje da onemogućava namirenje tražioca izvršenja tako što će trpiti naplatu novčanih kazni umjesto da preda sudu *titulus*. Zakonodavci u entitetima Bosne i Hercegovine ne nude adekvatno normativno razrješenje ovakve situacije.

3.1.2. Određivanje izvršenja na nepokretnostiprije upisa prava izvršenika

U pravima entiteta Bosne i Hercegovine zakonodavci ujednačeno prihvataju model određivanja izvršenja na nepokretnosti koja nije upisana kao svojina izvršenika ukoliko tražilac izvršenja priloži izvršenikov *titulus,* sa *clausula intabulandi,* te ukoliko postoji evidencija.[24] U okviru ovog zakonodavnog modela usvojeno je načelo dispozitiv- nosti upisa izvršenika kao vlasnika u evidenciji nepokretnosti po

24 Čl. 113, st. 1 ZIP RS/ZIP FBiH.

zahtjevu, prije svega, tražioca izvršenja. Upravo on, nakon donošenja rješenja o izvršenju stiče pravni interes da izdejstvuje da se izvršenik upiše kao vlasnik, kako bi spriječio obustavu postupka izvršenja koje je sud već odredio. Takav interes nema izvršenik, pa od njega i nije realno očekivati da inicira upis svog prava, ako to do sada nije učinio.

Dilema je da li se ovaj zakonodavni model određivanja izvršenja na nepokretnosti koja nije upisana kao vlasništvo izvršenika odnosi na situaciju kada upis prava izvršenika u zemljišne evidencije ima konstitutivno dejstvo, jednako kao i kada taj upis ima deklarativni karakter.

Odredbom stava 5, člana 113 ZIP RS/ZIP FBiH reguliše se postupanje tražioca izvršenja radi upisa nepokretnosti u javnu evidenciju nakon što izvršni sud donese rješenje o izvršenju. Naime, tražilac izvršenja dužan je da podnese zahtjev za upis prava izvršenika u predviđenom roku od 15 dana od dana donošenja rješenja o izvršenju, te je dužan u ostavljenom sudskom roku o tome da izvijesti izvršni sud. Ukoliko on ne postupi tako, sud će obustaviti postupak izvršenja.

Postupanje tražioca izvršenja izričito se odredbom stava 5 ZIP RS/ZIP FBiH vezuje isključivo za situaciju kada je izvršenje određeno na nepokretnosti koja nije upisana u javnu evidenciju jer na tom području evidencija nije uspostavljena, ili je uništena, odnosno nestala. Pitanje pokretanja od strane tražioca izvršenja postupka upisa prava izvršenika na nepokretnosti na kojoj je određeno izvršenje, a koja se nalazi na području na kojem postoji javna evidencija, nije izričito regulisano.

Primjenjujući odredbu člana 70, stav 2 ZIP RS/ZIP FBiH, izvršni sud je ovlašćen udovoljiti prijedlogu za izvršenje na nepokretnosti na kojoj nije upisano pravo svojine izvršenika, ali pod uslovom da je, po sprovođenju postupka utvrđivanja izvršenikove imovine, utvrđeno ispunjenje uslova za promjenu *zemljišnoknjižnog stanja.*[25] Uslovi za promjenu *zemljišnoknjižnog stanja* postoje i ukoliko bi upis imao konstitutivno, jednako kao i kada bi on imao deklarativno dejstvo, samo ukoliko tražilac izvršenja posjeduje osnov sticanja sa *clausula intabulandi*, te ukoliko postoji evidencija.

Zakonodavac ipak ne reguliše ko će izvršiti promjenu tog *zemljišnoknjižnog stanja* i u kojim rokovima. Teško je očekivati da će to učiniti izvršenik koji je i prije određivanja izvršenja na toj nepokretnosti bio nemaran prema upisu svog prava na istoj. Pravni

25 Zakonodavac u Republici Srpskoj uporan je u korišćenju neadekvatne terminologije. Ovdje se može pretpostaviti da se pod *zemljišnoknjižnim stanjem* podrazumijeva upis u katastru prava svojine izvršenika na nepokretnosti.

interes za dokazivanje postojanja uslova za promjenu *zemljišnoknjižnog stanja,* te i za sprovođenje te promjene u javnoj evidenciji nakon donošenja rješenja o izvršenju ima upravo tražilac izvršenja.[26] Zakonom nije regulisano ni to šta će se desiti sa određenim izvršenjem ukoliko se ne izvrši upis prava izvršenika. I pored izričitog zakonskog upućivanja primjene odredbe stava 5, člana 113 Zakona na situaciju kada se nepokretnost nalazi na području gdje ne postoji evidencija, nema prepreke da se odredba navedenog stava 5, člana 113 ZIP RS/ZIP FBiH primijeni i na nepokretnost koja se nalazi na području gdje postoji javna evidencija, na kojoj ipak nije upisano pravo izvršenika, a izvršenje je određeno na toj nepokretnosti jer postoji osnov za upis.

U zavisnosti od toga da li upis izvršenika kao vlasnika nepokretnosti na kojoj je određeno izvršenje ima deklarativni ili konstitutivni karakter, odnosno u zavisnosti od toga šta je osnov njegovog sticanja predmetne nekretnine, nastaje nekoliko situacija.

Prva situacija je kada izvršenik nije upisan kao vlasnik, a upis ima deklarativni karakter (osnov sticanja može biti sudska odluka, nasljeđivanje, ili zakon). Ukoliko je tražilac izvršenja postupio po odredbi stava 2, člana 113 ZIP RS/ZIP FBiH, i uz prijedlog za izvršenje podnio dokaze da je izvršenik vlasnik nepokretnosti (dakle, podnio je sudu *titulus* koji je sam po sebi dovoljan da dokaže svojinu izvršenika, iako ovaj nije upisan kao vlasnik), te ukoliko je sud na osnovu tog *titulusa* već odredio izvršenje na takvoj nepokretnosti, pitanje je zašto zakonodavci tražioca izvršenja, pod prijetnjom obustave postupka izvršenja, zadužuju da u tačno određenom roku zahtijeva deklarativni upis izvršenika kao vlasnika u zemljišnu evidenciju.[27] Za pretpostaviti je da je smisao navedene dužnosti tražioca izvršenja da se omogući sprovođenje prve izvršne radnje – zabilježba izvršenja u javnoj evidenciji.

U drugoj situaciji, kada je pravni posao *titulus* za izvršenikovo sticanje prava svojine na nepokretnosti, a nedostaje upis tog prava sa konstitutivnim dejstvom, odredba stava 2, člana 113 ZIP RS/ZIP FBiH neprimjenljiva je u dijelu gdje se tražilac izvršenja obavezuje da prijedlogu za izvršenje priloži dokaz da je izvršenik vlasnik. Niti utvrđivanje izvršenikove imovine od strane suda, a kako to alternativno predviđa navedena odredba, ne mogla rezultirati utvrđivanjem te

26 Postoje shvatanja da postupak upisa prava izvršenika u javnu evidenciju može pokrenuti i sud po službenoj dužnosti, u situaciji kada upis ima deklarativno dejstvo. Takođe se, pogrešno, tvrdi da zakon tu mogućnost ne predviđa (*suprotno, u pravu Republike Srpske proizlazi iz odredbe* čl. 63, st. 2 ZPK RS) (Mutapčić, 2020: 32).

27 Čl. 113, st. 5 ZIP RS/ZIP FBiH.

činjenice, budući da izvršenik, u odsustvu *modusa* nije postao njen vlasnik. Upis titulara u ovoj situaciji ima konstitutivni efekat, a sud je, po zakonskom ovlašćenju, odredio izvršenje na nepokretnosti koja nije upisana kao svojina izvršenika, iako postoji evidencija. Dužnost tražioca izvršenja da, pod prijetnjom obustave postupka izvršenja kao svojevrsnom sankcijom, u propisanom roku od 15 dana, zahtijeva upis u zemljišne evidencije, ima svojstvo naknadnog uslova određivanja izvršenja na takvoj nepokretnosti.[28] Za pretpostaviti je da je zakonodavcima prvenstveni cilj bio naložiti tražiocu izvršenja da inicira upis prava izvršenika, kako bi se moglo sprovesti izvršenje, odnosno izvršiti zabilježba rješenja o izvršenju.

Nije regulisano šta se dešava sa postupkom izvršenja dok teče rok od 15 dana u kojem tražilac izvršenja ima mogućnost inicirati upis prava izvršenika na predmetu izvršenja. Za pretpostaviti je da dolazi do zastajanja sa postupkom izvršenja do isteka ovog roka. Nakon njegovog isteka, postupak izvršenja se ili obustavlja ako tražilac izvršenja nije inicirao upis, ili se nastavlja ako je on to učinio.[29]

Iz ovoga proizlazi da se navedenim modelom određivanja izvršenja prije upisa izvršenika kao titulara, obuhvataju jednako obje situacije – kada upis izvršenika ima konstitutivno, kao i kada on ima deklarativno dejstvo na sticanje njegovog prava na toj nepokretnosti. Izvršni sud ni u jednoj od tih situacija ne može preduzeti prvu izvršnu radnju
– zabilježba izvršenja, bez evidentiranja nepokretnosti kao svojine izvršenika. Ovdje, prema važećim procesnim odredbama, ne dolazi u obzir ni sprovođenje pljenidbenog popisa. Njegovo sprovođenje izričito je propisano samo ukoliko bi upis u evidenciju *bio u suprotnosti sa zakonom* (naglasio autor ovog teksta), a što ovdje nije situacija.

Iako tražilac izvršenja, a ne sud, inicira upis prava vlasništva izvršenika na nepokretnosti na kojoj je određeno izvršenje, ovdje je riječ tek o relativizovanoj dispozitivnosti tražioca izvršenja. Tražilac izvršenja je primoran da pokrene postupak upisa ukoliko želi da spriječi da se obustavi izvršenje koje je određeno.

28 U procesnoj teoriji rok od 15 dana koji zakonodavac ostavlja tražiocu izvršenja da inicira postupak upisa prava izvršenika na nepokretnosti se kritikuje kao neopravdano kratak (Račić, 2009: 99). Budući da ovo nije rok u kojem je tražilac dužan izdejstvovati upis, već samo inicirati postupak upisa prava izvršenika, stiče se utisak da bi se propisivanjem roka dužeg od 15 dana neopravdano produžavao izvršni postupak.

29 Budući da je ostavljeni rok od 15 dana za tražioca izvršenja prilika da on tek inicira postupak upisa prava izvršenika na nekretnini, posebno je pitanje šta se dešava sa postupkom izvršenja u periodu između trenutka obavještenja suda od strane tražioca izvršenja da je u okviru ovog roka (tek) pokrenuo postupak upisa i trenutka okončanja postupka upisa.

U ovom zakonodavnom modelu nije moguće sprovesti odredbu člana 72, stav 1 ZIP RS/ZIP FBiH, a koja propisuje da će izvršni sud, čim donese rješenje o izvršenju, po službenoj dužnosti naložiti katastru da se upiše zabilježba izvršenja. Da bi ova odredba bila primjenljiva, potrebno je da zemljišna evidencija postoji, te da je izvršenik u njoj upisan kao vlasnik predmeta izvršenja. U ovoj situaciji, primjenjuje se odredba člana 113, stav 1 ZIP RS/ZIP FBiH kao *lex specialis*, te ona, zbog neevidentiranja svojine izvršenika u javnom registru, derogira opštu odredbu člana 72, stav 1 ZIP RS/ZIP FBiH, i dolazi do zastajanja sa sprovođenjem izvršenja do okončanja postupka upisa.

3.2. Model određivanja izvršenja nakon upisa prava izvršenika

U poređenju sa prvim identifikovanim modelom, ovaj zakonodavni koncept određivanja izvršenja ukazuje se kao koncept obrnutog redoslijeda između određivanja izvršenja i upisa prava izvršenika na nepokretnosti predmetu izvršenja. Naime, kada predloži nepokretnost koja nije upisana kao svojina izvršenika, tražilac izvršenja[30] u pravu Republike Srbije uz prijedlog za izvršenje prilaže *titulus* za upis izvršenikovog prava (Bodiroga, 2012: 324), ako javni registar postoji. Izvršni sud *titulus* prosljeđuje organu nadležnom za vođenje katastra nepokretnosti, te zastaje sa postupkom prije nego što odredi izvršenje, dok se nepokretnost ne upiše kao svojina izvršenika.[31] Zastajanje sa postupkom traje sve dok se ne okonča postupak upisa izvršenika kao vlasnika predmeta izvršenja (Stanković, Palačković, Trešnjev, 2017: 608). Time se, zapravo, pokreće i sprovodi akcesorni postupak koji prethodi određivanju izvršenja i čije ga uspješno sprovođenje uslovljava (Stanković, Boranijašević, 2017: 183).

Ni u ovom zakonodavnom modelu nije precizirano da li ovo pravilo vrijedi jednako za situaciju kada upis izvršenika kao titulara nepokretnosti ima konstitutivno, kao i kada on ima deklarativno dejstvo na sticanje prava.

30 Zakonodavac u Republici Srbiji stranke u izvršnom postupku označava tehničkim terminima izvršni poverilac i izvršni dužnik, a zakonodavac u Republici Hrvatskoj ih označava kao ovrhovoditelj i ovršenik. U ovom radu koristi se terminologija svojstvena zakonodavcima u entitetima Bosne i Hercegovine i u onim dijelovima teksta u kojima se analiziraju prava pomenutih susjednih država.

31 Čl. 209, st. 1 Zakona o izvršenju i obezbeđenju, Zakona o izvršenju i obezbeđenju, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 106/15, 106/16, 113/17, 54/19, 9/20, 10/23, dalje u tekstu: ZIO Sr. *Upor. i* Stanković, Boranijašević, 2017: 183.

Pitanje inicijative za upis prava svojine izvršenika u ovom zakonodavnom modelu regulisano je po načelu oficijelnosti. Tražilac izvršenja dužan je sudu uz prijedlog za izvršenje podnijeti ispravu koja je podobna da se na osnovu nje upiše pravo svojine izvršenika na nepokretnosti. Sud je potom dužan da odmah proslijedi *titulus* organu koji vodi evidenciju o nekretnostima, te da zastane sa postupkom određivanja izvršenja do upisa prava izvršenika.[32] Tek nakon upisa prava izvršenika, odnosno nakon što tražilac izvršenja bude imao dokaz o vlasništvu izvršenika na nepokretnosti predmetu izvršenja, izvršni sud donosi rješenje o izvršenju. Zanimljivo je gledište da se ovdje ne radi o načelu oficijelnosti kod upisa prava svojine izvršenika na nepokretnosti, već o tome da je tražilac izvršenja pokrenuo postupak za upis prava svojine izvršenika kod izvršnog suda, a ne kod katastra (Stanković, Boranijašević, 2017: 182).

3.3. Model sprovođenja pljenidbenog popisa nepokretnosti na kojoj nije upisano pravo izvršenika

Određivanje izvršenja i njegovo sprovođenje u pravu Republike Hrvatske ne uslovljava se pokretanjem i okončanjem postupka upisa prava izvršenika na nepokretnosti. Usvojen je model sprovođenja pljenidbenog popisa i onih nepokretnosti koje se nalaze na području gdje postoje zemljišne evidencije, a svojina izvršenika nije evidentirana, ili nepokretnost uopšte nije upisana.[33]

Pribavljanje dokaza o svojini izvršenika postavljeno je za tražioca izvršenja alternativno dužnosti identifikovanja nekretnine prema podacima iz katastra.[34] Ova odredba solidno korespondira situaciji koju posmatramo u ovom radu – kada zemljišna evidencija postoji a nepokretnost nije upisana, odnosno nije upisano pravo izvršenika na istoj. Tada tražilac izvršenja i ne može prijedlogu za izvršenje priložiti dokaz da je izvršenik vlasnik, pa će on po odredbi člana 132 OZ Hr postupiti i ukoliko umjesto toga u prijedlogu za izvršenje označi nepokretnost prema njenom mjestu, nazivu, granicama i površini. To što tražilac izvršenja ne može pribaviti izvršenikov osnov sticanja nepokretnosti u ovom zakonskom konceptu nije prepreka za ni za prvu fazu – određivanje izvršenja, niti za drugu – sprovođenje izvršenja.

32 Čl. 209, st. 1 ZIO Sr. *Upor. o tome i* Keča, Starović, 2004: 628.

33 Čl. 132, st. 6 Ovršnog zakona, *Službene novine,* br. 112/12, 25/13, 93/14, 55/16, 73/17, 131/20, 114/22, dalje u tekstu: OZ Hr.

34 Čl. 132, st. 2 OZ Hr.

4. Diskusija – teorijsko-aksiološka procjena identifikovanih zakonskih modela

Za pretpostaviti je da je svaki od zakonodavaca, normirajući konkretni identifikovani model, uzeo u obzir, kao primarni, interes tražioca izvršenja za namirenje. Radi se o licu koje posjeduje ne samo izvršnu ispravu kojom se utvrđuje njegovo potraživanje, već najčešće i ispravu na osnovu koje je moguće u javnom registru evidentirati pravo izvršenika na nepokretnosti, a što je propustio učiniti izvršenik. U oba zakonska modela koja uslovljavaju određivanje, odnosno sprovođenje izvršenja upisom prava izvršenika na nepokretnosti, u težem procesnom položaju je tražilac izvršenja koji ne posjeduje izvršenikov titulus, ili ga ne može pribaviti ni u postupku utvrđivanja izvršenikove imovine.

U zakonskom modelu odloženog određivanja izvršenja do trenutka upisa izvršenika kao vlasnika na nepokretnosti predmetu izvršenja, izvršenje se određuje tek nakon okončanja postupka upisa, a na osnovu titulusa priloženog uz prijedlog za izvršenje. Nakon upisa prava svojine izvršenika, donošenje rješenja o izvršenju i njegova zabilježba na toj nepokretnosti ne bi trebali biti upitni. U poređenju sa zakonodavnim modelom uočenim u pravima entiteta Bosne i Hercegovine, primjetno je da je u oba zakonodavna modela na tražioca izvršenja prebačen teret pribavljanja izvršenikovog titulusa za sticanje nepokretnosti.

Zakonodavci propisuju mogućnost da sud u postupku utvrđivanja izvršenikove imovine pribavi titulus. I pored toga izvršenik može da isti ne preda čak ni po cijenu plaćanja novčanih kazni. U situaciji da tražilac izvršenja nema mogućnost da titulus pribavi na drugoj strani, to može predstavljati i pretjeran teret za tražioca izvršenja. U procesnoj teoriji se ističe da bi tražilac izvršenja mogao da pokrene parnični postupak i tužbom zahtijeva da se pravo na nepokretnosti predloženoj za izvršenje upiše na izvršenika (Stanković, 2004: 678; Keča, Starović, 2004: 628; Poznić, Rakić Vodinelić, 2010: 520). Za to vrijeme, tražilac izvršenja bi mogao zahtijevati odlaganje izvršenja (Keča, Starović, 2004: 628). Ova mogućnost za tražioca izvršenja ne bi se mogla smatrati adekvatnim zakonodavnim rješenjem ove situacije, imajući u vidu skoro notornu činjenicu pretjerano dugog trajanja parničnog postupka pred domaćim sudovima.

U modelu odloženog određivanja izvršenja do upisa prava izvršenika na nepokretnosti, ne bi se mogla primijeniti odredba o određivanju izvršenja na nepokretnosti u tzv. vanknjižnom vlasništvu, sadržana u članu 209, stav 2 ZIO Sr. Njena primjena ograničena je

na izvršenje na nepokretnosti na kojoj nije moguće upisati svojinu izvršenika, prvenstveno zato što evidencija ne postoji, ali ne i u situaciji kada je izostanak upisa prava izvršenika posljedica njegovog nemara (Stevanović, 2022: 404).

Upoređivanjem ove dvije situacije određivanja izvršenja – kada nepokretnost nije upisana kao svojina izvršenika, a postoji evidencija i tražilac izvršenja posjeduje osnov za upis, sa situacijom određivanja izvršenja na nepokretnosti u tzv. vanknjižnoj svojini na kojoj i nije moguće sprovesti upis prava izvršenika, ne možemo a da ne primijetimo nelogičnost odlaganja određivanja izvršenja u ovom zakonodavnom modelu u situaciji u kojoj postoji i evidencija i osnov za upis prava izvršenika, sa jedne strane, te određivanja izvršenja na nepokretnosti na kojoj se to pravo čak i ne može upisati, jer evidencija ne postoji na tom području, a nepokretnost je u tzv. vanknjižnoj svojini izvršenika. Iako je u pravnoj teoriji logika ove poslednje situacije u nastojanju zakonodavca da tražiocima izvršenja omogući prinudno namirenje i na nepokretnostima izvršenika koje su nelegalno izgrađene, a kojih je vjerovatno mnogo (Bodiroga, 2012: 324), takvo opredjeljenje srpskog zakonodavca nije logično kada se ono uporedi sa prvom situacijom u kojoj izvršenik takođe nema stečeno pravo svojine na nepokretnosti, jer isto nije upisano, ali je upis ipak moguć.

Posmatrajući navedena dva zakonodavna modela uočena u pravima entiteta Bosne i Hercegovine i u pravu Republike Srbije, kroz prizmu zaštite interesa tražioca izvršenja na namirenje, otvara se dilema koje prednosti ostvaruje tražilac izvršenja koji posjeduje titulus za upis ishodovanjem rješenja o izvršenju prije upisa prava izvršenika. U prvom zakonodavnom modelu, uočenom u pravima entiteta Bosne i Hercegovine, dolazi do zastajanja sa drugom fazom – fazom sprovođenja izvršenja. U drugom zakonodavnom modelu, uočenom u srpskom pravu, dolazi do zastajanja sa prvom fazom – fazom određivanja izvršenja. U oba identifikovana normativna koncepta tražilac izvršenja mora da čeka na svoje namirenje u postupku pred sudom, dok se ne okonča postupak upisa prava izvršenika na nepokretnosti.

Sudovi u entitetima Bosne i Hercegovine ne bi mogli odrediti zabilježbu donesenog rješenja o izvršenju, odnosno ne mogu prije okončanja postupka upisa prava na nepokretnosti preduzeti prvu izvršnu radnju u sprovođenju izvršenja. Primjena pravila o javnoj objavi rješenja o izvršenju predviđena je (samo) za situaciju koju pokriva odredba stava 4, člana 113 ZIP RS/ZIP FBiH – nepokretnost je na području gdje evidencija nije uspostavljena, ili je uništena,

odnosno nestala.[35] Sudovi u Republici Srbiji nemaju takav problem u usvojenom zakonodavnom modelu, budući da prije sprovedenog upisa prava izvršenika postupak izvršenja ne biva ni u prvoj fazi.

Navedene dileme otvaraju i pitanje da li je u oba prikazana zakonska modela u adekvatnoj mjeri zaštićeno pravo tražioca izvršenja na imovinu[36] iz člana 1 Protokola 1 uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima i osnovnim slobodama. Ovo, naročito kada je nepokretnost koja nije upisana kao svojina izvršenika jedini predmet izvršenja koji je moguće predložiti, a tražilac izvršenja ne posjeduje osnov za upis prava izvršenika, niti sud uspije da ga pribavi u postupku utvrđivanja izvršenikove imovine.

Prednost hrvatskog zakonodavnog modela je u tome što on niti određivanje, niti sprovođenje izvršenja ne uslovljava upisom nesavjesnog izvršenika kao vlasnika na predmetu izvršenja. Ovaj zakonodavac nudi rješenje sporne situacije za tražioca izvršenja i kada on nije u mogućnosti da pribavi dokaz o svojini izvršenika, odnosno titulus za upis tog njegovog prava. Tražilac izvršenja je tada ovlašćen, umjesto dokaza o svojini, odnosno umjesto titulusa za upis izvršenika kao vlasnika, u prijedlogu za izvršenje naznačiti mjesto na kojem se nepokretnost nalazi, njen naziv, granice i površinu, a potom se pristupa pljenidbenom popisu nepokretnosti.[37] Time se sprečava da se tražilac izvršenja nađe u situaciji da ne može ishodovati određivanje, niti sprovođenje rješenja, jer nije u mogućnosti prijedlogu za izvršenje priložiti izvršenikov titulus.

35 Čl. 72, st. 4 i 5 ZIP RS/ZIP FBiH.
Zakonodavac Republike Hrvatske ovu situaciju jednostavno rješava izričitim predviđanjem da se pljenidbeni popis nekretnine može sprovesti i u situaciji kada zemljišna knjiga postoji, a nekretnina nije upisana (čl. 132 st. 6. OZ Hr).

36 U praksi Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, svako novčano potraživanje tražioca izvršenja dosuđeno sudskom odlukom predstavlja njegovu imovinu, u smislu člana 1 Protokola 1 uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima i osnovnim slobodama. Iz prakse ovog suda proizlazi da se može raditi o dosuđenim novčanim potraživanjima po raznim osnovama, kao što su naknada štete, zatezne kamate, troškovi postupka i sl. (*v.* Odluku ovog suda u predmetu AP-115/04, od 23. 03. 2005, stav 25, objavljenu u *Službenom glasniku Bosne i Hercegovine,* br. 30/05. *Takođe upor.* Odluku u predmetu AP-774/04, od 20. 12. 2005, stav 365, objavljenu u *Službenom glasniku Bosne i Hercegovine,* br. 39/06).

37 Čl. 132, st. 2 OZ Hr.

5. Krajnja opažanja

Predstavljeno istraživanje ukazalo je na postojanje najmanje tri zakonodavna modela korelacije između određivanja i sprovođenja izvršenja na nepokretnosti koja nije upisana kao svojina izvršenika i upisa izvršenika kao njenog vlasnika, isključivo kao posljedice njegovog nemara prema svom pravu. U dijelu rada, u kojem je teorijsko- aksiološki procjenjivan svaki od identifikovanih zakonodavnih modela, ukazano je na neke značajne aspekte problematike kojom se bavi rad, kao što su usmjerenost svakog od koncepata da zadovolji interes tražioca izvršenja za namirenje prema izvršeniku koji osim takve nepokretnosti ne raspolaže nikakvim drugim predmetom na kojem bi se tražilac izvršenja mogao namiriti. Kao posebno problematično, ukazuje se na pitanje prebacivanja tereta pribavljanja osnova za upis prava izvršenika na tražioca izvršenja u situaciji kada ga tražilac izvršenja ne posjeduje u trenutku podizanja prijedloga za izvršenje. Otvorena je i dilema da li je u ovakvoj situaciji u odgovarajućoj mjeri pružena zaštita pravu tražioca izvršenja na imovinu, a koji garantuje član 1 Protokola 1 uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, a što može biti i predmet zasebnog istraživanja.

Naučna metodologija korišćena pri analizi posmatranih zakonskih modela omogućila je da se uoče manjkavosti oba identifikovana koncepta – kako onog usvojenog u domaćem pravu entiteta Bosne i Hercegovine, tako i koncept usvojenog u pravu Republike Srbije, a koji, bilo određivanje, bilo sprovođenje izvršenja uslovljavaju uspjehom tražioca izvršenja da izdejstvuje upis izvršenikovog prava. Svaki od navedena dva zakonska modela stavlja tražioca izvršenja u situaciju u kojoj on, da bi ostvario svoje pravo na namirenje dosuđeno mu izvršnom ispravom, mora da izdejstvuje da njegov dužnik iz materijalnopravnog odnosa prethodno ostvari svoje pravo – da upiše svojinu na nepokretnosti kao predmetu izvršenja. Takvo uslovljavanje tražioca izvršenja moglo bi rezultirati grubim kršenjem njegovog prava na imovinu, obuhvaćenog članom 1 Protokola 1 uz Evropsku konvenciju o ljudskim pravima i osnovnim slobodama, naročito u situaciji kada on ne može pribaviti izvršenikov titulus, čak ni u postupku utvrđivanja izvršenikove imovine koji se akcesorno vodi pred sudom.

Zaključuje se da svaki od identifikovanih zakonodavnih modela može biti poboljšan u pravcu zaštite interesa tražioca izvršenja za namirenje prema izvršeniku. Upoređujući ih međusobno, proizlazi da zakonodavni koncept koji ni određivanje a ni sprovođenje izvršenja ne uslovljava upisom prava izvršenika na predmetu izvršenja ponajbolje korespondira krajnjem cilju – efikasno namirenje tražioca izvršenja.

Literatura i izvori

Naučni izvori

Codina, L. (2022). The IMRaD model: What is it and How can it be Applied to Articles in the Humanities and Social Sciences. *Revista Académica sobre Dokumentación Digital y Comunicación Interactiva*. 96–103.

Petrović, S. (2023). Co-ownership of the Spouse as a Third Party on Real Estate from the Martial Property as his Right that (does not) Prevent Enforcement. *Zbornik radova IX međunarodnog savjetovanja „Aktualnosti građanskog procesnog prava – nacionalna i uporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća.* Split: Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu.

Poznić, B. Rakić Vodinelić, V. (2010). Građansko procesno pravo, Beograd: Savremena administracija.

Stanković, G. Boranijašević, V. (2017). Pravo izvršenja i pravo obezbeđenja, Kosovska Mitrovica: Pravni fakultet Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici.

Stanković, G. (2004). Građansko procesno pravo, Beograd: Izdavačko preduzeće Justinijan.

Stanković, G. Palačković, D. Trešnjev, A. (2017). Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju, Beograd: Službeni glasnik.

Stevanović, D. (2022). Vanknjižna svojina. *Harmonius*. 382–411.

Babić, I. Jotanović, R. (2020). Građansko pravo, knjiga 2 – Stvarno pravo, Banja Luka: Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci.

Velić, L. Grgić, D. (2018). Sticanje prava vlasništva na nekretninama. *Anali Pravnog fakulteta u Zenici.* 11 (21). 141–154.

Sič, M. (2013). Katastri, zemljišni registri i isprave o kupoprodaji u starom Rimu – elementi modernih zemljišnih knjiga. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu,* 2. 279–302.

Majkić, M. (2020). Osvrt na primjenu pojedinih odredaba Zakona o izvršnom postupku Republike Srpske – neka sporna pitanja u sudskoj praksi. *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci* 1 (42).131–150.

Račić, R. (2009). Izvršenje na nepokretnosti – neke neophodne izmjene Zakona o izvršnom postupku u cilju povećanja efikasnosti postupka. *Pravna riječ,* 20.

Račić, R. (2021). Izvršno procesno pravo, Banja Luka: Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci.

Keča, R. Starović, B. (2004). Građansko procesno pravo, Novi Sad: Pravni fakultet u Novom Sadu.

Keča, R. Knežević, M. (2021). Građansko procesno pravo, Beograd: Službeni glasnik.

Triva, S. Belajec, V. Dika, M. (1980). Sudsko izvršno pravo, opći dio, Zagreb: Informator.

Nikolić, S. (2011). Evidencija nepokretnosti u Austriji (pravno nasleđe, aktuelni koncept i trendovi). *Glasnik Advokatske komore Vojvodine*. 10. 503–520.

Petrović, S. (2023). Suvlasništvo trećeg lica na predmetu izvršenja kao pravo koje (ne) sprečava izvršenje. *Pravni vjesnik* 39, 3–4. 219–241.

Mutapčić, H. (2020). Izvršenje na nekretninama u svjetlu propisa izvršnog, zemljišnoknjižnog i stvarnog prava u Bosni i Hercegovini. *Društveni ogledi*, 23–45.

Ernst, H. (2022). Publicijansko vlasništvo nekretnina. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci,* 43, 3. 737–769.

Radić, D. Pilipović, D. (2020). Smart Contract – Challenges and Perspectives. *Conference Proceedings from International Scientific Conference of Special Importance: „Transformative Technologies: Legal and Ethical Challenges of the 21 Century*", Banja Luka: Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci. 111–132.

Propisi

Zakon o premjeru i katastru. *Službeni glasnik Republike Srpske,* br. 6/12, 110/16, 22/18, 62/18, 95/19, 90/23

Zakon o zemljišnim knjigama. *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine,* br. 58/02, 19/03, 54/04, 32/19, 61/22

Zakon o izvršnom postupku. *Službeni glasnik Republike Srpske,* br. 59/03, 85/03, 64/05, 118/07, 29/10, 57/12, 67/13, 98/14, 5/17, 58/18, 66/18

Zakon o izvršnom postupku. *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine,* br. 32/03, 52/03, 33/06, 39/06, 39/09, 35/12, 46/16, 42/18

Zakon o stvarnim pravima. *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 124/08, 3/09, 58/09, 95/11, 60/15, 18/16, 107/19, 1/21, 119/21

Zakon o stvarnim pravima. *Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine*, br. 66/13, 100/13, 32/19

Zakon o izvršenju i obezbeđenju. *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 106/15, 106/16, 113/17, 54/19, 9/20, 10/23

Ovršni zakon. *Službene novine,* br. 112/12, 25/13, 93/14, 55/16, 73/17,131/20, 114/22

Zakon o notarskoj službi. *Službeni glasnik Republike Srpske,* br. 28/21

Sudska praksa

Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP-115/04 od 23. 03. 2005, stav 25, objavljena u *Službenom glasniku Bosne i Hercegovine,* br. 30/05

Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u predmetu AP-774/04 od 20. 12. 2005, stav 365, objavljena u *Službenom glasniku Bosne i Hercegovine,* br. 39/06

Rješenje Osnovnog suda u Mrkonjić Gradu od 31. 01. 2013. u predmetubr. 75 0 I 027023 15 Gž

Rješenje Okružnog suda u Banjoj Luci od 08. 02. 2019. u predmetubr. 75 0 I 006049 18 Gž

Rješenje Okružnog suda u Banjoj Luci od 20. 02. 2018. u predmetubr. 71 0 I 241288 17 Gž

Stojana Petrović, LL.D.,
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Banja Luka,
Republika Srpska, Bosnia and Herzegovina

ENFORCEMENT PROCEDURE ON UNREGISTERED REAL ESTATE OWNERSHIP RIGHT

Summary

According to the real estate laws applicable in the entities of Bosnia and Herzegovina, the failure of the debtor to register his/her right of ownership on real estate is not an obstacle to instigating the enforcement procedure. However, given the fact that the registration of the enforcement debtor's ownership right on immovable property is a precondition for enforcement proceedings, the current procedural rules cannot be considered an adequate normative response of domestic legislators to the enforcement creditor's right to settle, especially when the debtor has no other assets that could be offered for settlement. In this paper, using the legal science methodology, the author discusses and evaluates the axiological value of the legislative solutions on the issue of instituting the enforcement procedure against the debtor whose real estate right has not been registered. The analysis includes both domestic law and laws of selected neighbouring countries. The author examines two situations: 1) when the registration of the ownership rights has a constitutive effect, and 2) when the effect on the debtors acquisition of right is only declarative. The author concludes that the temporal correlation between the moment of rendering a decision to initiate the enforcement procedure on debtor's unregistered immovable property and the moment of registration of the debtor's ownership right is determined by at least three possible legislative models on enforcement. Each of the observed models of creditor's forced settlement which are conditioned by the prior registration of the debtor's real estate ownership right may be improved. The author proposes two possible ways: to make the procedure for acquiring the legal ground for the registration of the debtor's ownership right more efficient; or, in case it is not possible, to enable the creditor to make an inventory of the seized debtor's immovable property.

Keywords*: registration of debtor's real estate ownership right, instituting enforcement procedure, seizure, real estate inventory.*

UDK: 341.1/8

pregledni
naučni rad

Rad primljen: 13.11.2024.
Rad prihvaćen: 30.11.2024.

Sanja Đorđević Aleksovski*[*], LL.D.,
Assistant Professor,
Faculty of law, University of Niš,
Republic of Serbia

DOI: 10.5937/zrpfn1-54846

GENERAL PRINCIPLES OF LAW FORMED WITHIN THE INTERNATIONAL LEGAL SYSTEM: FOGGY OR FORGOTTEN CONCEPT?[**]

***Abstract*:** *The UN International Law Commission (ILC) has been codifying various sources of international law for decades. Thus far, its activities on the codification of general principles of law have resulted in three reports from the Special Rapporteur, where two categories of general principles of law have been identified in light of their different origins. The first category of general principles of law stem from municipal legal systems, while the second one stems from the international legal system itself. In the provisional conclusions adopted on the first reading in May 2023, the latter have been defined as "general principles of law that may be formed within the international legal system". The aim of this paper is to examine the controversial category of general principles of law. It has to be noted that there are conflicting views among scholars, members of the ILC itself and states regarding to general legal principles that may derive or may be formed within the framework of the international legal order. Hence, the paper will predominantly focus on these research questions: Do general principles of law formed within the international legal system have the potential to exist as an autonomous source of international law? Does the linguistic interpretation of Art. 38 paragraph 1 c) of the Statutes of both the Permanent Court of International Justice and the International Court of Justice (ICJ) support the arguments in favour of the standpoint that this category of principles has always been incorporated in the notion of general principles of law? The paper also focuses on the questions pertaining to the "recognition" of the general principles of law formed within the international legal order, and the subsequent question as to whether that amounts to consent of states.*

Keywords: *general principles of law, general principles of law formed within the international legal system, codification, International Law Commission.*

[*] sanjadj@prafak.ni.ac.rs, ORCID 0000-0003-2827-8728

[**] This paper was presented at the international scientific conference entitled "*Legal Principles in Contemporary Law*" held at the Faculty of Law, University of Niš on April 19th 2024.

Rad je rezultat istraživanja na projektu „Odgovornost u pravnom i društvenom kontekstu", koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, u periodu 2021- 2025. godine.

1. Introduction

The United Nations International Law Commission (ILC) has been diligently working on the codification of sources of international law in the past decades. After completing its work on the codification of international treaty and international customary law, it focused on the topic of *General principles of law*.[1] The results of the six-year work have so far produced three reports of the Special Rapporteur[2] and the first reading within the ILC.[3] Although it may seem that this time period is relatively short compared to the decades-long ones in the cases of international treaty and customary law codification, it has been hurdled with many challenges.

The codification of general principles of law has proven to be rather challenging for numerous reasons: the unclear and ambiguous practice of both states and international justice, lack of unity of academic opinion, as well as terminological inconsistencies (Đorđević Aleksovski, 2022: 15). However, the most controversial is the Special Rapporteurs idea on the "two-category" approach which entails the dual origin of general principles of law (Vázquez-Bermúdez, Crosato, 2020: 158, Shao, 2021: 220-221). The first (widely accepted) category of general principles of law is the one stemming from municipal legal systems. The second (controversial) category of general principles of law entails the principles formed within or stemming from the international legal system. There are and have always been conflicting views among scholars,[4] members of the ILC, as well as states, about this controversial category – which will be the focus of this paper.

It should be noted that the idea about the existence of the second category of principles was not engendered by the Special Rapporteur, but had already existed in academic literature (Cherif Bassiouni, 1990:768, 771; Rosenne,

1 Report of the International Law Commission, 69th session of the ILC in 2017, A/72/10.

2 First report of the Special Rapporteur, Mr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, A/CN.4/732, 71st session of the ILC, 2019 (First report); Second Report of the Special Rapporteur, Mr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, A/CN.4/741, 72nd session of the ILC, 2021, (Second Report); Third Report of the Special Rapporteur, Mr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, A/CN.4/753, 73rd session of the ILC, 2022 (Third report).

3 ILC (2023). General Principles of Law: Text of the Draft Conclusions Provisionally Adopted by the Drafting Committee on First Reading, 74th session of the ILC, UN Doc A/CN.4/L.982, Geneva, 2023 (hereinafter: ILC GPL Draft Conclusions, 2023), https://documents.un.org/doc/undoc/ltd/g23/100/48/pdf/g2310048.pdf (accessed on 10. 10. 2024)

4 Pomson recommended that the ILC concentrate on the uncontroversial category of principles derived from national legal systems, avoiding all together recognition of principles formed within the international legal system as a valid source of international law, believing that this approach would prioritize a more grounded and universally accepted understanding of general principles of law, ensuring clarity and consistency within the international legal framework (Pomson, 2022).

2006:1549). This notion is a starting point for this research, aimed at addressing the dilemma or question contained in the title: are general principles of law stemming from the international law system a foggy concept, which cannot be properly defined by the Special Rapporteur in an effort to contribute to the progressive development of international law, or are they an old but long-forgotten concept, which dates way back to the process of drafting the Statute of the Permanent Court of International Justice in 1920?

Following this introduction, the second section of the paper will analyze the evolution of the ILC's approach to general principles of law (2018-2023), with specific reference to Conclusions 3 and 7. After providing the backgound and an overview of today's stance of the ILC, the next three sections of the paper analyze and discuss the principal research questions: Do general principles of law generated within the international law system have the potential to exist as an autonomous source of international law? Does the linguistic interpretation of Art. 38 paragraph 1 c) of the Statutes of both the Permanent Court of International Justice and the International Court of Justice (ICJ) support the arguments in favour of the standpoint that this category of principles has always been incorporated in the notion of general principles of law? In addition, the paper also focuses on the questions pertaining to the "*recognition*" of the general principles of law formed within the international legal order, and the subsequent question as to whether that amounts to consent of states. The sixth and the final section will provide concluding remarks.

2. The evolution of the ILC's approach to general principles of law (2018-2023)

Between 2018 and 2023, the ILC's approach to general principles of law underwent a significant evolution, particularly concerning the second category of principles *that originate from the international legal system itself*. While initially embracing this category, the ILC adopted a more cautious and restrictive stance in its 2023 Conclusions.

The ILC's initial work on the topic, reflected in the Special Rapporteur's first report (2019)[5] and second report (2021)[6], showed a willingness to accept general principles formed within the international legal system as a distinct category under Art. 38(1)(c) of the ICJ Statute. In his third report (2022), the Special Rapporteur argued that sufficient practice, case law and legal scholarship supported the existence of this category.[7] This view was echoed by

5 First Report of the Special Rapporteur, 2019: 67-73.

6 Second Report of the Special Rapporteur, 2021: 36-38.

7 Third Report of the Special Rapporteur, 2022: 8-14.

some ILC members,[8] who highlighted the need for the international legal system to generate its own principles rather than solely rely on principles imported from domestic legal systems. In addition, the examples in judicial decisions[9] and state practice support the existence of general principles formed within international law[10] (Bjorge, 2023: 852-864), as well as a steady body of academic literature (Anzilotti, 1929/1999: 117; Boas, 2023: 125-126; Bonafé, Palchetti, 2016:162; Cançado Trindade, 2013: 55-86; Fitzmaurice, 2017: 193; Gaja, 2019: 37; Gaja, 2020: paras. 17-20; Lammers, 1980: 67; Reuter, 1961: 466-467; Schachter, 1982: 75, 79-80; Wolfrum, 2010: para. 28; Yusuf, 2019: 450).

Several *methodologies* for identifying such principles were proposed, including examining their widespread recognition in treaties and other international instruments, their status as necessary corollaries of existing international legal rules (both conventional and customary), and their deductive derivation from fundamental principles of international law.[11] However, opposing views were also presented, echoing the view that (although stemming from international law) they are in essence still principles derived from municipal legal orders (D'Aspremont, 2011: 97-98, 171; Biddulph, Newman, 2014: 292, Ellis, 2011: 953; Murphy, 2020: 68).[12]

Thus, the ILC's stance had shifted by 2023, and the ILC became more cautious, mainly due to concerns that these principles are too similar to customary international law. Despite the raised concerns, the proposals of the Special Rapporteur found their place in the articles of draft conclusions provisionally adopted by the ILC in the first reading (2023). The prevailing

8 Third Report of the Special Rapporteur, 2022: 8 (ft. 41).

9 International Court of Justice, *Corfu Channel case*, Judgment of 9 April 1949, I.C.J. Reports 1949, p. 22; International Court of Justice, *Reservations to the Convention on Genocide*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1951, p. 23; International Court of Justice, *Case of the monetary gold removed from Rome in 1943* (Preliminary Question), Judgment of June 15th, 1954, I.C.J. Reports 1954, p. 32; International Court of Justice, *Frontier Dispute*, Judgment, I.C.J. Reports 1986, p. 565, paras 20-21; International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *Prosecutor v. Anto Furundžija*, No. IT-95-17/1-T, Judgment, Trial Chamber, 10 December 1998 (IT-95-17/1-T), para. 183; International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al.*, No. IT-95-16-T, Judgment, Trial Chamber, 14 January 2000, para. 738.

10 First Report of the Special Rapporteur, 2019: 68-73, paras. 235–253.

11 Second report of the Special Rapporteur, 2021: 38-50.

12 Biddulph and Newman stated that *there is a purely " domestic approach" and a "hybrid approach" to analyzing general principles, with most deriving general principles from domestic legal systems and some also taking account the structure of the international system itself* (Biddulph, Newman, 2014: 292). Ellis explained that "*general principles of international law are today understood as principles derived from municipal law*" (Ellis, 2011: 953).

thinking within the Commission at this stage is apparent from Conclusions 3 and especially 7 (ILC GPL Draft Conclusions, 2023).

This shift was driven by two major factors: 1) concerns about overlap with customary international law; 2) emphasis on codification over progressive development. First and foremost, numerous ILC members and states expressed concerns that recognizing a broad category of general principles formed within international law could *blur* the lines between this source and international customary law. They argued for a *clearer distinction* to ensure the integrity of both sources. Also, both the Special Rapporteur and the ILC made it clear that emphasis must be put on *codification* rather than progressive development when dealing with sources of international law.[13] The emphasis on codification aligns with the concerns expressed by some ILC members and states about exceeding the Commission's mandate and inadvertently creating new law (Bjorge, 2023: 845).

The ILC's shift towards a more restrictive approach is evident in several aspects of the ILC GPL Draft Conclusions, 2023; the manifestations of this approach are: 1) less certain language manifesting hesitancy in recognizing international law principles as a distinct category of general principles of law, 2) restrictive methodology for identifying them; and 3) room for future recognition of a broader category if supported by more evidence.

Firstly, the language used is different compared to the initial wording. While Draft conclusion 3 indeed recognizes two categories of general principles of law: those derived from national and those that may be formed within the international law (Draft Conclusion 3), it introduces a degree of flexibility regarding principles formed within the international legal system by using the phrase *"may be formed",* as opposed to a more definitive statement. Instead of mimicking the linguistic formula used in the first category of general principles that stem from national legal systems, instead of using the syntagm "*derived from"*, the phrase "*may be formed"* was used to describe and identify the second category. This acknowledges the ongoing debate about whether or not the second category of principles truly exists as an autonomous source of international law. This hesitant language reflects a shift from the more assertive stance in earlier ILC reports and discussions, which more readily embraced the idea of general principles emanating from the international legal system itself.

Futhermore, the ILC *streamlined the methodology for identifying* general principles formed within international law, focusing on a single criterion: *recognition by the community of nations as intrinsic to the international legal system* (Draft conclusion 7). This represents a departure from the multiple methodologies proposed in previous ILC reports, such as widespread reco-

13 Third report of the Special Rapporteur, 2022: 12, para 26.

gnition in treaties and other international instruments, that these principles are a necessary corollary of existing international legal rules, or that they are deduced from fundamental principles of international law. This more restrictive approach aims to address concerns about the potential overlap with customary international law and the risk of introducing principles not genuinely accepted by states. Concerns exist not only about the potential overlap but also about the possibility of using (and abusing) general principles to circumvent the more rigorous requirements for establishing international customary norms.[14] The ILC suggests that the methodology for identifying general principles formed within the international legal system is similar to that used for identifying principles derived from national systems. This involves: 1) an inductive analysis of existing norms, including relevant resolutions adopted by international organizations or at intergovernmental conferences and statements made by states; 2) consideration of the reception of the identified principle by states and subsequent decisions of courts and tribunals.[15] The crucial aspect of the ILC's approach is the second requirement: *recognition by the community of nations* (Draft conslusion 2), which will be further discussed in more detail in section 5 of this paper.

Finally, Draft conclusion 7, entitled "*Identification of general principles of law formed within the international legal system*," [16] explicitly states that this process is "*without prejudice to the question of the possible existence of other general principles of law formed within the international legal system*". This acknowledges the ongoing debate and leaves room for recognizing a broader category in the future, pending further study and evidence of state practice. Draft conclusion 7 deliberately embraced a narrow approach. The first paragraph aims to highlight the distinction between intrinsic and non-intrinsic general principles of law. *Intrinsic* general principles of law are the ones that are specific to and regulate the international legal system. The intrinsic principle is "*specific to the international legal system and reflects and regulates its*

14 Even the ICJ uses general principles of law in order to distance themselves from the strict requirements of identifying international customary norms (Besson, 2010: 41).

15 Second Report of the Special Rapporteur, 2021: 38-51.

16 Conclusion 7: *1) To determine the existence and content of a general principle of law that may be formed within the international legal system, it is necessary to ascertain that the community of nations has recognized the principle as intrinsic to the international legal system. 2) Paragraph 1 is without prejudice to the question of the possible existence of other general principles of law formed within the international legal system.* Conclusion 7, Report of the International Law Commission, Chapter IV: General Principles of Law, UN Doc A/78/10, p. 22.

basic features".[17] This narrow category includes principles such as: consent to jurisdiction, *uti possidetis juris*[18], and respect for human dignity[19]. [20]

Paragraph 2 of Draft conclusion 7 can be seen as a *savings clause* or *"without prejudice" clause*, considering that it aims to acknowledge the potential for other general principles to exist outside this narrow definition. It is in fact this broader category where the controversy lies.

Despite the opposing views among the ILC members, the ILC eventually adopted (by consensus) the Draft conclusion 7 on general principles of law formed within the international legal system based on three main arguments. First and foremost, the text of Art. 38(1)(c) as well as the drafting history do not limit general principles of law to those that only derive from national legal systems.[21] The second argument for the justification of the existence of the said second category of general principles of law was that both the state and judicial practice supports it. Lastly, the third argument *pro* is that international law, as any legal system, has to be able to generate its own general principles, which is also crucial for maintaining a coherent legal system capable of addressing evolving international challenges. This perspective highlights the *functional* necessity of such principles within the international legal framework, that is their functional role of coherence.

There is a need to clarify the relationship between the two categories because, in Draft conclusion 7, there is an unclear connection between the conditions in paragraph 1 (defining "intrinsic" principles) and the broader scope allowed in paragraph 2. It is possible that paragraph 2 acts as a placeholder, recognizing the theoretical potential for non-intrinsic principles but acknowledging the need for further clarification on their identification and application.

Having in mind all the complexities surrounding general principles of law stemming from the international system, it is important to further analyze

17 Conclusion 7, comment 4, ILC Report of the International Law Commission, Chapter IV: General Principles of Law, UN Doc A/78/10, p. 23; https://legal.un.org/Ilc/reports/2023/english/a_78_10_advance.pdf (accessed on 10. 10. 2024)

18 *Frontier Dispute* (Burkina Faso/Mali), 1986 ICJ. Rep. 554, 565, para. 20 (Dec.22): "*Uti possidetis…is not a special rule which pertains solely to one specific system of international law. It is a general principle which is logically connected with the phenomenon of the obtaining of independence*"; it establishes that newly independent states inherit the pre-existing boundaries established by the former colonial power (ILC Report, 2023: 23).

19 This principle, recognized by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia in the *Furundžija* case, is considered fundamental to international humanitarian law and human rights law (ILC Report, 2023: 23).

20 Conclusion 7, comment 6, Report of the International Law Commission, UN Doc A/78/10, 2023, p. 23.

21 Conclusion 7, comment 2, Report of the International Law Commission, UN Doc A/78/10, 2023, pp. 22-23.

three key aspects: 1) the linguistic and historical interpretation of Art. 38 (1)(c) of the ICJ Statute; 2) to demystify whether they are an autonomous source of law; and 3) to understand what represents *recognition*.

3. Back to the basics: the linguistic and historical interpretation of Article 38(1)(c) ICJ Statute

The linguistic interpretation of Art. 38(1)(c) in the Statutes of both the Permanent Court of International Justice (PCIJ) and the International Court of Justice (ICJ) offers arguments both for and against the view that general principles of law have always encompassed principles that originate from the international legal system. This *dual* argument refers to the text or wording of Art. 38(1)(c), which in fact does not explicitly limit the source of general principles, leaving room for interpretation.

On the one hand, there are a couple of arguments supporting the *inclusion* of general principles of law formed within the international legal order within the meaning and scope of the phrase "general principles of law". First of all, the history and *travaux préparatoires* of Art. 38(1)(c) point towards a broader interpretation that encompasses both domestic and international sources of general principles. If we go back nearly a century ago and analyze the *travaux préparatoires* of the Statute of the PCIJ, one of the drafters of Art. 38, Anzilotti, who later became a judge of the Court, wrote that "*not only were general principles of law formed within the international legal system part of the category of Art. 38(1)(c), but that the rubric referred first and foremost to such principles, giving only second place to principles recognized in domestic legal systems*" (Bjorge, 2023: 850). Politis (in 1934) and Hudson (in 1943) also *explicitly* recognized the possibility of the existence of these principles (Bjorge, 2023: 852), as well as De Lapradelle as early as 1920 (Fitzmaurice, 2017: 186, Wang, 2022: 569). "*On the basis of the wording of Art. 38(1)(c) ICJ Statute, its legislative history, as well as its object and purpose, the view seems to be more tenable that general principles may be derived not only from municipal law, but also from international law. This reasoning is enforced by Art 21 ICC Statute, which clearly distinguishes between general principles derived from international and those from national law"* (Wolfrum, 2010: para. 28). Secondly, the wording of Art. 38(1)(c) is quite general, referring to "*the general principles of law recognized by civilized nations*", a phrasing that does not explicitly limit the origin of these principles. Thirdly, the focus is in fact on states' *recognition* of the principles, which could apply to principles recognized in both domestic and international contexts. Fourthly, the structure of Art. 38(1) places general principles of law alongside treaties and customary international law as sources

of international law applied by the Court. This placement could imply a broader scope for general principles than merely those drawn from domestic law.

However, due to the lack of precision in the wording of Art. 38(1) ICJ Statute, there are also arguments against the inclusion of such principles deriving from the international order into the notion of general principles of law (Tunkin, 1974: 199). First, while not directly based on linguistic interpretation, the dominant understanding of Art. 38(1)(c) has historically been limited to principles found in domestic legal systems. This perspective of focusing on domestic law often draws on the views of Root and Lord Phillimore during the drafting of the PCIJ Statute (Bjorne, 2023: 849). Second, although it is now considered outdated and potentially discriminatory, the reference to "*civilized nations*" in Art. 38(1)(c) was initially seen by some as pointing toward domestic legal systems as the primary source of general principles. However, this argument weakens when considering that even principles found in domestic law are ultimately incorporated into international law through a process of recognition *by the international community* (Bjorge, 2023: 866). Third, during the drafting process of Art. 38,[22] the used phrase was criticized "*because it could be treated as an open door for judges to install particular legal values specific to their own national legal systems*" (Ochi, 2023: 171).

As seen, the linguistic interpretation of Art. 38(1)(c) of the ICJ Statute is not conclusive. The wording is broad enough to allow for different interpretations. Ultimately, understanding the intended scope of general principles of law requires considering not only the historical context and drafting debates but also the subsequent practice of states and international courts and tribunals. This aligns with the ILC's current approach which, while acknowledging the possibility of general principles formed within international law, sets a *high bar* for their identification and emphasizes the need for evidence of state recognition.

4. Questioning general principles of law formed within the international legal system as an autonomous source of international law

The question of whether general principles of law formed *within* the international legal system can stand as an independent source of international law is a contested concept, having in mind that it is still the subject matter of ongoing debates.

There are a couple of arguments in favor of autonomy, such as: 1) systemic necessity; 2) historical practice; and 3) the notion of implied consent. Scholars

22 League of Nations Advisory Committee of Jurists, Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16-July 24, 1920, with Annexes, The Hague, Van Langenhuysen, 1920, pp. 293, 308-310.

argue that general principles of law are essential for a functioning international legal system (Cheng, 1953: 390;[23] Andenas, Chiussi, 2019: 10). It is contended that, just as domestic legal systems rely on general principles to fill gaps and ensure coherence, the international legal order needs its own set of guiding principles to maintain order and address novel situations (Besson, 2009: 22; Kozlowski, 2017: 227).[24] Bjorge challenges the traditional view that early jurists were solely focused on incorporating *national* legal principles into Art. 38(1)(c). He argues that the historical practice indicates a clear acceptance of general principles formed within international law as a legitimate source (Bjorge, 2023: 865-857). Shao introduces the concept of *implied consent* as a way to reconcile general principles with the consent-based nature of international law (Shao, 2021: 229). He posits that general principles, regardless of their origin, reflect what states would likely have agreed to if faced with a specific legal issue. This implied consent arises from the need for a workable international legal system (Shao, 2021: 233). The ILC itself stated that general principles of law formed within the international legal system "*could be seen as a sign of the increasing maturity and growing complexity of international law, which thus came to depend less on gap-filling sources from domestic law"* (ILC Report, 2021).[25]

On the other hand, arguments against their autonomy are: 1) overlap with customary international law; 2) fear of a "custom lite" path; and 3) lack of clear methodology. One of the primary concerns is the potential for general principles formed within the international legal system to become *indistinguishable* from customary international law (Đorđević Aleksovski, 2022: 19-21). This could generate confusion and blur the lines between different sources of law, potentially weakening the established framework of international lawmaking. Further, there is some fear that recognizing a broad category of general principles could lead to a *custom lite scenario* (Shao, 2021: 240-246), where these principles become a less stringent path to establishing new international legal norms, thus circumventing the traditional emphasis on the requirement of *explicit state consent*. Finally, there are difficulties in establishing a clear and objective methodology for identifying these principles. Without a robust framework for distinguishing general principles from other sources, the risk of subjective interpretation and potential abuse by international courts and tribunals increases[26] (Shao, 2021: 240).

23 A famous quotation states that: General principles of law "*lie at the very foundation of the [international] legal system and are indispensable to its operation*" (Cheng, 1953: 390).

24 Third report of the Special Rapporteur, 2022: 52, para. 144.

25 Report of the International Law Commission, 72nd session, 2021, Un Doc A/76/10, para. 210.

26 Third report of the Special Rapporteur, 2022: 10-11, paras 22-23.

The ILC has grappled with these arguments. Its position has evolved over time. The ILC's current stance acknowledges the possibility of the existence of principles stemming from the international order as an autonomous source of law but sets a high threshold.

5. Recognition of general principles of law originating from the international system

The notion of *recognition* of general principles of law formed within the international legal order is a complex and contested issue. Generally speaking, it can be established through: 1) state practice, including treaty practice and diplomatic exchanges; 2) judicial decisions of international courts and tribunals; and 3) writings of the most qualified scholars. Determining whether a principle *qualifies* as a general principle of law under Art. 38(1)(c) of the ICJ Statute involves three key questions: 1) how recognition is manifested; 2) what evidence is required; and 3) what actors contribute to this process.

Answering the question of what actually constitutes recognition is a complex one, having in mind that there is a distinction between *explicit* recognition, where states or international courts and tribunals *directly* invoke a principle as a general principle of law, and *implicit* recognition, which can be inferred from state practice, treaty provisions, or judicial decisions that apply the principle *without explicitly* labelling it as such. The implicit recognition poses challenges for identifying these principles and raises concerns about subjective interpretations by adjudicators. Some argue that the recognition of general principles, even those formed within international law, ultimately rests on a form of *implied consent* by states (Shao, 2021: 229, 233). This argument rests on the idea that, by *participating* in the international legal system and *acknowledging* the need for principles to address gaps and ensure coherence, states *implicitly accept* the binding nature of such principles. This consent is inferred from their participation in the international legal system and their acceptance of the need for principles to address gaps and ensure coherence. However, the concept of "implied consent" remains contested and raises questions about how to determine when it is sufficient to create binding legal obligations.

Several challenges arise regarding the notion of "implied consent". Firstly, it can be difficult to determine precisely when and how this "implied consent" is manifested, leading to concerns about subjective interpretations and potential overreach by international courts. Secondly, the idea that states consent to be bound by principles *simply by participating* in the international legal system can be seen as undermining state sovereignty and the traditional emphasis on explicit consent in international lawmaking. The central tension revolves around balancing the need for international law to function as a *coherent system*

with the traditional emphasis on *state consent* as the foundation of international legal obligations. States are traditionally seen as the primary actors in international law, and their consent is often considered the foundation of their legal obligations.

Secondly, the evidence required to satisfy the recognition requirement is also not clear cut. Namely, it is still not clear whether recognition requires a collective act by the international community as a whole, or whether it could also be based on the actions of an individual state. This further raises questions about how to determine *when* a general principle of law has achieved sufficient recognition to be considered part of general international law. Academic literature identifies various *types* of evidence that can support the recognition of general principles formed within international law. These include: 1) treaty provisions, which use terms such as "general principles of international law" and "generally recognized principles of international law"; 2) state practice, including diplomatic exchanges, statements by state representatives and national legislation that reflect the application of these principles; 3) judicial decisions from international courts and tribunals invoking or applying the principle in their judgments (even without explicitly citing Art. 38(1)(c)); 4) scholarly writings, including not only analysis but also *support* for the existence and application of principles within the international legal order. Unfortunately, establishing a *clear methodology* for identifying these principles is challenging, as states and courts often apply them *without explicitly stating their source or linking them* to Art. 38(1)(c) of the ICJ Statute. This ambiguity can make it difficult to determine whether a principle has achieved sufficient recognition to be considered part of general international law.

Not only states but also international courts and the ILC itself are involved in answering the third posed question regarding *actors who contribute to the process* of creating, identifying and recognizing general principles formed within international law. Ultimately, States, as the primary subjects of international law, play a central role in the recognition process. Their actions, individually and collectively, through treaty-making, diplomatic practice and domestic legislation, contribute both to the formation and recognition of these principles. International courts and tribunals contribute to the identification and development of general principles through their judgments and interpretations of international law. The ILC also plays a significant role in clarifying the concept of general principles of international law and developing methodologies for their identification. However, its work is not binding on states, and its recent shift towards a more restrictive approach reflects the complexities and controversies surrounding this source of law.

6. Concluding remarks

The ILC's approach to general principles of law has evolved between 2018 and 2023, moving from an initial openness to a more restrictive stance regarding the second category of general principles of law, the principles originating from the international legal system. This evolution reflects the ongoing debate and complexities surrounding this type of general principles, the need to maintain clear distinctions between different sources, and the ILC's commitment to codification over progressive development.

While the 2023 ILC Draft conclusions provisionally adopted in the first reading acknowledge the potential existence of this category, they reflect a more cautious approach, seeking to address concerns about distinction from other sources and potential abuse, as well as pending further clarification and evidence of state practice. While acknowledging their existence, the ILC adopts a more restrictive methodology for identification.

In essence, the debate regarding the inclusion of general principles of international law in Art. 38(1)(c) of the ICJ Statute highlights a tension between a *positivist* view of international law (focused on state consent) and a more *naturalist* approach that acknowledges the need for a coherent legal system. Despite the controversy, the ILC has provisionally accepted the existence of general principles formed within the international legal system, although with a narrow scope in the ILC Draft conclusions 3 and 7.

The potential for general principles of law formed within the international legal system to exist as an autonomous source remains a point of contention. While arguments based on systemic necessity, historical practice and implied consent support their recognition, concerns about overlap with custom, the "custom lite" scenario, and methodological challenges persist. The ILC's evolving stance underscores the need for further clarity and a robust framework for identifying and applying these principles. The future development of this area of international law will likely depend on the emergence of compelling State practice and jurisprudence that solidify the contours and legitimacy of this potentially powerful source of legal norms.

In response to the question of whether general principles formed within the international legal system are a foggy or a long-forgotten concept, the conclusion would be that they are both, (notably, in that particular order). Even though some academic literature rightfully reminds that principles originating from the international order were always meant to be included within the scope of Art. 38 (1)(c), the main problem is of a different kind: its "fogginess", i.e. the lack of a clear-cut definition and identification. It remains to be seen whether the majority of states will be inspired by the work of the ILC and its delicate wording and high threshold when it comes to general principles originating

form the international system, or whether they will oppose such a view. Remembering that states have a deadline until 1st December 2024 to submit information and provide their comments, the final say remains to be seen.

Unfortunately, it has to be noted that the Republic of Serbia has not been very active in the work of the ILC since it became an independent state in 2006. In the period 2006-2024, the ILC has tackled numerous topics and some activities are still underway,[27] with very little input from Serbia.[28] Having in mind the vital importance of the principle of territorial integrity[29] (as a general principle that may be formed in international system) to the Serbian foreign policy, the Republic of Serbia would be expected to submit a comment.

The Special Rapporteur is expected to issue a fourth and final report on general principles of law in 2025, which will focus on analyzing the feedback received from governments regarding the ILC's conclusions and commentaries on the topic (Jalloh, 2024: 128). Based on governments' feedback, the report might propose adjustments to the conclusions and commentaries adopted by the ILC during the first reading of draft conclusions. The ILC intends to com-

27 The following topics were completed or are still in progress: *Identification of customary international law, Peremptory norms of general international law, Subsequent agreements and subsequent practice in relation to interpretation of treaties, Effects of armed conflicts on treaties, Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law, Subsidiary means for the determination of rules of international law, Non-legally binding international agreements, Succession of States in respect of State responsibility, Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, Responsibility of international organizations, Settlement of disputes to which international organizations are parties, Protection of persons in the event of disasters, Crimes against humanity, Immunity of State officials from foreign criminal jurisdiction, Protection of the environment in relation to armed conflicts, Protection of the atmosphere, Shared natural resources (oil and gas), Sea-level rise in relation to international law, International liability in case of loss from transboundary harm arising out of hazardous activities.* See: ILC (2024). Analytical Guide to the Work of the International Law Commission; https://legal.un.org/ilc/guide/gfra.shtml (accessed on 10. 10. 2024).

28 The Republic of Serbia provided information or submitted comments on 3 issues only: a) Serbia's comment on *Provisional application of treaties* (https://legal.un.org/ilc/sessions/68/pdfs/english/pat_serbia.pdf); b) Serbia's comment on *Expulsion of aliens*, (https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_628.pdf, p. 282); and c) Serbia's comment on *Obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare)*, (https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_579.pdf, pp. 91-92) (accessed on 10. 10. 2024)

29 In the ILC debate, the examples of general principles of law that may be formed within the international system included: the principle of sovereign equality of states, the principle of territorial integrity, the principle of *uti possidetis juris*, the principle of non-intervention in the internal affairs of another State, the principle of consent to the jurisdiction to international courts and tribunals, elementary humanity considerations, respect for human dignity, the Nürnberg Principles and principles of international environmental law (ILC Report 2023, Un Doc A/78/10, ft. 34).

plete a second reading in 2025 and submit the conclusions to the UN General Assembly with a recommendation for further action. Based on similar projects, the ILC's recommendation to the General Assembly will include one or more of the following scenarios: 1) General Assembly formally acknowledging the ILC's work on general principles of law; 2) annexing the conclusions to a General Assembly resolution, increasing their visibility and potential influence; 3) bringing the conclusions to the attention of relevant stakeholders, most notably states; 4) encouraging widespread dissemination within the broader international legal community.

References

Andenas, M., Chiussi, L. (2019). General Principles: Cohesion and Expansion of International Law, in: *General Principles and the Coherence of International Law*, M. Andenas, M. Fitzmaurice, A. Tanzi, J. Wouters (Eds.), Leiden: Brill Nijhoff, pp. 3-27;

Anzilotti, D. (1929/1999). Cours de droit international, Editions Panthéon-Assas, Paris;

Besson, Samantha. (2010). General Principles in International Law - Whose Principles?, in: *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, S. Besson, J. D'Aspremont (Eds.), Oxford University Press, pp. 19-81;

Biddulph, M., Newman, D. (2014). A Contextualized Account of General Principles of International Law, *Pace International Law Review*, Vol. 26, Issue 2, pp. 286-344;

Bjorge, Eirik. (2023). General Principles of Law Formed Within the International Legal System. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 72, no. 4, pp. 845-867;

Bassiouni, M. C. (1990). A Functional Approach to "General Principles of International Law", *Michigan Journal of International Law*, 11 (3), pp. 768-818;

Boas, G. (2023). Public International Law: Contemporary Principles, Cheltenham, Edward Elgar;

Bonafé, B. I., Palchetti, P. (2016). Relying on general principles of law, in: C. Brölmann, Y. Radi (eds.), *Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking,* Cheltenham, Edward Edgar Publishing, pp. 160–176;

Cançado Trindade, A. A. (2013). International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff;

D'Aspremont, J. (2011). Formalism and the Sources of International Law: A Theory of the Ascertainment of Legal Rules, Oxford University Press;

Đorđević Aleksovski, S. (2022). ILC work on the codification of general legal principles, *Facta Universitatis, Series: Law and Politics,* Vol. 20, No 1, pp. 13-23;

Ellis, J. (2011). General Principles and Comparative Law, *The European Journal of International Law*, Vol. 22 no. 4, p. 953,

Fitzmaurice, M. (2017). The History of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice: The Journey from the Past to the Present, in: *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, S. Besson, J. d'Aspremont (Eds.), Oxford University Press, pp. 179-208;

Gaja, G. (2019). General Principles in the Jurisprudence of the ICJ, in: M. Andenas *et al.* (eds.), *General Principles and the Coherence of International Law*, Leiden, Brill;

Gaja, G. (2020). General principles of law, in: *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2020), paras. 17-20;

Jalloh, C. C. (2024). The International Law Commission's Seventy-Fourth (2023) Session: General Principles of Law and Other Topics, *American Journal of International Law*, Vol. 118, Issue 1, pp. 120-144;

Kozlowski, A. (2017). Systematicity of General Principles of Law and Limits of International Law. *Polish Yearbook of International Law*, vol. 37, 2017, 227-235;

Lammers, J. G. (1980). General principles of law recognized by civilized nations, in: F. Kalshoven, P.J. Kuyper and J.G. Lammers (Eds.), Essays on the Development of the International Legal Order in Memory of Haro F. van Panhuys, Alphen aa den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, pp. 53-75, p. 67;

Murphy, S. D. (2020). Peremptory Norms of General International Law (Jus Cogens) and Other Topics: The Seventy-First Session of the International Law Commission, American Journal of International Law, vol. 114, p. 68.

Ochi, M. (2023).The New Recipe for a General Principle of Law: Premise Theory to 'Fill in the Gaps'. *Asian Journal of International Law*, vol. 13, no. 2, pp. 169-187;

Pomson, O., (2022). General Principles of Law Formed Within the International Legal System? EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law, available at: https://www.ejiltalk.org/general-principles-of-law-formed-within-the-international-legal-system/, (accessed on 01. 10. 2024)

Reuter, P. (1961). Principes de droit international public, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 103, pp. 425–656, pp. 466–467;

Rosenne, S. (2006). The Law and Practice of the International Court, 1920-2005, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers;

Tunkin, G. I. (1974). Theory of International Law, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts;

Schachter, O. (1982). International law in theory and practice: general course in public international law, in: Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 178, pp. 9–396, pp. 75, 79–80;

Shao, X. (2021)."What We Talk About When We Talk About General Principles of Law." *Chinese Journal of International Law*, vol. 20, no. 2, pp. 219-230;

Vázquez-Bermúdez, M., Crosato A. (2020). General Principles of Law: The First Debate within the International Law Commission and the Sixth Committee, *Chinese Journal of International Law*, 19 (1), pp. 157-172;

Wang, Y. (2022).The Origins and Operation of the General Principles of Law as Gap fillers, *Journal of International Dispute Settlement*, 13, pp. 560-582;

Wolfrum, R. (2010). General international law (principles, rules, and standards), in R. Wolfrum (Ed.), Max Planck Encyclopedia of International Law, vol. IV, entry updated in 2010; Oxford University Press, 2012;

Yusuf, A. (2019). Concluding remarks, in: M. Andenas et al. (Eds.), General Principles and the Coherence of International Law, Leiden, Brill.

Legal documents

First report of the Special Rapporteur, Mr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, A/CN.4/732, 71st session of the ILC, 2019;

Second Report of the Special Rapporteur, Mr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, A/CN.4/741, 72nd session of the ILC, 2021;

Third Report of the Special Rapporteur, Mr. Marcelo Vázquez-Bermúdez, A/CN.4/753, 73rd session of the ILC, 2022;

ILC Report of the International Law Commission, 69th session of the ILC in 2017, A/72/10;

ILC Report of the International Law Commission, Chapter IV: General Principles of Law, UN Doc A/78/10, https://legal.un.org/Ilc/reports/2023/english/a_78_10_advance.pdf

ILC GLC Draft Conclusions (2023). General Principles of Law: Text of the Draft Conclusions Provisionally Adopted by the Drafting Committee on First Reading, 74th session of the ILC, UN Doc A/CN.4/L.982, Geneva, 2023, https://documents.un.org/doc/undoc/ltd/g23/100/48/pdf/g2310048.pdf

League of Nations Advisory Committee of Jurists, Procès-verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16-July 24, 1920, with Annexes, The Hague, Van Langenhuysen, 1920;

Serbia's comment on *Expulsion of aliens*, https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_628.pdf;

Serbia's comment on *Provisional application of treaties*, https://legal.un.org/ilc/sessions/68/pdfs/english/pat_serbia.pdf;

Serbia's comment on *Obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare)*, https://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_579.pdf;

Case law

International Court of Justice, *Corfu Channel case*, Judgment of 9 April 1949, ICJ Reports 1949;

International Court of Justice, *Reservations to the Convention on Genocide*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1951;

International Court of Justice, *Case of the monetary gold removed from Rome in 1943* (Preliminary Question), Judgment of 15 June 1954, ICJ Reports 1954;

International Court of Justice, *Frontier Dispute*, Judgment, ICJ. Reports 1986;

International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *Prosecutor v. Anto Furundžija*, No. IT-95-17/1-T, Judgment, Trial Chamber, 10 December 1998 (IT-95-17/1-T);

International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, *Prosecutor v. Zoran Kupreškić et al.*, No. IT-95-16-T, Judgment, Trial Chamber, 14 January 2000.

Online source

ILC (2024). Analytical Guide to the Work of the International Law Commission; https://legal.un.org/ilc/guide/gfra.shtml (accessed on 10. 10. 2024).

dr Sanja Đorđević Aleksovski,
Docent,
Pravni fakultet, Univerzitet u Nišu,Republika Srbija

OPŠTI PRINCIPI PRAVA STVORENI U MEĐUNARODNOM PRAVNOM SISTEMU – MAGLOVITI ILI ZABORAVLjEN POJAM?

Rezime

Komisija za međunarodno pravo (KMP) već decenijama kodifikuje različite izvore međunarodnog prava. Rad na kodifikaciji opštih principa prava do sada je proizveo tri izveštaja Specijalnog izvestioca u kojima su identifikovane dve kategorije opštih principa prava, s obzirom na njihovo različito poreklo. Prva kategorija opštih principa prava potiče iz nacionalnih pravnih poredaka, dok druga proističe iz samog međunarodnopravnog sistema. Potonji su do sada definisani kao „opšta pravna načela koja se mogu formirati u okviru međunarodnog pravnog sistema" u zaključcima usvojenim na prvom čitanju iz maja 2023. godine. Cilj rada je ispitivanje pomenute kontroverzne kategorije opštih principa prava. U vezi sa opštim pravnim principima koji mogu proisteći ili se formirati u okviru međunarodnog pravnog poretka treba istaći da među teoretičarima, članovima same KMP, kao i državama postoje oprečni stavovi. Stoga će se rad pretežno fokusirati na sledeća istraživačka pitanja: Da li opšti principi prava formirani u okviru međunarodnog pravnog sistema mogu postojati kao samostalni izvor međunarodnog prava? Da li na osnovu jezičkog tumačenja člana 38v) Statuta Stalnog suda međunarodne pravde i Međunarodnog suda pravde postoji argument u korist stava u da je takva kategorija principa oduvek bila uključena u pojam opštih principa prava? U radu će se, takođe, analizirati pojam „priznavanja" opštih principa prava formiranih u okviru međunarodnog pravnog poretka, i dovesti ga u vezu sa konceptom saglasnosti država.

Ključne reči: *opšta načela prava, opšta načela prava stvorena u međunarodnopravnom poretku, kodifikacija, Komisija za međunarodno pravo.*

UDK: 349.2:331.32(497.5)

pregledni
naučni rad

Rad primljen: 28.08.2024.
Rad prihvaćen: 31.10.2024.

DOI: 10.5937/zrpfn1-53062

Dragana Bjelić Gaćeša, [*] ***LL.D,***
Assistant Professor,
Faculty of Law, University J.J. Strossmayer in Osijek,
Republic of Croatia

CHALLENGES IN EXERCISING THE RIGHT TO ANNUAL LEAVE FOR WORKERS ON LONG-TERM SICK LEAVE IN THE REPUBLIC OF CROATIA[**]

Abstract: *The right to paid annual leave is one of the fundamental rights in the employment relationship. As such, it is incorporated in a number of legal acts, both at the international and regional, as well as at the national levels. The purpose of this right is to enable the workers to rest from physical and/or mental work, to enable them to enjoy relaxation and leisure in order to restore their working abilities. In accordance with the case law of the Court of Justice of the European Union (CJEU), the right to paid annual leave is a particularly important principle of the Community social law; thus, it must be granted to every worker regardless of his/her health status. However, in the Republic of Croatia, the workers who have been on long-term sick leave may face significant difficulties in exercising their right to paid annual leave after returning to work. Pursuant to Article 84 of the applicable Croatian Labour Act, on carrying over the annual leave to the next calendar year, a worker who, due to illness, does not use annual leave in full or in part in the calendar year in which it was earned, is entitled to use it upon returning to work, but no later than 30 June of the following calendar year. The question arises how a worker who has spent two, three or more years on long-term sick leave will fit into this provision. Will this legal solution deprive the worker of the right to paid*

[*] dbjelicga@pravos.hr, ORCID: 0000-0002-7007-3980

[**] The publication of this paper was partially supported within the internal scientific research *project Labour Law Facing the Challenges of the 21st Century*: Transformation, Humanization, Discrimination and Equality (IP-PRAVOS-3), Faculty of Law Osijek, J. J. Strossmayer University in Osijek.
The paper was presented under the same title at the international scientific conference "*Legal Principles in Contemporary Law*", held at the Faculty of Law, University of Niš, on 19 April 2024.
The paper under the same title, in an expanded version, was published in Croatian in the Collection of the International Scientific Conference "Legal Principles in Contemporary Law", Niš, 2024, 453-475.

annual leave? The aim of the paper is to analyse the relevant provisions of the Croatian positive law concerning the right to paid annual leave and the possibility of transfer it to it to the next calendar year over, to correlation them with the relevant European directives and judgments of the Court of Justice of the EU, to draw conclusions on their compliance with EU law, and discuss their impact on the position of workers and employers in the Republic of Croatia.

Keywords: *right to annual leave, long-term sick leave, Croatian Labor Act, Court of Justice EU.*

1. Introductory considerations

The right to paid annual leave is one of the basic rights in the employment relationship, and its use is beneficial for the employee and the employer alike. Research shows that taking annual leave increases workers' productivity by up to 40%, while at the same time reducing the risk of sick leave by 28% (EURES, 2022).[1] Annual leave allows the worker to take a break from the stress and workplace demands. Studies show that the maximum effort that a worker invests in the workplace for a long time exposes the worker to a greater risk of serious health problems, such as heart attack and stroke, for which reason the use of annual leave is considered necessary to safeguard workers' health (EURES, 2022). Moreover, the use of annual leave can have a positive effect on keeping balance between professional and personal life. Conducted research also shows that, during the annual leave, the worker's health and well-being improve, the level of tension decreases, and at the same time the level of energy and satisfaction increases (De Bloom, Geurts, Taris, Sonnentag, De Weerth, Kompier, 2010:196). Annual leave has a positive effect on creating psychological resilience to future stressors (De Bloom, Geurts, Kompier, 2012:630). The absence of annual leave can be associated with premature mortality (Gump, Matthews, 2000:608-612).

The right to paid annual leave is laid down in Article 31 (2) of the EU Charter of Fundamental Rights(2000)[2], which states that "Every worker has the right to limitation of maximum working hours, to daily and weekly rest periods and to an annual period of paid leave." According to the position expressed by the Court of Justice of the EU (CJEU) in its judgment in case C-684/16[3], the

1 EURES/EURopean Employment Services (2022). *Why you should always use your annual leave*, 6 Sept. 2022, https://eures.europa.eu/why-you-should-always-use-your-annual-leave-2022-09-16_en (accessed 15 July 2024).

2 Charter of Fundamental Rights of the European Union, *Official Journal of the EC,* C 364/01, 2000

3 Case C-684/16 *Max Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften* [2018], paragraph 74

aforementioned provision of the Charter suffices granting workers the right that they can invoke in disputes against the employer. Furthermore, pursuant to Article 7 of Directive 2003/88/EC[4], member states must guarantee workers at least four weeks of paid annual leave. The aforementioned provision has been implemented in the Croatian Labour Act; thus, the employer's failure to ensure the employee's use and enjoyment of paid annual leave shall result in employer's misdemeanour liability. Despite this, the provisions on carrying over periods of unused paid annual leave to the next calendar year pose a special issue in the labour law legislation of the Republic of Croatia. In particular, this refers to workers in the Croatia who spent several uninterrupted years on sick leave and who, after returning to work, wish to use their annual leave that they could not use due to sick leave.

2. Legal sources of the right to paid vacation

The right to paid annual leave is incorporated in a number of legal acts at the international, regional and national levels. The paper focuses only on particular sources: one international specialized source, one European secondary source, and two national (Croatian) sources of law.

In the context of international specialized sources of law, the analysis covers the provisions of the ILO Convention C132 - Holidays with Pay Convention (Revised).[5] Article 9 of the ILO Convention is considered crucial when it comes to the annual leave carry-over institute. Pursuant to Article 9, "the uninterrupted part of the annual holiday with pay of two uninterrupted working weeks[6] shall be granted and taken no later than one year, and the remainder of the annual holiday with pay no later than eighteen months, from the end of the year in respect of which the holiday entitlement has arisen".[7] Therefore, as a rule, the unused part of annual leave can be carried over and used no later than eighteen months from the end of the year in which the right to annual leave was acquired. The above applies only if there is no employee's consent to extend the

4 Directive 2003/88/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 concerning certain aspects of the organisation of working time, *Official Gazette*, 299/2003

5 ILO Convention No 132: Holidays with Pay Convention (Revised), 1970/ Konvencija 132 - Konvencija o plaćenom godišnjem odmoru (revidirana), *Narodne novine,* 3/2002

6 Pursuant to Article 8 of the ILO Convention No.132, "The division of the annual holiday with pay into parts may be authorised by the competent authority or through the appropriate machinery in each country. Unless otherwise provided in an agreement applicable to the employer and the employed person concerned, and on condition that the length of service of the person concerned entitles him to such a period, one of the parts shall consist of at least two uninterrupted working weeks."

7 Articles 8 and 9, ILO Convention No 132- Holidays with Pay Convention (Revised), *Narodne novine,* 3/2002

use of the unused part of annual leave even after the expiry of 18 months from the end of the year in which the right to annual leave was exercised.[8]

In the context of the European secondary sources of law, we will analyze the provisions of Directive 2003/88/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 concerning certain aspects of the organisation of working time (2003).[9] As regards annual leave, the Directive emphasizes the right of every worker to a paid annual leave of at least four weeks, whereby the conditions for acquiring the right and for granting annual leave are determined by national regulations and/or practice (Article 7(1) of the Directive 2003/88/EC). Furthermore, the same Directive eliminated the possibility of replacing the shortest annual leave with monetary compensation. However, the possibility of paying an appropriate monetary compensation instead of annual leave is provided only in case of termination of the employment relationship (Article 7(1) of the Directive 2003/88/EC). The analysis of the provisions of Directive 2003/88/EC shows that there are no special provisions on the institute of annual leave carry-over to the next year. Thus, it does not follow from the text of the Directive that "the Union legislator intended to regulate the carry-over periods".[10] However, it should be noted the Article 6 of the Directive sets out that "the principles of the International Labour Organisation should be taken into account regarding the organisation of working time, including the principles relating to night work."

In reference to national sources of labour law, the author analyses the provisions of the Constitution of the Republic of Croatia[11] and the provisions of the current Labour Act of the Republic of Croatia.[12] The Constitution, as the fundamental legal act of the Republic of Croatia, sets out the right of every employee to weekly and paid annual leave, highlighting it as a right that cannot be waived (Article 3§3 of the Constitution). It should be emphasized that this provision of the Constitution is also the only provision concerning the issue of annual leave. As anticipated, the Croatian Labour Act includes more detailed

8 In this sense, Article 9(2) of the Convention states: "Any part of the annual holiday which exceeds a stated minimum may be postponed, with the consent of the employed person concerned, beyond the period specified in paragraph 1 of this Article and up to a further specified time limit."

9 Directive 2003/88/EC of the European Parliament and of the Council of 4 November 2003 concerning certain aspects of the organisation of working time, *Official Journal*, 299/2003

10 Opinion of Advocate General Tamara Ćapeta delivered in the joined cases C-271/22 to C-275/22 *XT (C-271/22), KH (C-272/22), BX (C-273/22), FH (C- 274/22), NW (275/22) v Keolis Agen SARL* [2023], paragraph 39.

11 Constitution of the Republic of Croatia, *Narodne novine,* 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14

12 Labour Act, *Narodne novine*, 93/14, 127/17, 98/19, 151/22, 46/23, 64/23

provisions on annual leave, as well as the possibility of carrying over a part of it into the next calendar year. Taking into account that the focus of this paper is on challenges and difficulties that workers on long-term sick leave face while attempting to exercise their right to paid annual leave, the subsequent parts of the paper analyze the Labour Act provisions related to the possibility of carrying over the use of the paid annual leave, which was not used due to illness, into the next year. In this sense, Article 84 § 4 of the Labour Act is of great importance as it provides that: "A worker has the right to use annual leave or part of it that was interrupted or not used in the calendar year in which it was granted due to illness and the use of the right to maternal, parental, and adoption leave, and leave for the care of a child with severe disabilities, upon returning to work, no later than 30 June of the following calendar year." According to the cited provision, the use of annual leave for a worker on long-term sick leave is possible only until 30 June of the next calendar year. This is clearly confirmed by the Opinion on the implementation of the Labour Act, more specifically on the implementation of the provisions of Article 84 § 4, issued by the Ministry of Labour, Pension System, Family and Social Policy, the authority in charge of preparing the general labour regulations. The Ministry states on its official website: "Pursuant to Article 84 § 4 of the Labour Act (Official Gazette, No. 93/14, 127/17, 98/19 and 151/22) on the carry-over of annual leave that was interrupted or was not used in the calendar year in which it was acquired due to illness, the worker is allowed to use it upon returning to work, no later than 30 June of the next calendar year. This mandatory provision protects the worker from possible delays and interruptions in the timely exercise of the right to paid annual leave, in such a way that the Act lays down the possibility to carry over the annual leave and determines the deadline by which the employer shall ensure the employee's use of the corresponding annual leave. In accordance with the cited legal provision, an employee who, after being on sick leave (temporary incapacity to work due to illness) returned to work in mid-June of the current year and who, due to illness, did not take annual leave for the previous calendar year, would have the right to carry-over the accrued annual leave from the previous year and use it until 30 June of the current year. After that date, the annual leave from the previous calendar year could no longer be used. In other words, in the event that the employee's temporary incapacity for work due to illness ends during the month of June of the current year, as a result of which, after returning to work, the employee would not "have time" to fully use the annual leave from the previous calendar year that began, the employer would not be obliged to ensure that the worker can use annual leave for the previous calendar year after 30 June, nor could he suffer adverse consequences therefor. An employer who, in such a hypothetical case, agreed with the employee that the annual leave acquired in the previous year should be used

without interruption after 30 June, until it expires in its entirety, could for that reason, upon inspection, still be subject to misdemeanour liability, despite the fact that the very nature of such an agreement reached at the worker's request would not point to the intention of abusing the worker's right protected by a mandatory norm. This point of view is expressed in the recent case law of the High Misdemeanour Court" (Ministry of Labour, Pension System, Family and Social Policy, 2023).[13] Thus, after 30 June of the next calendar year, the employer has no obligation to allow the employee to use the paid annual leave that was not taken before due to illness, nor can he be sanctioned for not doing so. On the contrary, sanctions could be imposed on an employer who allows an employee to use unused annual leave after 30 June of the next calendar year, which is confirmed in the recent decisions of the High Misdemeanour Court of the Republic of Croatia?! The following questions are justifiably posed in this regard:

1) How will workers who have been on sick leave uninterrupted for two or more years fit into the aforesaid provisions of the Labour Act and their interpretations?

2) To what extent can the aforesaid Opinion of the Ministry of Labour, Pension System, Family and Social Policy, with the power of its authority, influence the Croatian (municipal) courts before which requests are made for the recognition of the right to paid annual leave (or the payment of appropriate monetary compensation) of workers on long-term sick leave?

3) Is the provision of Article 84 § 4 of the Labour Act in accordance with the applicable European directives and case law of the Court of Justice of the EU?

The following sections of the paper will seek to provide answers to these questions.

3. Carry-over of paid annual leave of workers on long-term sick leave in judgments of the Court of Justice of the European Union

It should be noted that the Court of Justice of the EU (CJEU), as part of its functions, gives opinions on the interpretation and implementation of EU law, and national courts address it in order to eliminate errors made during the implementation of the European *acquis* in the national legislation, and when national law and the EU law are not in conformity (European Parliament, 2024). This section of the paper analyses a number of judgments delivered by the CJEU in cases concerning the possibility to carry over the annual leave of workers on long-term sick leave, i.e. the judgments that are binding for all, including the

13 Ministarstvo rada, mirovinskoga sustava, obitelji i socijalne politike (2023). *Prenošenje godišnjeg odmora u slijedeću kalendarsku godinu - bolest*, 4.1.2023, https://uznr.mrms.hr/prenosenje-godisnjeg-odmora-u-slijedecu-kalendarsku-godinu-bolest/ (accessed on 15 June 2024)

courts of the Republic of Croatia. For each of the analysed cases, the author provides the case facts, questions referred to the CJEU by national courts and the judgments of the Court of Justice of the EU.

3.1. Judgments in joined cases C-350/06[14] and C-520/06[15] (Schultz-Hoff and Others)

3.1.1. Statement of facts C-350/06

Mr Schultz-Hoff spent a year on sick leave, after which his employment was terminated on 30 September 2005 (*Schultz-Hoff and Others*, para. 11). However, on 13 May 2005, Schultz-Hoff asked the employer to allow him to take paid annual leave from 2004 as of 1 June 2005, but the employer refused this request with the explanation that the competent medical service needed to determine whether Schultz-Hoff was able to work. In September 2005, Schultz-Hoff was found unfit for work, thus he became entitled to a pension applied retroactively from 1 March 2005 (*Schultz-Hoff and Others*, para. 12). Subsequently, Schultz-Hoff brought an action seeking monetary compensation for unused paid annual leave in years 2004 and 2005. The employer responded that Schultz-Hoff had not used the paid annual leave for leave-related reasons, as a result of which the right to annual leave expired, which also reflected to the right to compensation for unused paid annual leave, which was also invalid. The Labour Court dismissed Schultz-Hoff's claim. Upon his appealed, the Higher Labour Court stopped the proceedings and referred the questions to the Court of Justice of the EU for a preliminary ruling (*Schultz-Hoff and Others*, paras.13, 14, 15 and 17).

3.1.2. Questions referred for a preliminary ruling

The Higher Labour Court referred the following questions to the CJEU for a preliminary ruling on the issues related to the interpretation of Article 7 of Directive 2003/88/EC:

1) Should Article 7(1) of the Directive be interpreted so that it excludes national legislation or practices stipulating that paid annual leave ends at the end of the leave year and/or period of carry-over established by national law, if the worker was on sick leave for all or part of the year and if his incapacity for work lasted until the termination of the employment relationship (*Schultz-Hoff and Others,* para. 33)?,

2) Should Article 7(2) of Directive be interpreted so that it excludes national legislation or practices stipulating that an employee who has spent part or

14 Case C-350/06 *Gerhard Schultz-Hoff v Deutsche Rentenversicherung Bund* [2009]

15 Case C-520/06 *Stringer and Others v Her Majesty's Revenue and Customs* [2009]

all of the leave year and/or carry-over period on sick leave shall be not entitled to compensation for unused paid annual leave? (*Schultz-Hoff and Others,* para. 53)?

3.1.3. Decision of the Court of Justice of the EU

In response to the first question, the Court decided that Article 7(1) of Directive 2003/88 must be interpreted in such a way as to exclude national legislation or practices stipulating that the right to paid annual leave ends at the end of the leave year and/or the carry-over period established by national law, even if the worker was on sick leave during all or part of the leave year and if his incapacity to work lasted until the termination of the employment relationship, which is why he did not have the possibility or opportunity to take paid annual leave (*Schultz-Hoff and Others,* para. 63, point 2). Therefore, following the above, it could be concluded that Article 7(1) of Directive, as a rule, does not exclude national legislation or practices regulating the conditions for exercising the right to paid annual leave, including the loss of the right to paid annual leave at the end of the leave year and/or carry-over period, but only on the condition that the worker had the opportunity to take paid annual leave but did not use this opportunity.

In response to the second question, the Court decided that Article 7(2) of Directive 2003/88 must be interpreted in such a way as to exclude national legislation or practices according to which, after the termination of the employment relationship, the right to compensation in lieu of unused annual leave does not exist for an employee who was on sick leave during all or part of the leave year and/or carry-over period, and as a result he did not even have the possibility of using paid annual leave (*Schultz-Hoff and Others,* para. 63, point 3). Therefore, it can be concluded that the Directive treats the right to paid annual leave and the right to compensation in lieu of unused annual leave in relation to a worker who could not use paid annual leave for reasons beyond his control as two aspects of one right. The Court decision in the joined cases *Schultz-Hoff and Others* is of exceptional significance since the Court emphasized that the right to paid annual leave must be considered a particularly important principle of Community law, which is why it should be recognized for every worker, regardless of their health conditions (*Schultz-Hoff and Others,* para. 54). This position of the Court will be emphasized in its later judgments. The Court's position is that the Directive does not distinguish between workers who were on sick leave (short-term or long-term) and those who worked during the leave year (Schultz-Hoff and Others, para. 40) with regard to the right to paid annual leave. This position will be emphasized by the Court in its later judgment delivered in 2020 in joined cases C–762/18[16] and C–37/19.[17]

16 Case C-762/18 *QH v Vrhoven kasacionen sad na Republika Bulgaria* [2020]

17 Case C-37/19 *CV v Iccrea Banca SpA Istituto Centrale del Credito Cooperativo* [2020]

The cases analyzed in the subsequent subsections of the paper are of exceptional significance in the context of the carry-over period determined for the right to paid annual leave.

3.2. Case C-337/10[18] (*Neidel*)

3.2.1. Statement of facts

In 1970, Mr Neidel started working as a firefighter with the public services of the city of Frankfurt am Main and had the status of a public servant (*Neidel,* para. 13). However, as of 12 June 2007, Neidel was found unfit for service due to health reasons, and he retired in 2009, at the age of 60 (*Neidel,* para. 14). Mr Neidel was entitled to 31 days of paid annual leave in 2007, 35 days in 2008, and 34 days of paid annual leave in 2009. Since he took 14 days of annual leave in 2007, a total of 86 days of paid annual leave remained unused, which is equivalent to EUR 16,821.60 gross (*Neide*l, para. 16). Thus, Mr Neidel submitted a request to be paid monetary compensation in the stated amount instead of the unused days of paid annual leave. However, the employer refused such a request, pointing out that Article 7(2) of Directive 2003/88 did not apply to civil and public servants, and that retirement does not constitute a situation in which the employment relationship ends in the sense of Article 7(2) of the Directive (*Neidel*, para. 17). Thereafter, Neidel brought an action before the Administrative Court in Frankfurt am Main, which stopped the proceedings and referred questions to the Court of Justice of the EU for preliminary ruling (*Neidel,* para. 18).

3.2.2. Questions referred for a preliminary ruling

The Administrative Court referred the following questions to the CJEU for a preliminary ruling concerning the interpretation of Article 7 of the Directive 2003/88:

1) Can a retired public servant ground his right to paid annual leave directly on Article 7(2) of Directive 2003/88 ... if he was prevented from working due to illness and therefore could not take leave in form of absence from work? (*Neidel*, para. 18 point 4), and

2) Can the right to monetary compensation in lieu of unused paid annual leave be at least partially prevented by the premature loss of entitlement to annual leave stipulated by national law? (*Neidel*, para. 18, point 5).

18 Case C-337/10 *Georg Neidel v Stadt Frankfurt am Main* [2012]

3.2.3. Decision of the Court of Justice of the EU

In response to the first question, the Court repeated its interpretation given in the previously analysed *Schultz-Hoff and Others* case. The Court reiterated that upon termination of the employment relationship, the worker can no longer utilize the right to paid annual leave, and in order to prevent the worker from entitlement loss as a result, Article 7(2) of the Directive stipulates that in this case the worker has the right to compensation (*Neidel,* para. 29). Furthermore, the Court reiterated that Article 7(2) of the Directive must be interpreted so as to exclude national legislation or practices stipulating that after the termination of the employment relationship, the compensation may not be paid in lieu of unused paid annual leave to the worker who spent part of the time on sick leave or a full year of leave and/or carry-over period and because of which he was not even able to exercise his right to paid annual leave (*Neidel*, para. 30).

In response to the second question referred to the Court, it should be made clear that the mentioned question indicates the interest of the national court in whether Article 7(2) of the Directive excludes the provision of national law limiting the right of a public servant, who retires, to cumulate benefits instead of the paid annual leave that was not used because of the illness and that in a way stipulates a carry-over period of 9 months, at the end of which the right to paid annual leave ends? In this sense, referring to the position taken in case C-214/10[19], the CJEU points out that in view of the carry-over period, after which the right to paid annual leave may end if the annual leave rights are cumulated, it is necessary to assess whether it is about the period after which the paid annual leave ceases to have a positive effect on the worker in terms of the vacation period (*Neidel*, para. 39). Each carry-over period must take into account the specific circumstances of a worker who was on a sick leave for several consecutive reference periods. The carry-over period must ensure that the worker has, if necessary, rest periods that may be available in the longer term and must be significantly longer than the reference period (*Neidel*, para. 41). In the specific case, the carry-over period amounts to 9 months and is shorter than the reference period, which is why the Court decided that Article 7(2) of the Directive must be interpreted in such a way as to exclude the provision of national law that limits the right of a retiring public servant, to accumulation of benefits in lieu of paid annual leave that was not used due to illness, prescribing a carry-over period of 9 months, at the end of which the right to paid annual leave ceases (*Neidel,* para. 43). The Court's decision in the analysed case has exceptional significance in the context of determining the limit point for the

19 Case C- 214/10 *KHS AG v Winifried Schulte* [2011]

carry-over of annual leave since the Court decided that the carry-over period limited to 9 months should be considered too short.

In the *Neidel* case, the Court of Justice of the EU declared the carry-over limited to 9 months too short but the KHS case, which will be analysed in subsequent sections of the paper, will show the limit point for the carry-over of the right to paid annual leave that the Court of Justice of the EU holds acceptable.

3.3. Case C-214/10[20] **(KHS)**

3.3.1. Statement of facts

Mr Schulte was employed with KHS AG and its successor company since 1964. According to the provisions of applicable collective agreement, Mr Schulte was entitled to paid annual leave amounting to 30 days (*KHS,* para. 14). However, in January 2002, Mr Schulte suffered a heart attack and was declared unfit for work. Since October 2003, Mr Schulte received a pension due to total loss of working capacity, and his employment ended on 31 August 2008. In March 2009, Mr Schulte brought an action before the Labour Court in Dortmund seeking compensation in lieu of paid annual leave that he had not taken during the reference periods corresponding to the calendar years 2006, 2007 and 2008 (*KHS,* para. 16). The Court in Dortmund partially accepted the action, or rather accepted it in reference to the mentioned three years, whereby it recognized the right to a compensation payment but only in relation to the minimum duration of paid annual leave under European Union law, i.e. for the duration of 20 working days increased by five days for each year, which people with severe disabilities are entitled to according to German law (*KHS,* para. 17). The employer filed an appeal with the Higher Labour Court against this decision, pointing out that entitlement to paid annual leave for years 2006 and 2007 had expired because the carry-over period stipulated by the collective agreement had expired. The Higher Labour Court considered that, under the national legislation and the provisions of the collective agreement, the entitlements to paid annual leave for years 2007 and 2008 still existed at the time of termination of the employment contract, while the entitlement to paid annual leave for 2006 had expired because the carry-over period amounting to 15 months had expired (*KHS*, para. 19). However, this court did not exclude the possibility that the loss of the right to paid annual leave for 2006, resulting from national regulations, was in violation of Article 7(1) of Directive 2003/88. In this regard, the Higher Labour Court stopped the proceedings and referred the questions to the Court of Justice of the EU for a preliminary ruling (*KHS*, para. 21).

20 Case C- 214/10 *KHS AG v Winifried Schulte* [2011]

3.3.2. Questions referred for a preliminary ruling

The Higher Labour Court referred these questions to the CJEU for preliminary ruling:

1) Should Article 7(1) of Directive 2003/88 be interpreted so as to preclude national legislation and/or practices (e.g. a collective agreement) according to which the right to paid annual leave expires at the end of the reference period and/or the carry-over period, even in the event that the worker was unfit to work for a prolonged period (and this longer period of incapacity for work would lead to accumulation of the entitlements to annual leave for several years i.e. for a minimum duration, but only if the possibility to carry-over these rights had not been limited in time) (*KHS*, para. 21)?

2) In case the answer to the first question is negative, must there be a possibility of carrying over paid annual leave entitlement for at least 18 months (*KHS,* para. 21)?

3.3.3. Decisions of the Court of Justice of the EU

It should be noted that with its first question, the national court inquired whether Article 7(1) of the Directive should be interpreted so as to exclude national legislation or practices such as a collective agreement that limit the right of a worker, who has spent several consecutive reference periods on sick leave, to cumulate the right to paid annual leave by stipulating 15 month carry-over periods at the end of which the right to annual leave lapses. Here, again, the Court, as in a number of previous cases, emphasizes that the right of every worker to paid annual leave must be regarded as a particularly important principle of EU social law. Furthermore, the Court emphasizes that case law speaks in favour of the fact that the national rule stipulating a carry-over period cannot foresee the lapse of a worker's right to paid annual leave if he actually did not have the opportunity to exercise that right. However, such a conclusion must take the particular circumstances of each case into account. If this were not the case, the worker who spent several consecutive reference periods on sick leave would have the right to cumulate, without any restrictions, the rights to paid annual leave that he acquired during his sick leave (*KHS*, paras. 28 and 29). Here, the question of the real purpose of the right to paid annual leave is particularly important, i.e. the question of how consistent with the stated purpose is the right to unlimited accumulation of entitlements to annual leave. Namely, the Court emphasizes again by repeating its position from the judgment in *Schultz-Hoff and Other*s that the right to paid annual leave, in accordance with Article 31 (2) of the Charter of Fundamental Rights of the EU and with Article 7 of Directive 2003/88 has dual purpose. It enables the worker to rest from the work that he is required to perform according to the employment con-

tract, on the one hand, and to enjoy relaxation and leisure period, on the other hand (*KHS*, para. 31). Furthermore, the right to paid annual leave acquired by a worker who has spent several consecutive reference periods on sick leave can fulfil both purposes of annual leave, but only if the carry-over period does not exceed a certain time limitation. Consequently, beyond this limit, annual leave does not have a positive effect on the worker in terms of a period of rest and is only a period of relaxation and leisure (*KHS,* para. 33), which implies that the right to paid annual leave could not be cumulated without limitation. In the specific case, the CJEU had to assess whether a carry-over period of 15 months can be considered as the reasonable period after which the annual leave ceases to have a positive effect on the worker in terms of the leave period. On the one hand, it should be noted that the carry-over period should be significantly longer than the reference period; on the other hand, it should be such that it protects the employer from the risk that the worker will accumulate too long periods of absence, which can adversely affect the organisation of employer's work. The Court points out that, under the provisions of the collective agreement, the carry-over period amounts to 15 months, which is longer than the reference period to which it relates, and the precisely stated carry-over period of 15 months makes difference compared to the *Schultz-Hoff and Others* case, in which the carry-over period was only six months (*KHS,* para. 40).

At this point, it should be highlighted again that Directive 2003/88 takes into account the principles of the International Labour Organisation regarding the working time organisation. Therefore, in the context of the carry-over period, the provisions of Article 9 (1) of Convention No.132 on paid annual leave (Revised) should be taken into consideration, which provides for an 18-month carry-over period from the end of the year for which the right to paid annual leave has arisen. In view of the above, the Court of Justice of the EU holds that a 15-month carry-over period of the right to paid annual leave does not contradict the purpose of the right to paid annual leave because it enables the paid annual leave to maintain a positive effect on the worker as a period of rest (*KHS,* para. 43). Therefore, in response to the question raised, the Court holds that Article 7(1) of the Directive must be interpreted so as not to exclude national provisions or practices, such as the collective agreement that limit the accumulation of entitlements to paid annual leave to workers who spent time on sick leave for several consecutive reference periods, stipulating a 15 month carry-over period, after which the right to paid annual leave lapses (*KHS*, para. 44). In the analysed case, the Court found the cut-off point of 15 months to be acceptable in the sense of Article 7(1) of Directive 2003/88.

It is necessary to refer to the views of the Court of Justice of the EU taken in its recent decision made in the joined cases C-271/22 to C-275/22[21], which, in the context of the carry-over period of the entitlement to paid annual leave, point out that the CJEU does not have the authority to determine the length of the carry-over period because it is an issue that is within the competence of the Member State concerned. The Court jurisdiction in these cases would be limited only to its obligation to examine, in the context of Article 7 of Directive 2003/88, whether the carry-over period determined by the Member State concerned may violate the right to paid annual leave (*Keolis Agen and Others*, para. 32). Therefore, the decision on whether or not to set a carry-over period of the right to paid annual leave rests with the Member States; but, if the states decide to stipulate the specified period, it must be set in a way that does not jeopardize the right to paid annual leave. In conclusion, a Member State's decision not to set a limitation for the carry-over period of unused paid annual leave would not be contrary to Directive 2003/88 since the latter does not even require from Member States to limit the carry-over period (Opinion of Advocate General Tamara Ćapeta delivered in the joined cases *Keolis Agen and Others,* para. 45).

4. Carrying over of paid annual leave of workers on long-term sick leave in decisions of the Croatian courts

This section of the paper provides an analysis of the decision rendered by a municipal (first-instance) court in the Republic of Croatia regarding the plaintiff's compensation claim for the damage suffered as a result of the fact that his employer, i.e. the Republic of Croatia, did not allow him to use the remaining part of his paid annual leave for years 2018 and 2019, which remained unused due to his long-term sick leave that lasted from August 2018 to May 2020 (Decision in case 7: Pr- 598/21). The author will also analyze the decision of a county court in the Republic of Croatia, as a court of appeal, rendered on the plaintiff's appeal against the first-instance decision. The analysis of these decisions will be conducted for two reasons:

1) to answer the question to what extent the Opinion of the Ministry of Labour, Pension System, Family and Social Policy, which was previously discussed in the paper, affects the courts in the Republic of Croatia, and

2) to show to what extent the courts of the Republic of Croatia apply the decisions of the Court of Justice of the EU rendered in cases concerning the possibility of carrying over the annual leave of workers on long-term sick leave, which are binding for everyone, including the courts of the Republic of Croatia.

21 Case C- 271/22 to C-275/22 XT (C-271/22), KH (C-272/22), BX (C-273/22), FH (C-274/22), NW (275/22) v *Keolis Agen SARL* [2023]

4.1. Decision of the first-instance (municipal) court

As already indicated, the decision of the municipal court concerned the claim for compensation for damage suffered due to the unused part of the paid annual leave that the plaintiff did not use because of his long-term sick leave. In his claim, the plaintiff refers to the applicable provisions of the ILO Convention No. 132 (Decision in case 7:Pr-598/21, paras. 2 and 3). In its response to the claim, the defendant (Republic of Croatia) contested the plaintiff's claim in its entirety. The defendant further pointed out that labour relations in Croatia are governed by the Labour Act and the provisions of the relevant collective agreement, and proposed that the Court dismiss the claim (Decision in case 7:Pr-598/21, paras 4 and 5). After analyzing all the presented evidence and the results of the entire hearing, the first-instance court declared the plaintiff's claim unfounded in its entirety (Decision in case 7:Pr-598/21, para. 13).

In its reasoning, the first-instance court referred to Article 84 § 4 of the Labour Act of the Republic of Croatia, stating that it applied to the specific case because "the plaintiff was on long-term sick leave, which is why he did not use the remaining days of his unused annual leave for either 2018 or 2019. Therefore, when it comes to sick leave, the worker can use the unused part of the annual leave from the previous year only until 30 June of the following year" (Decision in case 7:Pr-598/21, para.39). In its decision, the first-instance court referred to the Opinion of the Ministry of Labour, Pension System, Family and Social Policy stating that the employer is not obliged to grant the employee the use of annual leave for the previous calendar year after 30 June of the following year, nor could he, as a result thereof, suffer harmful consequences (Decision in case 7:Pr-598/21, para.41). Furthermore, the first-instance court decision refers to the decision of the High Misdemeanour Court of the Republic of Croatia according to which: "no agreement between the employee and the employer on the use of the second part of annual leave after 30 June of the following year is possible, regardless of whether it was at the express request of the employee" (Decision in case 7:Pr-598/21, para. 42) and provisions of the relevant collective agreement (Decision in case 7:Pr-598/21, para. 46). In relation to the provisions of Convention No 132 of the International Labour Organisation, the Court deemed them "protective and instructive in nature" and the Article 84 of the Labour Act not contradicting Article 9 of the Convention (Decision in case 7:Pr-598/21, para. 54). The first-instance court's position is that the plaintiff had to take the unused part of annual leave from the previous year no later than 30 June of the following year. In the specific case, the Court considered that "the plaintiff's right to use the old annual leave from 2018 lapsed because he returned to work only on 1 June 2020, after his sick leave and not the following calendar year after he acquired the right to annual leave for 2018" (Decision in case 7:Pr.-598/21,

para.58). Regarding the annual leave for 2019, the first-instance court emphasizes that the defendant enabled the plaintiff to use the said annual leave until 30 June 2020, after which the use of the annual leave was "properly terminated" (Decision in case 7:Pr.-598/21, paras. 58 and 59). Therefore, regarding the unused annual leave, the Court's standpoint is that the employer i.e. defendant is not at fault; thus, after 30 June 2020, the plaintiff cannot claim compensation for damages from the defendant, since the defendant did not in any way curtail the plaintiff's rights as an employee (Decision in case 7:Pr-598/21, para. 58).

In the presented decision, it is evident that the first-instance court did not refer to or take into account either relevant European directives or decisions of the Court of Justice of the EU, which are binding for courts in the Republic of Croatia. In this sense, it should be noted that the courts of the Republic of Croatia have the obligation to interpret the provisions of the Labour Act in accordance with case law of the Court of Justice of the EU If this is not possible, they are obliged to exempt the provisions of the Labour Act that are not in accordance with EU law from application and instead apply the provisions of the applicable Directive (Turkalj, Turkalj, 2022:98).

The plaintiff, as expected, filed an appeal against the aforesaid first-instance judgment for incorrect application of substantive law.

4.2. Decision of the second-instance (county) court

When deciding on an appeal, a county court in the Republic of Croatia deemed it well-founded, considering the incorrect application of substantive law raised in the appeal; therefore, it annulled the first-instance judgment and remitted the case to the same court for reconsideration (Decision in case 37 Gž. R-2131/2021). In its decision, the county court points out, among other things, that "directives are one of the sources of internal EU law and are binding for the Republic of Croatia", noting that "once the directive is incorporated into national legislation, courts are obliged to interpret national law in compliance with the purpose of the specific directive" (Decision in case 37 Gž R-2131/2021, para. 17). The appellate court also points out that "a further source of EU law comprises case law of the European Court, i.e. judgments which, among other things, interpret the norms of the EU legislation and which are binding for everyone" (Decision in case 37 Gž R-2131/2021, para.18). It should be noted that in the context of the disputed issue of accumulation of the entitlements to paid annual leave of a worker who is on long-term sick leave, the county court refers to the judgments of the Court of Justice of the EU in cases C-214/16[22], C-214/10[23]

22 Case C-214/16 *Conley King v The Sash Window Workshop Ltd and Richard Dollar* [2017]

23 Case C- 214/10 *KHS AG v Winifried Schulte* [2011]

and C-337/10[24] (Decision in case 37 Gž R-2131/2021, paras.22, 23, and 24). The position of the county court is that the first-instance court, "due to wrong legal interpretation, did not take into account the binding position of the European Court regarding the direct legal effect of the Directive on an individual's case against the state", and for this reason "the essential facts, which determine the length of the period for carrying over the right to use the annual leave and accumulating the right to such leave in a situation where it could not be used due to illness, were not established" (Decision in case 37 Gž R-2131/2021, para. 27). Due to all the above, the appellate court annulled the first-instance decision and returned the case for reconsideration. However, it is particularly important to emphasize that the appellate court directed the first-instance court to take into account the "binding interpretative positions of the EU Court" when rendering a new decision (Decision in case 37 Gž R- 2131/2021, para. 28), which speaks in favour of the willingness of this court to ensure that all sources of law binding for the Republic of Croatia are respected.

5. Croatian Labour Act (non) compliance

The focus of this paper is clearly on the question of carrying over the right to paid annual leave of workers on long-term sick leave. In this regard, this section of the paper will correlate the relevant provisions of the Labour Act of the Republic of Croatia with the provisions of the ILO Convention No. 132 - Holidays with Pay Convention (Revised), the provisions of Directive 2003/88/EC, as well as with the decisions of the Court of Justice of the EU concerning the aforesaid issue in order to draw a conclusion on their compliance.

The carry-over period of the right to paid annual leave as indicated in the said Convention amounts to 18 months from the end of the year in which the right to annual leave was acquired.[25] Taking into account that the Republic of Croatia has ratified it, the Convention is incorporated into the national law taking precedence over the national law.[26] However, certain doubts are raised in reference to the question of compliance of the provisions of the Labour Act and the Convention. Thus, some authors believe that the provision of Article 84 § 4 of the Labour Act is not in accordance with Article 9 of the Convention "because it does not consider illness as an objective reason for which the worker could not take annual leave until 30 June of the following year" (Frntić, Gović Penić, Hanzalek, Milković, Novaković, Rožman, Zovko, 2023:531). On the other hand,

24 Case C-337/10 *Georg Neidel v Stadt Frankfurt am Main* [2012]

25 Art. 9 of the Ilo Convention No 132-Holidays with Pay Convention (Revised) - Konvencija 132 - Konvencija o plaćenom godišnjem odmoru (revidirana), *Narodne novine*, 3/2002

26 Art. 134 of the Constitution of the Republic of Croatia, *Narodne novine*, 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05 /14

there are authors who believe that such non-compliance does not exist, more precisely that the provision of Article 84 § 4 of the Labour Act is not contrary to the provisions of Article 9 of the Convention. In this regard, Subotić believes that "the norm of the Convention aims at setting the maximum carry-over period whereas the minimum has not been fixed. In national legislation, the deadline for using the remaining annual leave ranges from 0 to 18 months from the end of the year in which the right is acquired" (Subotić, 2021:5).

In the context of compliance of the provisions of Article 84 § 4 of the Labour Act and Directive 2003/88/EC, it should be noted that the said Directive does not comprise special provisions on the institute of carrying over of annual leave to the following year. However, the absence of such standardization in the Directive was replaced by the extensive case law of the Court of Justice of the EU. Some authors believe that "the provision of Article 84 § 4 of the Labour Act is not in accordance with Directive 2003/88/EC, that is, with the interpretation of that Directive by the Court of Justice of the EU" (Frntić et al., 2023:532). In this regard, Gović Penić points out: "The provisions of the Labour Act limiting the carry-over period of annual leave from one year (only) until 30 June of the following year, especially in cases when the worker was on long-term sick leave and did not have the opportunity to use the remaining annual leave, are not in accordance with the EU acquis" (Gović Penić, 2024:8-9). Other authors also consider that the length of carry-over period of the annual leave as governed by the Croatian Labour Act is "disputable from the position of the EU law" (Potočnjak, Grgić, Čatipović, 2014:186). These authors point out that, according to the interpretations of the Court of Justice of the EU in the case of sick leave, the carry-over period must be significantly longer than the reference period (which in Croatian law is fixed to one calendar year); therefore, neither the six-month carry-over period nor that one of 12 months can be considered long enough (Potočnjak et. al., 2014:186). This is confirmed by the decisions of the Court of Justice of the EU in the cases analysed in the paper which constitute a mandatory source of law for all EU member states. This paper points out only the most important views of the Court of Justice of the EU in the analysed cases. In its decision in the joined cases of *Schultz-Hoff and Others*, the CJEU emphasizes that the right to paid annual leave must be considered a particularly important principle of Community law, which is why it should be granted to every worker, regardless of their health condition (*Schultz-Hoff and Others*, para. 54). In the *KHS* case, the Court expressed the view that a 15-month carry-over period is not contrary to Directive 2003/88/EC, whereas in the *Neidel* case, it assessed a 9-month carry-over period as being contrary to the provisions of the Directive.

In view of the above, it could be concluded that the provision of Article 84 § 4 of the Labour Act of the Republic of Croatia, which limits the carry-

over period of unused annual leave due to illness to only six months, is not in accordance with Directive 2003/88/EC, i.e. with the decisions of the Court of Justice of the EU interpreting the said Directive.

It is also important to refer to the views of the Court of Justice of the EU in the recent decision rendered in the joined cases *Keolis Agen and Others* where, in the context of the period of carrying over the right to paid annual leave, the Court does not have authority to determine how long the carry-over period will last but to examine whether the right to paid annual leave may be infringed by the carry-over period as determined by the Member State (*Keolis Agen and Others,* para. 32). Consequently, the carry-over period of the right to annual leave in the Republic of Croatia should be longer than 9 months, and the decision on how much longer it will really be is the responsibility of the Member State concerned. Some authors believe that the carry-over period in Croatia should not exceed 15 months from the end of the year for which the right to paid annual leave was exercised (Potočnjak et al., 2014:186) while others see the solution in the "analogy in the Convention" and the interpretation that this period should amount to 18 months (Frntić et al., 2023:532). Therefore, it is evident that the previously cited provisions of the positive law of the Republic of Croatia are inconsistent with the relevant provisions of ILO Convention No.132 - Holidays with Pay Convention (Revised), the provisions of Directive 2003/88/EC, and the decisions of the Court of Justice of the EU. Such legal non-compliance has a negative effect on the position of both workers and employers in the Republic of Croatia.

6. Concluding considerations

The right to paid annual leave is one of the fundamental rights from the employment relationship, having a dual purpose: to enable workers to take a break from work they are obliged to perform according to the employment contract, and to enjoy time for relaxation and leisure. According to the case law of the Court of Justice of the EU (CJEU), which is a binding source of law for all EU member states, the right to paid annual leave must be considered a particularly important principle of Community law. As such, it should be granted to every worker, regardless of one's health condition. However, in Croatia, the exercise of the right to paid annual leave for workers who have been on long-term sick leave is linked with significant difficulties.

In the Republic of Croatia, the main problem lies in the provisions of Article 84 § 4 of the Croatian Labour Act, which concern the duration of the carry-over period of paid annual leave that has not been used due to illness. According to the provisions of the Labour Act, the carry-over period amounts to six months from the end of the calendar year for which the right to paid

annual leave was acquired; in this sense, as previous comparisons have shown, there is a mismatch between the aforesaid provisions of the Labour Act and the applicable provisions of the ILO Convention No.132 (Revised), the provisions of Directive 2003/88/EC, and the CJEU decisions interpreting the said Directive. Such inconsistency of the provisions of the Labour Act has negative consequences for the position of both workers and employers in the Republic of Croatia. Namely, in accordance with the provisions of Article 84 § 4 of the Labour Act and under the influence of the opinion of the competent Ministry on the interpretation of the said provision, as well as in fear of misdemeanour sanctions, employers in Croatia will not allow workers who have been on long-term sick leave to use annual leave after 30 June in the next calendar year. If the worker, in such circumstances, decided to bring the case to court, the success of such action before the first-instance court could be questionable, as shown in the paper analysed in the decision of a municipal court in the Republic of Croatia, which refers to the opinion of the competent Ministry, but at the same time does not take into account the abundance of case law of the Court of Justice of the EU on the said issue. If the first-instance court's misinterpretation of the law is corrected by the second-instance court, i.e. appellate court (as in the provided analysis of the decision rendered by the county court in the Republic of Croatia) by annulment of such a decision and returning the case to the first-instance court for reconsideration, there may be several years until the judgment is final. The excessive length of court proceedings is related to high costs, which are eventually borne by the losing party to the dispute. Furthermore, in the Republic of Croatia, the length of court proceedings and high costs of the proceedings result in the reluctance of workers who have been on long-term sick leave to seek judicial protection in case of violated rights, and they are often denied the right to paid annual leave after 30 June of the following year.

Therefore, it is necessary to harmonize the provisions of Article 84 § 4 of the Labour Act, and it is up to the Croatian legislator to assess the length of the carry-over period, accepting the fact that this period must not jeopardize the right to paid annual leave and that it must not be shorter than 9 months. Furthermore, due to the excessive length of the carry-over period, the annual leave may lose its positive effect on the worker in terms of the rest period but it may also create difficulties for the employer in the context of work organisation. In resolving this issue, the Croatian legislator could be guided by the 15-month carry-over period, which is considered to be compliant with the Directive, as well as the 18-month carry-over period stipulated by Convention No.132 of the International Labour Organisations.

Literature and sources

De Bloom, J., Geurts S.A.E., Taris T.W., Sonnentag S., De Weerth C., Kompier M.A.J. (2010). Effects of vacation from work on health and well-being: Lots of fun, quickly gone. *Work & Stress*. 24, 2. 196-216.

De Bloom, J., Geurts S.A.E., Kompier M.A.J. (2012). Vacation (after-)effects on employee health and well-being, and the role of vacation activities, experiences and sleep. *Journal of Happiness Studies*.14, 2. 613-633.

EURES/EURopean Employment Services (2022). *Why you should always use your annual leave,* 2022, https://eures.europa.eu/why-you-should-always-use-your-annual-leave-2022-09-16_en (15 July 2024)

Europski parlament (2024). *Kratki vodič o Europskoj uniji – 2024*, Retrieved 30 January 2024 from https://www.europarl.europa.eu/erpl-app-public/factsheets/pdf/hr/FTU_1.3.10.pdf

Frntić, D.F.,Gović Penić, I., Hanzalek, D., Milković, D., Novaković, N., Rožman, K., Zovko,V. (2023). *Detaljni komentar Zakona o radu*. Zagreb, Rosip, d.o.o.

Gović Penić, I. (2024). Vremensko ograničavanje korištenja prenesenog godišnjeg odmora u domaćoj sudskoj praksi i praksi Suda EU. *Informator*. 6830.11-15

Gump, B.B., Matthews, K.A. (2000). Are vacations good for your health? The 9-year mortality experience after the multiple risk factor intervention trial. *Psychosomatic Medicine*. 62. 608–612

Ministarstvo rada, mirovinskoga sustava, obitelji i socijalne politike (2023). *Prenošenje godišnjeg odmora u slijedeću kalendarsku godinu - bolest*, 4.1.2023, https://uznr.mrms.hr/prenosenje-godisnjeg-odmora-u-slijedecu-kalendarsku-godinu-bolest/ (accessed on 15 June 2024)

Potočnjak, Ž.,Grgić, A., Čatipović, I. (2014). The right to paid annual leave: the implication of accession. *Croatian Yearbook of European Law & Policy*. 10 (1). 159-187

Subotić, V. (2021). Pravo na godišnji odmor prema međunarodnim izvorima. *Radno pravo*. 6. 3-11

Turkalj,K., Turkalj, A. (2022). Kriteriji za razgraničenje radnog vremena od vremena odmora u praksi Suda EU-A. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*. 43 (1). 83-102

Legal acts

Konvencija 132 - Konvencija o plaćenom godišnjem odmoru (revidirana). *Narodne novine.* Br. 3 (2002)

Charter of Fundamental Rights of the European Union. *Official Journal of the European Communities.*C 364/01 (2000)

Direktiva 2003/88/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 4. studenoga 2003. o određenim vidovima organizacije radnog vremena. *Službeni list. Br.* 299 (2003)

Ustav Republike Hrvatske. *Narodne novine*. Br. 56 (1990), 135(1997), 08 (1998), 113 (2000), 124 (2000), 28 (2001), 41 (2001), 55 (2001), 76 (2010), 85 (2010), 05 (2014)

Zakon o radu. *Narodne novine*. Br. 93 (2014), 127 (2017), 98 (2019), 151 (2022), 46 (2023), 64 (2023)

Case law

Case C-350/06 *Gerhard Schultz-Hoff v Deutsche Rentenversicherung Bund* [2009] ECLI:EU:C:2009:18

Case C-520/06 *Stringer and Others v Her Majesty's Revenue and Customs* [2009] ECLI:EU:C:2009:18

Case C- 214/10 *KHS AG v Winifried Schulte* [2011] ECLI:EU:C:2011:761

Case C-337/10 *Georg Neidel v Stadt Frankfurt am Main* [2012] ECLI:EU:C:2012:263

Case C-214/16 *Conley King v The Sash Window Workshop Ltd and Richard Dollar* [2017] ECLI:EU:C:2017:914

Case C-684/16 *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften* [2018] ECLI:EU:C:2018:874

Case C-762/18 *QH protiv Vrhoven kasacionen sad na Republika Bulgaria* [2020] ECLI:EU:C:2020:504

Case C-37/19 *CV protiv Iccrea Banca SpA Istituto Centrale del Credito Cooperativo* [2020] ECLI:EU:C:2020:504

Case C-271/22 do C-275/22 *XT (C-271/22), KH (C-272/22), BX (C-273/22), FH (C-274/22), NW (275/22) v Keolis Agen SARL* [2023] ECLI:EU:C:2023:834

Case C-271/22 do C-275/22 *XT (C-271/22), KH (C-272/22), BX (C-273/22), FH (C-274/22), NW (275/22) v Keolis Agen SARL* [2023], Mišljenje nezavisne odvjetnice Tamare Ćapeta, ECLI:EU:C:2023:243

Općinski sud u Čakovcu, Odluka br.7:Pr- 598/21/Decision of the Municipal Court in Čakovec of 9.7.2021

Županijski sud u Zagrebu, Odluka br. 37. Gž R- 2131/2021/Decision of the County Court in Zagreb of 6.12.2022

Doc.dr.sc. Dragana Bjelić Gaćeša,
Docentica,
Pravni fakultet Osijek, Sveučilište Josipa Jurja Strossmayera u Osijeku,
Republika Hrvatska

IZAZOVI U OSTVARIVANJU PRAVA NA GODIŠNJI ODMOR RADNIKA NA DUGOTRAJNOM BOLOVANJU U REPUBLICI HRVATSKOJ

Rezime

Pravo na plaćeni godišnji odmor jedno je od temeljnih prava iz radnog odnosa i kao takvo inkorporirano u niz pravnih akata, kako na međunarodnoj i regionalnoj, tako i na nacionalnoj razini. Svrha ovoga prava je omogućiti radniku odmor od fizičkog i/ili psihičkog rada, omogućiti mu uživanje u opuštanju i razonodi, kako bi se njegove radne sposobnosti obnovile. Pravo na plaćeni godišnji odmor, sukladno praksi Suda pravde EU, smatra se posebno važnim načelom socijalnog prava Zajednice, zbog čega se mora priznati svakom radniku, neovisno o njegovom zdravstvenom stanju. Ipak, u Republici Hrvatskoj, za radnike koji su bili na dugotrajnom bolovanju, ostvarivanje prava na plaćeni godišnji odmor nakon povratka na rad praćeno je značajnim poteškoćama. Aktualni hrvatski Zakon o radu, u kontekstu instituta prenošenja godišnjeg odmora u sljedeću kalendarsku godinu, odredbama čl.84. navodi da radnik koji, zbog bolesti, godišnji odmor ne iskoristi u cijelosti ili djelomično u onoj kalendarskoj godini u kojoj ga je stekao ima pravo iskoristiti ga po povratku na rad, a najkasnije do 30. lipnja sljedeće kalendarske godine. Postavlja se pitanje kako će se u navedenu odredbu uklopiti radnik koji je na dugotrajnom bolovanju proveo dvije, tri ili više godina? Hoće li ga ovakvo zakonsko rješenje lišiti prava na plaćeni godišnji odmor? Cilj rada je analizirati relevantne odredbe hrvatskog pozitivnog prava koje se tiču prava na plaćeni godišnji odmor i mogućnosti njegovog prenošenja, staviti ih u korelaciju s relevantnim europskim direktivama i odlukama Suda pravde EU, te zaključiti o njihovoj usklađenosti i utjecaju na položaj radnika i poslodavaca u Republici Hrvatskoj.

Ključne riječi*: pravo na godišnji odmor, dugotrajno bolovanje, hrvatski Zakon o radu, Sud pravde EU.*

UDK: 34:[37.013.31:004.8

pregledni
naučni rad

Rad primljen: 13.12.2024.
Rad prihvaćen: 20.12.2024.

DOI: 10.5937/zrpfn1-55374

Gordana Ignjatović, BA [*]
ESP/LE Lecturer.
Faculty of Law, University of Niš,
Republic of Serbia

AI TECHNOLOGIES IN EDUCATION: Regulatory frameworks at the international, regional and national level[**]

Abstract*: Artificial Intelligence (AI) has the capacity to transform education and generate a new learning paradigm. The multidimensional process of integrating AI in education entails various technological, economic, legal, social and pedagogical issues. This research paper explores the regulatory frameworks on AI technologies at the international, regional and national level, focusing on documents related to AI use in education. The first part provides an insight into the broad AI conceptual framework and AI-related terminology. The second part provides an overview of documents on AI adopted at the international level (OECD, UNESCO), regional level (EU, CoE) and national level (Serbia), with reference to documents aimed at shaping the use of AI in education. The third part outlines the benefits/opportunities, drawbacks/challenges, concerns/risks and key considerations in the process of integrating AI in education. Based on the research findings, the paper points to the importance of a balanced, human-centered and pedagogy-driven integration of AI technologies, based on carefully designed regulatory framework in line with the highest ethical principles, pedagogical standards and guaranteed human rights. Relevant infrastructure, resources, support, guidelines, and practical training on AI literacy and competencies are essential for transparent, responsible and safe integration of AI in education.*

Keywords*: Artificial Intelligence, AI technologies, regulatory framework, ethical principles, education.*

[*] goga@prafak.ni.ac.rs, ORCID ID: 0000-0001-6393-4933

[**] This paper presents the AI regulatory frameworks on AI in education at the international, regional and national level. The use of AI in legal education and the results of a survey on this matter will be presented in a separate paper.

1. Introduction

The rise of Artificial Intelligence (AI) has generated a paradigm shift not only in digital technology but also in different areas of life, including education. Prolific AI technologies have changed the ways of accessing, managing and processing data. AI systems can swiftly analyze huge amounts of data, perform complex tasks, improve efficiency, accuracy and performance, generate new content and solutions. Despite indisputable benefits, the use of AI technologies has revealed possible risks and raised various AI-related technical, social, legal and ethical issues.

In response to the growing concerns, international, regional and national institutions have attempted to map the AI conceptual framework, identify issues to be addressed and establish a regulatory framework to ensure responsible and ethical application of AI technologies. In the field of education, international and regional institutions adopted a number of relevant documents which should be taken into account in the process of creating national AI policies, regulations and guidelines, and integrating AI in instructional design for specific educational purposes. Considering the controversy underlying this complex subject matter and different perspectives of the general and professional public alike, there is a need to cast more light on AI technologies and their use in educational, professional training/development and scientific research contexts.

2. The Conceptual framework on Artificial Intelligence (AI)

Artificial Intelligence (AI) has been the buzz word in the past few years but AI history shows that the grounds for developing 'intelligent machines'[1] were laid in the 1950s.[2] The term "*artificial intelligence*" was coined in 1956 by the pioneers in AI research and initially defined as "the science and engineering of making intelligent machines" (Miao, Holmes, Huang, Zhang, 2021:6). Researchers note that there is no single definition but there are working definitions mapping its multiple dimensions (Samoili, López Cobo, Gómez, Prato, Martínez-Plumed, Delipetrev, 2020:7).

Artificial Intelligence (AI) is a generic term for: a) a branch of "science and a set of computational technologies" (Stanford Uni, 2016:4); b) a machine-based system devised by humans to mimic "human-like cognitive functions" (OECD, 2017:22); c) AI-powered systems which can observe the environment, collect and analyze structured/unstructured data, calculate correlations, facilitate

1 Alan Turing's test (*the Imitation Game,*1949) mapped the features of "intelligent" machines": a) store and represent knowledge; b) communicate in natural language; c) demonstrate automated reasoning; d) learn from data and environment (machine learning) (Kok, Boers, Kosters, Putten, Poel, 2009:2).

2 *See:* TechTarget (2024). The History of Artificial Intelligence: Timeline (accessed 10.10.2024).

processes, predict solutions, learn from data/interactions, propose decisions and perform complex tasks in physical/digital environments with varying degrees of autonomy (EC/AI HLEG 2019:36)[3]; d) "the capacity of machines to exhibit or simulate intelligent behaviour" (OED, 2023).[4]

AI technological developments engendered a broad *AI taxonomy*. The understanding of different types of AI is essential for non-expert users in terms of making informed decisions on the choice of appropriate AI system for intended purposes. It is particularly important in the context of education, which entails many stakeholders (competent authorities, institutions, designers, providers, management, tech staff, teachers, learners, parents), highly sensitive educational/training processes and vulnerable users/learners. Thus, technology-wise, AI systems are classified according to different characteristics: technical capabilities[5], functionality and adaptability[6], autonomy[7], knowledge modelling[8], intended purpose[9], and security and risks.[10]

3 To this effect, *algorithms* (sets of coded rules) are trained on large datasets by using artificial neural networks to learn from data and create *AI models (*programs) to perform tasks and generate new content (ISO, 2024; IBM, 2024).

4 OED/Oxford English Dictionary (2023). Artificial Intelligence, OED (online), accessed 10.10. 2024.

5 In terms of capacities: a) *Narrow AIs* are trained to perform pre-set tasks; b) *General* AIs learn from data and perform tasks without human intervention; c) *Super AIs* exceed the cognitive abilities of humans (IMB,2023).

6 As for functionality and adaptability*:* a) *reactive machines* use pre-defined rules but cannot learn from data (e.g. chatbots); b) *limited memory AI systems* learn, make decisions, adapt to new situations (self-driving cars); c) *theory of mind AI systems* are perceptive, intuitive (recognize human emotions, solve problems, make decisions); d) s*elf-aware AI systems* have human-like consciousness, emotions and world experience (ISO, 2024).

7 As for autonomy: 1) *assisted AIs* perform pre-set tasks without learning from data; 2) *automated AIs* use pre-defined data to automate tasks without adapting to new situations; 3) *augmented AIs* enhance performance based on human prompts; and 4) *autonomous AIs* act autonomously without human intervention (Rao, Verweij, 2017:2).

8 As for knowledge modeling: a) *rule-driven AI models* use limited structured data and pre-defined (*if-then*) rules to assist in automated tasks (IBM, 2024); b) *model-based* AI are assistive, predictive, pre-trained to perform but need human intervention (TeachAI, 2024:5); c) *data-driven or learning-based AI models* use trained algorithms to learn, interact, generate content, autonomously improve without human intervention (Stanford University, 2016: 9).

9 In terms of *intended purpose: predictive AIs* use processed data to analyze patterns/ performance, assist in tasks, predict outcomes, but they need human intervention; *generative AIs* (ChatGPT) are advanced, adaptive, data-driven models trained to define their own rules and generate new outputs without human intervention (TeachAI, 2024:5).

10 In terms of *security and risk management*, there are: a) *unacceptable risk systems*; b) *high-risk syste*ms; c) *limited-risk* systems; and d) *minimal ris*k systems (EU AI Act, 2024). In

In addition to types of AI, non-expert users should be aware of the basic terminology and how AI systems work. It is crucial for understanding possible technical, educational, social and practical issues when integrating AI at the national, institutional and personal level. Thus, we may briefly refer to the key *AI technologies* which are used in the latest AI models: text mining, computer vision, natural language processing, language modelling, machine learning, deep learning, robotics, Internet of Things, crowdsourcing, AI-based services (Samoili, *et al*. 2020:9).[11]

3. International, regional and national regulatory framework on AI in Education

This part explores the existing AI regulatory framework at the international, regional and national level, with specific reference to documents aimed at shaping AI regulation in education.

contrast, the *utility-based approach* is seen as a more flexible solution for specific functions, users' choice, decision-making based on preferences, etc. (SmythOS, 2024).

11 *Text mining* (text analytics) is the process of identifying patterns, extracting quality information and transforming unstructured formats into structured ones. *Computer vision* refers to machine perception/ability to perform visual task (automatic object/images/ movement recognition, video captioning) and audio/speech recognition tasks.
Natural Language Processing (NLP) is the capacity to use natural languages (e.g. English), interact with humans through dialogue (AI assistants), respond to queries (chatbots), process data, generate content (machine translation), etc.
Language Modeling (LM) refers to analyzing patterns of human language to predict words in given context, ensure compliance with morphological, syntax, grammar and semantic rules (grammar/spell-check, text prediction, translation). *Machine learning* (ML) refers to training algorithms to create outputs based on large datasets, text mining, supervised/ unsupervised learning, and reinforcement learning (sequential decision-making).
Deep learning (DL) refers to ML models that mimic the human brain functions by using neural networks and learning algorithms that facilitate computer perception and natural language processing.
Robotics refers to training intelligent machines to manipulate objects, perform tasks and interact with humans by using different forms of machine perception and NLP (e.g. AI robot cleaner).
Internet of Things (IoT) refers to "smart" devices (appliances, vehicles, buildings, cities) which can be interconnected (via wireless networks) to collect and share sensory information for practical purposes.
Crowdsourcing refers to harnessing human intelligence in solving problems that computers cannot solve themselves (e.g. Wikipedia, a large-scale knowledge repository kept and updated by netizens).
AI-based services refer to applications in different sectors: governance, defence, security, healthcare, business, finances, transportation, education, culture, entertainment, etc. (Stanford University, 2016:14-16).

3.1. Regulatory framework on AI at the international level: the UNESCO

The OECD *Principles for responsible stewardship of trustworthy AI* (2019)[12] were the first international principles for policy makers, which were the starting point for development of AI policies at the national level and establishing the global OECD AI Policy Observatory (2020).[13] Yet, in education, the UN Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO) has significantly contributed to developing the AI regulatory framework at the international level.

The first international document on AI in education was the UNESCO's *Beijing Consensus on AI and Education* (2019),[14] which offered guidance to policy makers on key issues: introduction to AI technologies; recommendations for designing AI policies, management and delivery; promoting equity and inclusion; supporting teaching/learning process and assessment; developing knowledge, values, skills; ensuring transparent, ethical and auditable AI use; fostering research, monitoring and assessment (Miao, Holmes, *et.al*., 2021:3). It also promoted cooperation in sharing AI policies, guidelines, best practices, resources, tools (UNESCO, 2019:4-10).

The UNESCO's *Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence* (2021)[15] was the first international document that set the global standards (values and principles[16]) for ethical AI use in education, science and culture (UNESCO, 2022:10). In education, states were recommended to: a) *provide adequate education and training for AI literacy, ethics and skills*; b) *raise awareness* about the AI impact on the rule of law and human rights; c) *promote safe, responsible and ethical AI use,* minding the valuable social aspects of traditional education; d)

12 The OECD *Principles for trustworthy AI* include: 1) sustainable development, inclusion, well-being; 2) human-centered values; 3) transparency; 4) robustness, security, safety; and 5) accountability (OECD, 2019:7-8).

13 The OECD AI Policy Observatory (2020) has a repository of tools for policy implementation, risk monitoring and AI incidents monitoring in the OECD member states (*see*: OECD AI Policy Observatory, 2024).

14 UNESCO (2019). *Beijing Consensus on Artificial Intelligence and Education*: guidance for policy-makers, Paris.

15 UNESCO (2022). *Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence* (23 Nov.2021); UNESCO, Paris, France.

16 The *values* are: a) Respect, protection and promotion of human rights/dignity; b) Sustainable environments (aligned with human, social, cultural, economic, environmental goals); c) Equality, diversity and inclusion; and d) Peace, fairness, justice (UNESCO, 2022:18-20). The *principles* are: 1) Do-no-harm & Proportionality; 2) Safety & Security; 3) Fairness & Non-discrimination; 4) Sustainability; 5) Privacy & Data protection; 6) Transparency & Explainability; 7) Human oversight; 8) Accountability; 9) AI Awareness & Literacy; 10) Collaboration & Governance (UNESCO, 2022:20-23).

monitor and evaluate AI system on their ethical and pedagogical relevance; e) strictly *observe* privacy, data protection requirements, and monitor and assess AI use to prevent abuses; f) *ensure resources* and *inclusion* of minorities/ethnicities, marginalized/vulnerable groups; g) *provide support* and training in ethical research, design, services. use; h) encourage *learning about the benefits, limitations, drawbacks and risks* to enable informed decision-making on AI use for specific purposes (UNESCO, 2022:33-35). To assess states' readiness for AI integration and compliance, there is a practical tool, the UNESCO *Readiness Assessment Methodology* (2023),[17] covering five dimensions: 1) legal and regulatory; 2) social and cultural, 3) economic; 4) scientific and educational; and 5) technological and infrastructural (UNESCO RAM, 2023:3-4). Each dimension is assessed against a list of quantitative and qualitative indicators (UNESCO RAM, 2023:9-24). This tool may be used as a self-assessment tool by educational institutions, but there is also an increasing number of practical online AI-readiness assessment tools covering different aspects of AI integration: strategy, infrastructure, governance, data, expertise/education, culture.[18]

In response to the surging use of Generative AI, the UNESCO's *Guidance for Generative AI in education and research* (2023)[19] focuses on developing policies at the national and institutional level, and strategies for incorporating AI learning opportunities in the curricula, teaching/learning process, research and professional development (UNESCO, 2023:18-27). Notably, this document envisages a responsible, ethical, *human-centric* and *pedagogy-driven* approach to GenAI integration, co-designed (by all stakeholders) and assessed on pedagogical principles: a) relevant domains of knowledge, skills and values; b) relevant GenAI tools and their comparative advantages; c) educational requirements and outcomes; d) effectiveness and user impact; e) ethical considerations and risks; f) requisite pedagogical methods and teacher/student training (AI literacy and competencies) for safe, ethical and purposeful use in teaching/learning, self-paced learning, inquiry/project-based learning, for research and special needs learners (UNESCO, 2023:28-33). It urges for integrating *AI literacy and competencies* in professional development competency frameworks and training programs (UNESCO, 2023:26). In that context, the open-source platform *AI for*

17 UNESCO RAM (2023). The UNESCO *Readiness Assessment Methodology*: A Tool of the Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence, UNESCO, Paris; https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000385198.

18 *See*: Cisco (2024). Cisco AI Readiness Assessment; https://www.cisco.com/c/m/en_us/solutions/ai/readiness-index/assessment-tool.html; IBM (2024). AI Journey Assessment ; https://www.ibm.com/analytics/journey-to-ai/assessment/

19 UNESCO (2023). *Guidance for Generative AI in Education and Research*; UNESCO Digital Library, Paris.

Education (2023)[20] provides valuable guidance, resources (articles, webinars, prompt library, lessons) and a free self-paced course for educators. Many technology and education expert have joined forces to assist the AI integration. A good example of such collaboration is *Teach AI Guidance for Schools Toolkit* [21], a practical guide for: a) establishing AI policy framework and guidelines; b) providing structure for teaching/learning; and c) addressing current concern to improve the system and enable digital transformation in education (TeachAI, 2023: 8-9).

To reinforce the ethical, human-centered and pedagogy-driven approach to AI integration in education, the UNESCO experts have developed a new AI competency framework[22], including AI *Competency Framework for Teachers* (2024a)[23] and *AI Competency Framework for Students* (2024b).[24] They exceed the scope of digital competencies and are tailored to address AI challenges and risks, foster AI integration across the curriculum, and encourage interdisciplinary learning, transferable and life-long learning (UNESCO, 2024). For example, *Teachers' AI competency framework* includes 3 competence levels across 5 competency dimensions.[25]

20 AI for Education (2023). An Essential Guide to AI for Educators; https://www.aiforeducation.io/ (accessed 1.10.2014)

21 TeachAI.org (2023). *AI Guidance for Schools Toolkit*, Code, CoSN, Digital Promise, European EdTech Alliance, PACE.
https://docs.google.com/document/d/1OmT-6Nf_B9f8yA6r54QQ-DMSB85nj05JZ6qyR17jFgA/edit?tab=t.0#heading=h.i6tsgfy3sovv

22 UNESCO (2024). UNESCO's new AI competency frameworks for students and teachers, 3 Sept. 2024, https://www.unesco.org/en/articles/what-you-need-know-about-unescos-new- ai-competency-frameworks-students-and-teachers

23 UNESCO (2024a). AI competency framework for teachers, (F.Miao, K.Shiohira), https://doi.org/10.54675/ZJTE2084

24 UNESCO (2024b). AI competency framework for students (F.Miao, M.Chukurova), https://doi.org/10.54675/JKJB9835

25 The 3 competency levels are: basic (acquire knowledge), intermediate (deepen knowledge), advanced (create tailored local solutions: policies, standards, toolkits). The 5 dimensions include:1) *Human-centered mindset:* human agency, accountability, social responsibility; 2. *Ethics of AI:* Ethical principles, safe and responsible use, co-creating ethical rules; 3. *AI foundations*: Basic AI techniques/applications, Application skills, Creating with AI; 4. *AI pedagogy*: AI-assisted teaching, AI-pedagogy integration, AI-enhanced pedagogical transformation; 5. *AI for professional development:* AI-enabled lifelong learning, AI-enhanced organizational learning, AI-supported professional transformation (UNESCO, 2024a:22).

3.2. Regulatory framework on AI in education at the regional level: the EU, the CoE

The EU embarked on developing the AI framework by adopting the strategic document EU *Artificial Intelligence for Europe* (2018),[26] which envisaged a "*human-centric*" approach where people would be empowered rather than overpowered by AI, which should complement rather than substitute humans (EC/EPSC, 2018:6).[27] The EU AI Strategy envisaged four objectives: 1) provide environment for AI technologies: infrastructure, investments, policies, regulations, data protection; 2) educate AI experts and users; 3) enforce policy to address risks and challenges; and 4) develop ethical and legal frameworks, guidelines, monitor development and impact) (EC/EPSC, 2018:8-12). The EC *Ethics Guidelines on Trustworthy AI* (2019)[28] envisage the key features of AI systems, ethical principles, requirements,[29] and a practical checklist for assessing compliance: *Assessment List for Trustworthy AI (2020).*[30] Consequently, the EC's *Ethical Guidelines on the use of AI and data for educators* (2022)[31] focused on ethical issues, teacher support, competencies, and assessment of AI trustworthiness (EC, 2022: 14-31).[32]

26 EC/European Commission (2018). *Artificial Intelligence for Europe,* COM/2018/237, Communication from the Commission to the EP, the EC, the European Economic and Social Committee, and the Committee of the Regions, 25.4.2018.

27 EC/EPSC (2018). The Age of Artificial Intelligence: Towards a European Strategy for Human-Centric Machines, *EPSC Strategic Notes (29),* EC European Political Strategy Centre, 27 March 2018; https://data.europa.eu/doi/10.2872/23955.

28 EC/AI HELG (2019). *Ethics Guidelines on Trustworthy AI*, Independent High-Level Expert Group on AI.

29 *A trustworthy AI* system should be *lawful* (compliant with laws), *ethical* (based on ethical principles), and technically *robust (*safe, secure, reliable). It should comply with 4 ethical principles: a) autonomy-choice; 2) harm prevention; 3) equality/fairness; 4) transparency. It should meet 7 key requirements: 1) human rights, agency, supervision; 2) robustness and safety; 3) privacy, data governance; 4) transparency, explicability; 5) diversity, non-discrimination, fairness; 6) societal and environmental welfare; 7) accountability (reports, audits, redress) (EC/AI HLEG, 2019:7-8).

30 *See*: EC/AI HLEG (2020). Assessment List for AI; https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=68342

31 EC (2022). Ethical Guidelines on the use of AI and data in teaching and learning for Educators, Sept.2022, EU,

32 In addition, the EC *Proposal for a AI Liability Directive (2022*) envisaged non-contractual/tort liability and compensation for damage in cases involving AI-based products and services (CyberRisk GmbH, 2024).

The Council of Europe (CoE) attempted to cast more light on the use of AI in education. The CoE's *AI Survey* (2022)[33] identified the major problems: 1) most CoE member states have data policies and AI strategies but lack education-specific policies and ethical guidelines; 2) few states have regulatory framework; 3) there are insufficient research funds, resources, user guides and AI literacy training programs; 4) there is insufficient evidence on AI impact (CoE AI Survey, 2022:1).[34] The subsequent EC/EDEH *AI Report on AI in Education* (2023)[35] provided insights into the needed support (technology, resources, pedagogy), examples of risk-based AI use,[36] and three sets of teachers' competencies: 1) Teaching *about* AI (AI literacy: knowledge, skills, values); 2) Teaching *for* AI (information/data literacy, content creation, collaboration, problem-solving); and 3) Teaching *with* AI, *pedagogy-driven* use (resources, instruction, assessment, learner competencies) (EC/EDEH Report, 2023:9-17). In terms of AI competencies, the EU-supported ARISA project *AI Skills Strategy* (2023)[37] set goals on funding, training, accreditation/certification, collaboration, human-centered curricula/programs, actors' roles, and AI skills for professionals working in specific sectors, policy and decision-makers (ARISA, 2023:2-3). The AI Pioneers project (2023),[38] aimed at developing guidelines for AI integration in adult education and vocational training, aligned *AI competencies* with the Digital Competence framework *(DigCompEdu,* 2017)[39] in six areas: professional

33 CoE AI Survey (2022).The State of Artificial Intelligence and Education across Europe: a Survey of CoE Member States, COE CDPPE, AI&ED Expert Group. (Survey results covered 25 respondent states out of 46 CoE member states).

34 In order to regulate AI-related issues pertaining to human rights and the rule of law (privacy, data protection, equality/inclusion/non-discrimination, security/safety), the COE adopted the *CoE Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, CETS 225/2024, https://rm.coe.int/1680afae3c

35 EC/EDEH (2023). AI Report by the European Digital Education Hub's Squad on AI in education, EACEA, 2023.

36 Risks depend on the context: a) *minimal risk* (lesson planning, administrative tasks, formative feedback); b) *limited risk* (teaching/learning, teacher/learner support); c) *high risk* (learning analytics without human scrutiny); and d) *unacceptable risk* (abuse, manipulative practices) (EC/EDEH, 2023:63-73).

37 *See:* ARISA (2023). *AI Skills Strategy for Europe*, Artificial Intelligence Skills Alliance/ ARISA, 30 Sept.2023,
https://aiskills.eu/wp-content/uploads/2024/01/AI-Skills-Strategy-for-Europe.pdf

38 AI Pioneers (2024). Supplement to the DigCompEdu framework (WP3)/Digital Competence for Educator. This, ERASMUS-supported project developed knowledge database and practical tools (*see*: AI Pioneers, 2024).

39 For a summary of the Digital Competence Framework and DigComp for Educators, see: Ignjatović, 2024: 28-29.

engagement, digital resources, teaching/learning, assessment, promoting learners AI skills, and teachers' transferable skills (AI Pioneers, 2024).

In July 2024, the EU Parliament (EP) adopted the *EU Artificial Intelligence Act* (2024),[40] the first legally binding act on the development, deployment and use of AI system, with reference to a proportionate *risk-based approach.*[41] Education and vocational training are classified into *high-risk applications* because AI systems may cause "a significant risk to health, safety and fundamental rights of natural persons' (Art.6 EU AI Act). In the context of education, Annex III of the EUAI Act envisages that high-risk AI systems are used as follows: 1) *AI for admissions* (access and admission to educational/vocational training, including candidate evaluation, ranking); 2) *AI for evaluation* (learning goals and outcomes); c) *AI for assessment* (assess education level, performance, competencies); and d) *AI for proctoring* (monitor conduct and detect prohibited practices in tests/exams, abuse) (FLI, 2024).[42]). On further analysis of Article 7§2, we may identify additional high-risk applications: a) automated/autonomous processing of personal data on one's life, preferences, conduct, location, performance, etc.; b) social profiling (based on race, age, gender, social status/circumstances, financial standing); c) privacy violations due to unauthorized/autonomous/AI actions and unclear nature, amount and intended purpose of processed personal data (without an opt-out possibility) or third-party validation; d) lack of authority to control AI and take remedial action to correct or reverse potentially harmful activity; e) AI impact on multiple persons, sensitive groups in particular; f) adverse impact on users physical/mental health (anxiety, AI dependence) and well being, particularly of vulnerable persons). For these reasons, high-risk AI systems must comply with the mandatory requirement, observe assessment procedures, reduce risks, keep use logs, and ensure human

40 EUR-Lex (2024). *EU Artificial Intelligence Act,* Regulation EU/2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonized rules on artificial intelligence [...], PE/24/2024/REV/1, *OJ EU*, 2024/1689.

41 Under the EU AI Act, AI systems are classified as: a) *Unacceptable Risk AI systems,* which are strictly prohibited as they pose serious threats to human rights, health and safety (biometric identification, emotion/facial recognition, social profiling, deceptive practices); b) *High-Risk AI systems,* which are allowed but subject to additional requirements and assessment (justice, law enforcement, democratic processes, employment/workforce management, educational/vocational training and assessment, etc.); c) *Limited risk AI systems,* which are subject to transparency rules and human supervision (chatbots, AI-generated content, deepfakes); and d) *Minimal risk AI systems,* which may be freely used as they pose minimal or no risk (spam filters, translation, language apps, video games) (FLI, 2024).

42 FLI/Future of Life Institute (2024). Summary of the AI Act, https://artificialintelligenceact.eu/high-level-summary/

scrutiny of transparency, accuracy and effectiveness (AI Act.org, 2024).[43] The EU AI Act sets requirements to be met by all actors involved in developing, providing and using AI systems: 1) establish risk-management systems; 2) devise technical documentation; 3) ensure data governance; 4) ensure automatic record keeping; 5) design user guides; 6) ensure human supervision; 7) ensure robustness, accuracy, cybersecurity; and 8) institute quality management (FLI, 2024).

Based on these international and regional frameworks, many OECD, UN and EU member states[44] have developed national policies, strategies, action plans, and guidelines.[45] Yet, there are still ample concerns about human rights violation, privacy/data protection, non-transparent data training and collection purposes, abusive practices, age-limit,[46] the lack of practical guidelines and approved AI tools tailored for educational purposes (CoE/DGII/EDU/AIED, 2024: 23-24).

3.3. The regulatory framework on AI in education at the national level: Serbia

In line with the EU AI Strategy (2018) and the OECD AI Principles (2019), Serbia adopted the national *AI Development Strategy RS* (2019)[47] for the period 2020-2025 and the Action Plan (2019),[48] which recognized the need to develop relevant infrastructure,[49] provide education about AI, and ensure safe and ethical use of AI technologies. In education, the *AI Strategy* RS (2019) envisaged several goals: define the role of AI in education; provide professional training

43 AI Act.org (2024). The Artificial Intelligence Act-Reg. (EU) 2024/1689, https://www.artificial-intelligence-act.com/#:)

44 See: OECD AI Policy Observatory (2024). National AI policies (e.g. Australia, Canada, Japan, UK, USA, Serbia).

45 For example, *see*: UK DfE (2023). The UK Department for Education policy paper on Generative AI in Education; UK JSQ (2023). JCQ guidance on AI use in Assessments; University of Cape Town (2024). AI for Teaching and Learning, CILT (Research Guide; Staff Guided on AI Tools, Academic Integrity, Assessment, etc.)

46 The latest GenAIs set age restriction: no access under 18 to Copilot, Gemini, Claude, and no access under 13 to Open AI's ChatGPT and Perplexity, subject to parental consent (CPS, 2024: 18).

47 Government RS (2021). Strategy for the development of AI in the RS for the period 2020-2025, https://www.srbija.gov.rs/extfile/sr/437310/strategy_artificial_intelligence-condensed261219_2.docx

48 *Akcioni plan za period 2020-2022 za primenu Strategije razvoja veštačke inteligencije u RS za period 2020-2025,* (Action plan for the implementation of the AI Strategy RS for the period 202-2025), *Sl. glasnik RS,* br. 96/19.

49 Serbia established the Innovation/Science/Investment Funds [2020], the AI Institute [2021], the AI Platform [2021], and the AI Council [2024] for monitoring AI standards' application (AI Institute 2024; AI Platform, 2024; Forbes^{SR}, 2024).

for IT experts, informal programs, university cooperation; develop teacher competencies; integrate AI literacy in primary/secondary schools (coding, robotics projects), undergraduate studies (computing, engineering), post-graduate studies (master programs) (AI Strategy RS, 2019:12-13, 24-28). Serbia also adopted the *Ethical Guidelines for the development of Trustworthy AI* (2023),[50] aligned with international/regional standards. In terms of AI competencies, the amended *Digital Competence Framework* (2023)[51] incorporated AI skills at 3 competence levels (basic/intermediate/advanced), across 6 competency domains: digital environment, resources, learner support, teaching/learning, monitoring/assessment, professional engagement (NIQA, 2023:3,10-13).[52] Thus, the cogs have been set in motion, primarily focusing on research, innovation, educating AI professionals and applied AI in the public administration, business, medicine, communications, etc.(AI Institute, 2024).[53] In 2021, technical and science universities offered the first AI master degree programs.[54] In social sciences and humanities, AI use seems to be lagging behind: there is a small number of AI programs[55]; AI literacy courses are unavailable even as informal courses[56]; articles on AI in education are scarce, largely focusing on learning *about* AI rather learning *with* AI;[57] conferences on AI in education have been rare until recently.[58] Despite huge investments, experts note that Serbia still

50 Vlada RS (2023): *Etičke smernice za razvoj, primenu i upotrebu pouzdane i odgovorne VI* (Ethical Guidelines for the development, deployment and application of trustworthy and responsible AI), *Sl.gl. RS,* br.23/2023.

51 NIQA/National Institute for Quality Assessment (2024), *Okvir digitalnih kompetencija: nastavnik za 21.ve*k (Digital Competences Framework), Zavod za vrednovanje kvaliteta obrazovanja i vaspitanja/ZVKOV, Beograd.

52 For the specification of teacher AI skills, see: NIQA, 2023: 10-13.

53 *See*: AI Institute/ IVI (2024). Projects/Research groups; https://ivi.ac.rs/en/projects/

54 For example, *see:* ELF Niš (2024). Master in AI and ML, Faculty of Electronic Engineering, Niš; FSM Niš (2024). Master in AI and ML, Computing Department, Faculty of Sciences and Mathematics, Niš.

55 E.g.: LF Niš (2024). Master program in Law and ICT (2021), including AI and Legal Reasoning course; LF Novi Sad (2024); Undergraduate program Law and ICT at LF Novi Sad (including AI within the Internet Technologies course).

56 The first free general public course on AI and Prompt Engineering was held by the Digital Serbia Initiative (2024).

57 Brief online search shows the topics covered: a) AI in language learning [2020]; b) AI in education [2021]; c) AI in HE [2022]; d) ChatGPT in ESP; ChatGPT in HE, teacher AI competencies [2024]; for example, see: FTN NS, 2024.

58 PF/Pedagogical Faculty in Vranje (2024). 1st International Scientific Conference *Education and Artificial Intelligence* (EDAI 2024), Pedagogical Faculty in Vranje, University of Niš, 29-30 Nov. 2024.

ranks low in AI integration (Eurostat, 2024),[59] which is due to outdated information systems, inadequate infrastructure, digitization and digitalization, as prerequisites for AI integration. For better results, they note the need for change in the mindset, business culture, a synergy between the academia, science and industries (NIN, 2024).[60]

The legal regulation of AI for educational purposes is sluggish. The Serbian policy makers and administrators have not yet taken full advantage of the presented international and regional regulatory frameworks, standards, guidelines and good practices of AI integration in education. The conducted research has shown that there are no subject-specific legislative and regulatory acts on AI for education. There are no policies, strategies, action plans and guidelines for administrators, institutions, teachers and students. There are no documents on AI competencies. At the institutional level, there are no teacher/student training courses on AI literacy and competencies, nor pedagogical guidance on integrating AI in instructional design, teaching/learning, assessment. The existing AI strategy and ethical guidelines hardly suffice. Educators may only hope that these essential educational issues will be properly addressed in the new AI Strategy (2025-2030), which may provide more latitude for a substantial legislative and regulatory activity of Serbian authorities and involvement of all relevant stakeholders in developing a responsible, human-centered and pedagogy-driven approach to AI integration.

As any other disruptive technology, the use of the latest GenAI in education is still a highly controversial issue in Serbia. There seem to be mixed opinions among the academic, professional and general public about AI application. A study on the general pubic attitudes to AI in Serbia shows that opinions are pretty divided (Budić, 2023).[61] As empirical studies on educators' attitudes are rare, the published abstracts from the recent *Education and Artificial Intelligence*

59 The Eurostat shows data (for 2023) on the use of AI in several sectors: a) ICT: Serbia 11.6; EU 29.4; Slovenia 32.5; Croatia 40; Finland 48.2%; b) Professional, scientific & technical activities: Serbia 6.5; Croatia 12.9; EU 18.5; Slovenia 22.2; Finland 31.5%; c)Administrative services: Serbia 0.3; Slovenia 3.2; Croatia 6.8; EU 8.3; Finland 14.8%; d) Digital skills: Serbia 33.61; Slovenia 46.7; EU 55.6; Croatia 59; Netherlands 82.7 % (Eurostat, 2024).

60 NIN (2024). Srbija i AI: Na papiru lideri, u praksi pretposlednji (Serbia and AI: Leader in theory, last in practice), 3 jul 2024; https://www.nin.rs/ekonomija/vesti/52273/srbija-ulaze-u-razvoj-vestacke-inteligencije-ali-ne-i-u-njenu-primenu

61 The results (N=737) show the respondents' attitude to AI use (49.39% for, 45.81% against, 3.8% neutral) and concerns: employment loss (49.93% concerned, 26.59 not concerned; 23.47% neutral); trust in AI (41.18% concerned/highly concerned, 28.76% neutral, 10% not concerned); and trust in institutions using AI (70% no trust in Government, 66.4 % no trust in the police; most trust in research/university institutions) (Budić, 2023: 58-59).

conference (EDAI 2024)[62] show this issue has been tackled by several researchers. The author's research on AI in legal education and result of a survey on teachers' attitudes to AI integration (Oct. 2024) will be presented in another article.[63] In future research, it is essential to examine the actual AI use in the educational process, the students' use of AI technologies, and students/teachers' AI use for academic/scientific research purposes which is on the rise due to available GenAI tools.

4. AI in Education: Considerations for Implementation

In light of the aforesaid controversy, this section summarizes the benefits/opportunities and drawbacks/challenges/risks, guiding principles and considerations which have to be carefully considered and balanced in developing viable solutions for AI integration in educational contexts.

The observed *strengths/benefits/opportunities* include: (TeachAI, 2023: 17-22)[64]

1. *Evidence-based and data-driven integration of AI in the curriculum*: a) promoting knowledge on AI technologies, AI literacy, competences; b) improving accessibility, equity, inclusion, quality of education;
2. *Cost-effective learning by using AI technologies*: they facilitate: a) accessible, flexible, adjustable, scalable learning/training aligned with standards; b) time-saving, cost-effective automated/routine tasks;
3. *Automated administrative tasks and operative efficiency*: a) enrolment, curriculum/syllabus design, lesson planning, schedulling, record-keeping, attendance, grading; b) monitoring, tracking progress, evaluation;
4. *Personalized and differentiated learning:* a) adaptive learning tailored to individual needs, preferences, skills, proficiency level, pace; b) assistance through data-driven insights, access to tutoring and support;
5. *Learning by design: human-centered* approach: a) tailored to specific educational standards, requirements, goals, career paths; b) customized pedagogy (collaboration, methodology, assessment, learning analytics);

62 *See:* PF Vranje (2024). Education and Artificial Intelligence –Book of Abstracts, EDAI 2024, Pedagogical Faculty Vranje, Uni. Niš (see: pp. 20, 23, 28,36,39); https://www.pfvr.ni.ac.rs/wp-content/uploads/2024/11/Book-of-Abstracts-2024.pdf

63 The survey results on LF Nis teachers' attitudes to AI use in legal education are currently prepared for publication.

64 TeachAI (2023). AI Guidance for Schools Toolkit, Code, CoSN, Digital Promise, European EdTech Alliance, PACE.

6. *Content development and differentiation:* AI-generated resources, lesson plans, engaging content,; customized and differentiated tasks, activities, quizzes, assessment/feedback tools; interaction;
7. *Assessment design, analysis and feedback:* ethical considerations in automated summative assessment (tests, quizzes, grading, attendance), formative assessment, informal feedback; efficiency analysis and audit;
8. *Creativity, collaboration, and skill development:* human agency, choice, collaboration, critical thinking, creativity, transferable/life skills; co-design of informed, responsible creators/users; (UniCanadaWest, 2024);[65]
9. *Immersive learning:* hands-on activities via AI-powered devices, virtual reality (VR), augmented reality (AR) and mixed reality (XR) tools for gamification, simulated real-world scenarios, increased engagement;
10. *Complementary role:* AI should not replace teachers but support teaching/learning, training/development; human control, assessment and efficiency audits are vital (PowerSchool, 2024;[66] Digiexam, 2024).[67]

The *drawbacks/challenges/risk* of using AI in education include: (TeachAI, 2023: 17-22)

1. *Overreliance and dependence on AI*: it may diminish creativity, critical thinking, problems-solving skills; it may be harmful for human mind and disruptive in case of technical failures (UniCanadaWest, 2024);
2. *Lack of human interaction:* dehumanized learning void of human interaction, emotional support, empathy has adverse impact on social skills, affection, and pedagogical values (engagement, collaboration, critical thinking);
3. *Data privacy, data protection and security:* unauthorized data collection (records, learning analytics), inadequate data protection, monitoring and surveillance safeguards may compromise privacy (Digiexam, 2024);
4. *Plagiarism and academic dishonesty*: lack of tools and competences to preclude risks may lead to abuse of academic integrity, cheating, manipulative practices that undermine fair assessment (UniCanadaWest, 2024);

65 University Canada West (2024). Advantages and Disadvantages of AI in Education (B. Clugston), 19 July 2024.

66 PowerSchool (2024). The Ultimate Guide to AI in Education: Benefits, challenges & real-world uses, 29 Oct. 2024.

67 Digiexam (2024). Advantages and Disadvantages of AI in Education (N.Vernersson), 2024

5. *Propensity to bias and hallucinations*: AI-generated data may be biased, inaccurate, false, nonsensical and even non-existent (*hallucinations*), resulting in misconceptions (UniCanadaWest, 2024; Digiexam, 2024);
6. *Diminished teacher/student agency and accountability*: overreliance and unethical use of AI undermine teacher/learner agency (voice, choice, autonomy) and diminish inclusion, collaboration, accountability);
7. *Teacher redundancy and job displacement:* AI benefits raise concerns about teacher redundancy, devaluation of the teaching profession, job loss (UniCanadaWest, 2024), and role in the new learning paradigm;
8. *Disparities and inequalities:* lack of investment, resources, unequal/limited access to resources, non-inclusion, lack of training on AI literacy/skills deepen the digital divide and obstruct integration;
9. *Inadequate regulatory framework:* there is a lack of comprehensive, flexible and future-oriented regulation, data governance, privacy and security safeguards, quality assurance, audits (PowerSchool, 2024).
10. *Human mindset:* fear of the unknown, lack of interest, understanding, competencies, beliefs in traditional education, and reluctance/resistance to change lead to rejecting the integration of AI technologies in education.

In addition to the general *ethical principles* for AI integration, educational experts have identified *7 guiding principles for AI integration* in educational contexts (TeachAI, 2023: 10-27):

1. *Purpose:* purposeful, ethical and responsible AI use aligned with educational goals, promoting research, professional development, staff/student training, interdisciplinary projects, etc.;
2. *Knowledge:* promote AI literacy and competencies (knowledge, skills, values, aptitudes) for critical use;
3. *Compliance:* adherence to the existing normative framework (human rights, data protection, security), ethical, administrative and pedagogical considerations in handling sensitive data;
4. *Human agency:* promote human agency, intervention and scrutiny of AI decision-making;
5. *Academic Integrity:* promote academic honesty (respect, fairness, critical valuation, responsibility), set clear academic standards on proper use to avoid plagiarism and abuse;
6. *Assessment:* assess AI impact (via surveys, feedback, reports, tech support, monitoring, internal/external audits); adjust summative/formative/informal assessment in the teaching/learning process;

7. *Balance:* raise awareness of benefits, purpose, opportunities and address risks to preclude harm, bias, abuse.

Experts also identified several stages in the *process of integrating a relevant AI framework* in education: 1) secure investment in AI infrastructure and technology (Powerschool, 2024); 2) create evidence-based policies and guidance; 3) provide AI literacy and competences training (administrative staff, teachers, students); 4) integrate AI in curricula/syllabi, lesson planning, teaching methods; 5) provide structure for management, instruction, inclusion, assessment, quality control; 6) address concerns and risks, monitor and assess AI effectiveness, make adjustments to improve experiences and outcomes (TeachAI, 2023:8; Digiexam, 2024).

After the initial expert concerns about the potential existential threat to humans from superintelligent machines[68] and warnings to beware of the GenAI *"black-box algorithm"*[69], some experts recently called for a moratorium on training AI systems "more powerful than GPT-4", which are largely unregulated and uncontrollable even by their creators (FLI, 2023).[70] They noted that GenAI systems "must be more accurate, safe, interpretable, transparent, robust, trustworthy and loyal"; they should be in the service of humanity rather than tech companies; their development and deployment must be planned and managed with utmost care, and they may be used only when humans are sure about their "positive effects and manageable risks" (FLI, 2023). Nothing has changed since. Intelligent machines keep evolving and humans keep using them for different purposes, but GenAI technologies are still beyond effective control.

5. Conclusions and considerations

The presented research results demonstrate considerable efforts exerted by the competent international organizations (OECD, UNESCO) and regional institutions (at the EU and the CoE level) to map the AI-related issues and adopt relevant strategic and policy documents on AI in general and AI in education in particular. While most documents adopted in the field of education (recommendations, guidelines for policy makers and educators, practical user

68 The British scientist S. Hawking and tech giants (B. Gates, E.Musk) warned about this threat in 2014-2015. *See*: Guardian (2015). Artificial Intelligence: a strong concern, S.Dredge, 29.Jan. 2015).

69 The hidden *black box algorithm is* not publically available because it is treated as company intellectual property, or it may be publically available but extremely complex, unintelligible and confusing to policy makers in decision-making processes; s*ee*: Financial Times (2022).Beware the rise of the black box algorithm (S. Bush), 20 Sept. 2022.

70 FLI/Future of Life Institute (2023). Pause Giant AI Experiments: An Open Letter, 22 March 2023, https://futureoflife.org/open-letter/pause-giant-ai-experiments/ (accessed on 15.11.2024).

guides) are not legally binding, they are valuable sources for policy makers and educational institutions at the national level in the process of instituting adequate regulatory frameworks for AI integration in specific educational contexts. At the national level, the AI Strategy (2019) was the stepping stone for developing infrastructure, human resources and ethical standards for safe AI use. However, Serbia still has not adopted a general legislative act on AI, which precludes the enactment of sector-specific regulatory acts on AI use in different areas of life, including education. The research results show that the use of AI in education is still largely unregulated in Serbia. There are no AI policies, action plans, guidelines; there are no AI competence frameworks for teachers and students, there are no AI literacy and skills training courses, nor pedagogical guidelines for AI integration in the instructional design. These issues may be addressed in the new AI strategy (2025-2030) but the regulation keeps lagging behind the rapid development of AI technologies.

Meanwhile, educators cannot ignore new GenAI technologies, which are increasingly used in different educational contexts. Although AI use cannot be forced either on institutions or individuals, educators have to prepare for the ensuing change in the teaching/learning paradigm. In order to keep pace, they need to learn how AI technologies may be used in a safe, reliable and ethical manner. To make informed decisions on whether and to what extent AI tools may be incorporated in the educational process, they need to understand the benefits and drawbacks, challenges and risks, available options and approaches to using AI in education. While it is indisputable that AI tools can enhance interactive learning and support instruction for different academic, scientific and professional purposes, there are new disruptive GenAI technologies which generate numerous concern and risks, identified in theory and practice alike. Different stakeholders may have different perceptions and priorities but, essentially, it is vital to balance the advantages and disadvantages when considering the integration of AI in educational contexts and preparing learners for new forms of learning and real-life applications.

The multidimensional process of integrating a *relevant* AI framework in the specific educational context has to address many technical, social, cultural and educational issues. It certainly entails an interdisciplinary approach, partnership and coordinated action of competent authorities, institutions and other stakeholders. In the process, it is essential to: 1) raise awareness about the purposeful AI integration; 2) assess specific needs and provide regulatory framework for proper AI applications at the national, institutional and subject-specific levels; 3) invest in infrastructure, resources, tech support, AI literacy and competences training; 4) design guidelines for integration, instruction, quality assurance, human supervision; 5) monitor and assess risks, effectiveness and remedial measures; and 6) remain vigilant and responsive to challenges.

There is no dispute that AI has the capacity to transform education but the actual trajectory will be set by educational institutions and stakeholders, whose actions and decisions will determine whether the transformation is positive and sustainable or negative and detrimental for education.

As any disruptive technology, AI may overwhelm, frustrate and dishearten possible users. AI technologies should empower rather than overpower users. In the field of education, it is essential to strike the right balance in terms of ensuring a *holistic*, *human-centered* and *pedagogy-driven* integration within the framework of *blended (hybrid) learning*, based on the key assets: safe technology, human agency, constant support/training, collaboration, stringent assessment and supervision. While all stakeholders shall be active co-agents in instructional design, students and teachers' agency, competencies and wellbeing shall remain the focal point of the new learning paradigm. If purposefully and critically used, AI tools can promote learning but teachers shall remain the critical human resource, capable of facilitating the rudimentary social, affective, psychological and pedagogical aspects of education which cannot be provided by intelligent machines: the human touch, interactions, socialization, psychological and pedagogical insights, as well as human scrutiny of AI technologies and supervision of the entire educational process.

References

Kok, J.N., Boers E.J.W, Kosters W.A, van der Putten P, Poel M. (2009). Artificial Intelligence: Definition, Trends, Techniques and Cases (Chapter 1), in: *Artificial Intelligence* (J.N.Kok (ed.), *Encyclopedia of Life Support Systems*, vol.1, UNESCO- EOLSS, 2009, p.2, https://www.eolss.net/sample-chapters/c15/e6-44.pdf

Miao, F., Holmes W., Huang R., Zhang H. (2021). AI and Education: Guidance for policy-makers, UNESCO, Paris; https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000376709?posInSet=1&queryId=f7246403-9770-49a8-8741-4c539c8784f8

Rao A. S., Verweij G. (2017). Sizing the prize, PwC network, Price Waterhouse Coopers Int. Ltd, UK, 2017; https://www.pwc.com/it/it/publications/assets/docs/PwC_AI-analysis_report.pdf

Samoili, S, López Cobo M, Gómez E, De Prato G, Martínez-Plumed F, Delipetrev B. (2020). *AI Watch: Defining Artificial Intelligence.* Towards an operational definition and taxonomy of AI EC Joint Research Center, Luxembourg, https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC118163/jrc118163_ai_watch._defining_artificial_intelligence_1.pdf

Stanford University (2016). Artificial Intelligence and Life in 2030, 100 Year Study on Artificial Intelligence, Report, Appendix I: A Short History of AI, 2016; https://ai100.stanford.edu/2016-report/appendix-i-short-history-ai#:, https://

ai100202010 23.sites.stanford.edu/sites/g/files/sbiybj18871/files/media/file/ai100report10032016fnl_singles.pdf (19.10.2024)

TeachAI.org (2023). AI Guidance for Schools Toolkit, Code, CoSN, Digital Promise, European EdTech Alliance, PACE; https://docs.google.com/document/d/1OmT-6Nf_B9f8yA6r54QQ-DMSB85nj05JZ6qyR17jFgA/edit?tab=t.0; https://www.teachai.org/toolkit;

Budić, M. (2023) Etičke dileme i stavovi prema primeni veštačke inteligencije (Ethical dilemas and attitudes to AI), *Kritika:* časopis za filozofiju i teoriju društva, 1/2023 (49-65); https://kritika.ifdt.bg.ac.rs/index.php/kc/article/view/124/218

Ignjatović, G. (2024). Digital Learning in Legal Education: Educational policies, practices, and potentials of pedagogy-driven digital integration, in: *Facta Universitatis Series: Law and Politics*, Vol.22, No.1, 2024, pp.25-46, University of Niš, Serbia; https://doi.org/10.22190/FULP240305003I

International documents and sources (OECD, UNESCO)

OECD (2017). Science, Technology and Industry Scoreboard 2017: The Digital Transformation, OECD; https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2017/11/oecd-science-technology-and-industry-scoreboard-2017_g1g74dc7/9789264268821-en.pdf (accessed 8.10.2024)

OECD (2019). Recommendation of the Council on Artificial Intelligence, OECD Legal instruments, OECD/LEGAL/0449, Paris (amended 2024), https://oecd.ai/en/assets/files/OECD-LEGAL-0449-en.pdf;

OECD AI Policy Observatory (2024), National AI policies & strategies (https://oecd.ai/en/dashboards/overview); AI Principles overview (https://oecd.ai/en/ai-principles; https://oecd.ai/en/catalogue/overview; https://oecd.ai/en/incidents);

UNESCO (2019), Beijing Consensus on Artificial Intelligence and Education: guidance for policy-makers, UN Educational, Scientific and Cultural Organization, Paris, France; https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000368303

UNESCO (2022). Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence (23.Nov 2021); UNESCO Digital Library, https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000381137?posInSet=3&queryId=2a46fb66-02c5-466a-ba78-896309ae8c54

UNESCO (2023). Guidance for Generative AI in Education and Research, https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000386693

UNESCO RAM (2023). The UNESCO Readiness Assessment Methodology: A Tool of the Recommendation on the Ethics of Artificial Intelligence, UNESCO, Paris; https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000385198

UNESCO (2024). UNESCO's new AI competency frameworks for students and teachers, 3 Sept. 2024, https://www.unesco.org/en/articles/what-you-need-know-about-unescos-new-ai-competency-frameworks-students-and-teachers

UNESCO (2024a). AI competency framework for teachers, (F.Miao, K.Shiohira), https://doi.org/10.54675/ZJTE2084

UNESCO (2024b). AI competency framework for students (F.Miao, M.Chukurova), https://doi.org/10.54675/JKJB9835

AI for Education (2023). An Essential Guide to AI for Educators; https://www.aiforeducation.io/; https://www.aiforeducation.io/ai-resources-main; https://www.aiforeducation.io/ai-course (accessed 1.10.2014)

Regional documents and sources (CoE, EU)

CoE AI Survey (2022).The State of Artificial Intelligence and Education across Europe: Survey of CoE member states, AI&ED Expert Group, COE Committee for Education Policy and Practice; https://rm.coe.int/ai-coe-survey-report-latest-2753-8190-7209-v-1/1680aec34c

CoE/DGII/EDU/AIED (2024) Preparatory study for the development of a legal instrument on regulating the use of AI systems in education (draft), 6 March 2024, CoE Directorate General of Democracy and Human Dignity Directorate for Democracy, Education Department Digital Transformation Unit, CoE, Strasbourg; https://rm.coe.int/preparatory-study-for-the-development-of-a-legal-instrument-on-regulat/1680af118c

CoE/Council of Europe (2024). *CoE Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, Vilnius, 5.9.2024, CETS 225/2024, Strasbourg; https://rm.coe.int/1680afae3c

EC/European Commission (2018). *Artificial Intelligence For Europe*, COM/2018/237, Communication from the Commission to the EP, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Brussels, 25.4.2018; https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0237

EC/EPSC (2018). The Age of Artificial Intelligence: Towards a European Strategy for Human-Centric Machines, European Political Strategy Centre, EU27 March 2018; https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/f22f6811-1007-11ea-8c1f-01aa75ed71a1/language-; https://data.europa.eu/doi/10.2872/23955

EC/AI HELG (2019). *Ethics Guidelines on Trustworthy AI,* Independent High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, European Commission, 8 April 2019, Brussels; updated 2023; (accessed 20.10. 2024) https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/196377/AI%20HLEG_Ethics%20Guidelines%20for%20Trustworthy%20AI.pdf

EC/AI HLEG (2020). *Assessment List for Trustworthy AI* (ALTAI), Independent High-Level Expert Group on AI, European Commission, Brussels; https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=68342

EC/European Commission (2022). *Ethical Guidelines on the use of AI and data in teaching/learning for Educators*, Luxembourg; https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d81a0d54-5348-11ed-92ed-01aa75ed71a1/language-en

EC/EDEH (2023). AI Report by the European Digital Education Hub's Squad on AI in education, EDEH, ECEA, 2023; https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/9bb60fb1-b42a-11ee-b164-01aa75ed71a1/language-en

EUR-Lex (2024). *EU Artificial Intelligence Act,* Regulation EU/2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on AI (Artificial Intelligence Act), and amending Regulations EC/300/2008, EU/167/2013, EU/168/2013, EU/2018/858, EU/2018/1139 and EU/2019/2144 and Directives 2014/90/EU, EU/2016/797, EU/2020/1828, *Official Journal EU*, 2024/1689, 12.7.2024; https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj

AI Act.org (2024). The Artificial Intelligence Act- Regulation (EU) 2024/1689, https://www.artificial-intelligence-act.com/#: (accessed 15.12.2024)

AI Pioneers (2024). Supplement to the DigCompEDU framework (WP3)/ Digital Competence for Educators. https://aipioneers.org/supplement-to-the-digcompedu-framework; https://aipioneers.org/knowledge-base (accessed 14.11.2024)

ARISA (2023). *AI Skills Strategy for Europe*, Artificial Intelligence Skills Alliance/ARISA, 30 Sept.2023; https://aiskills.eu/wp-content/uploads/2024/01/AI-Skills-Strategy-for-Europe.pdf; (accessed 14.11.2024)

Cyber Risk GmmbH (2024). The Artificial Intelligence Liability Directive; https://www.ai-liability-directive.com/

FLI/ Future of Life Institute (2024). High-level summary of the EU AI Act, Future of Life Institute, 27 Feb. 2024; https://artificialintelligenceact.eu/high-level-summary/(accessed 25.11.2024)

Serbian documents and sources

Government RS (2021). Strategy for the development of AI in the Republic of Serbia for the period 2020-2025 *(Strategija razvoja veštačke inteligencije u Republici Srbiji za period 2020–2025*, *Službeni glasnik RS,* br. 96/19); https://www.srbija.gov.rs/extfile/sr/437310/strategy_artificial_intelligence-condensed261219_2.docx

Vlada RS (2021). *Akcioni plan za period 2020-2022 za primenu Strategije razvoja veštačke inteligencije u RS za period 2020-2025* (Action plan for the implementation of the AI Strategy RS for the period 202-2025), *Službeni glasnik RS,* br. 96/19; https://pravno-informacioni-sistem.rs/eli/rep/sgrs/vlada/drugiakt/2020/81/1/reg

Zaključak Vlade RS (2023). *Etičke smernice za razvoj, primenu i upotrebu pouzdane i odgovorne veštačke inteligencije* (Ethical Guidelines for the

development, deployment and application of trutworthy and responsible AI), *Službeni glasnik RS,* br.23/2023; http://demo.paragraf.rs/demo/combined/Old/t/t2023_03/SG_023_2023_007.htm

NIQA/National Institute for Quality Assessment (2024). *Okvir digitalnih kompetencija: nastavnik za 21.ve*k (Digital Competences Framework), Zavod za vrednovanje kvaliteta obrazovanja i vaspitanja, Beograd, https://ceo.edu.rs/wp-content/uploads/2024/02/2024_ODK_Nastavnik-za-digitalno-doba-2023-1.pdf

Forbes Serbia (2024). Vlada Srbije obrazuje savet sa veštačku intelingenciju (Serbian Government establishes the AI Council, 25 jul 2024, https://forbes.n1info.rs/vesti/vlada-srbije-obrazuje-savet-za-vestacku-inteligenciju/

NIN (2024). Srbija i AI: Na papiru lideri, u praksi pretposlednji (Serbia and AI: Leaders in theory, last in practice), 3 jul 2024; M. Jovanovic, https://www.nin.rs/ekonomija/vesti/52273/srbija-ulaze-u-razvoj-vestacke-inteligencije-ali-ne-i-u-njenu-primenu

AI Institute RS/IVI (2024). About the AI Research & Development Institute, IVI/Institut za veštačku inteligenciju, Srbija, https://ivi.ac.rs/en/about-us/; https://ivi.ac.rs/en/projects/ ; https://ivi.ac.rs/en/news/

AI Platform RS (2024). AI Platform, Government RS; https://www.ai.gov.rs/tekst/en/95/national-ai-platform.php; AI in Master Studies; https://www.ai.gov.rs/tekst/en/107/ai-in-master-studies.php

Online sources

Digiexam (2024). Advantages and Disadvantages of AI in Education (N.Vernersson), (accessed 25.11.2024) https://www.digiexam.com/blog/advantages-and-disadvantages-of-artificial-intelligence-in-education

PowerSchool (2024). The Ultimate Guide to AI in Education: Benefits, challenges & real-world uses, 29 Oct. 2024, https://www.powerschool.com/blog/ai-in-education/ accessed 25.11.2024

University Canada West (2024). Advantages and Disadvantages of AI in Education (B. Clugston), 19 July 2024; https://www.ucanwest.ca/blog/education-careers-tips/advantages-and-disadvantages-of-ai-in-education/, accessed 20.11.2024

Eurostat (2024). Artificial intelligence by NACE Rev.2 activity: Statistical classification of economic activities in the EC, 2023 (update 24.9.2024): https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/isoc_eb_ain2/default/bar?lang=en ; https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/eq_dsklo8/default/bar?lang=en&category=eq.eq_educ.eq_dskl, accessed 28.11.2024

Cisco (2024). AI Readiness Assessment; https://www.cisco.com/c/m/en_us/solutions/ai/readiness-index/assessment-tool.html

CPS/Chicago Public Schools (2023). AI Guidebook; https://www.cps.edu/globalassets/cps-pages/initiatives/ai-guidebook/cps-ai-guidebook-2024.pdf

Financial Times (2022).Beware the rise of the black box algorithm (S. Bush), 20 Sept. 2022; (accessed 25.11.2024) https://www.ft.com/content/3d5556c5-520e-497a-aa5e-2546c5bc50cf

FLI /Future of Life Institute (2023). Pause Giant AI Experiments: An Open Letter (22 March 2023); https://futureoflife.org/open-letter/pause-giant-ai-experiments/

Guardian (2015). Artificial Intelligence: a strong concern (S. Dredge), 29 Jan. 2015; (accessed 15.11.2024) https://www.theguardian.com/technology/2015/jan/29/artificial-intelligence-strong-concern-bill-gates

IBM (2024). What is artificial intelligence (AI)? (16 August 2024); https://www.ibm.com/topics/artificial-intelligence

IBM (2023) Understanding the different types of artificial intelligence, IBM Data and AI Team, 12 Oct. 2023; https://www.ibm.com/think/topics/artificial-intelligence-types

ISO (2024) What is artificial intelligence (AI)? International Organization for Standardization (online), https://www.iso.org/artificial-intelligence/what-is-ai (accessed 8. 10. 2024

OED/Oxford English Dictionary (2023). Artificial Intelligence, In: *Oxford English Dictionary* (online) https://www.oed.com/dictionary/artificial-intelligence_n?tab=meaning_and_use#38531565 (accessed 10.10. 2024)

PF Pedagogical Faculty Vranje (2024). Education and Artificial Intelligence – Book of Abstracts, 1st International Scientific Conference *Education and Artificial Intelligence* (EDAI 2024), Pedagogical Faculty in Vranje, University of Niš, 29-30 Nov. 2024; https://www.pfvr.ni.ac.rs/wp-content/uploads/2024/11/Book-of-Abstracts-2024.pdf; https://www.pfvr.ni.ac.rs/wp-content/uploads/2024/11/EDAI-2024-Conference-Program_final1.pdf

SmythOS (2024). Understanding Utility-Based AI Agents and their Applications. (A. de Ridder), 31.Oct.2024); https://smythos.com/ai-applications/process-automation/utility-based-ai-agents/

TechTarget (2024). The History of Artificial Intelligence: Timeline, (R. Karijian), 24 Sept. 2024; https://www.techtarget.com/searchenterpriseai/tip/The-history-of-artificial-intelligence-Complete-AI-timeline.

UK DfE/UK Department for Education (2023). Policy Paper: Generative AI in Education, UK Department for Education, 29 March 2023; https://www.gov.uk/government/publications/generative-artificial-intelligence-in-education/generative-artificial-intelligence-ai-in-education

UK JCQ/Joint Council for Qualifications (2023). Artificial Intelligence Use in Assessments: Protecting the Integrity of Qualifications, Guidance for Teachers & Assessors, 26 April 2023; https://www.jcq.org.uk/wp-content/uploads/2024/07/AI-Use-in-Assessments_Feb24_v6.pdf

University of Cape Town (2024). AI for Teaching and Learning, Center for Innovation in Learning &Teaching/CILT, Uni Cape Town, https://cilt.uct.ac.za/teaching-resources/artificial-intelligence-teaching-learning

Digital Serbia Initiative (2024). *Kurs veštačke inteligencije i prompt inženjeringa* (AI and Prompt Engineering, 19.6. 2024, https://www.dsi.rs/osnazite-svoje-digitalne-vestine-predstavili-smo-kurs-vestacke-inteligencije-i-prompt-inzenjeringa/

Fakultet tehničkih nauka NS (2024): *Zbornik radova: Nastavnici i saradnici kao centar promena u visokom obrazovanju* (Teaching Staff as the center of change in higher education), FTN, Univerzitet u Novom Sadu, Feb. 2024; http://www.trend.uns.ac.rs/stskup/trend_2024/TREND2024-ZBORNIK-RADOVA.pdf

Gordana Ignjatović,
Predavač Engleskog jezika pravne struke,
Pravni fakultet, Univerzitet u Nišu,
Republika Srbija

VEŠTAČKA INTELIGENCIJA U OBRAZOVANJU: REGULATORNI OKVIRI NA MEĐUNARODNOM, REGIONALNOM I NACIONALNOM NIVOU

Rezime

Veštačka inteligencija (Artificial Intelligence) ima predispozicije da transformiše obrazovanje i oblikuje novu paradigmu učenja. Multidimenzionalni proces integracije veštačke inteligencije (VI) u oblast obrazovanja obuhvata sagledavanje raznih tehnološko-razvojnih, ekonomskih, pravnih, socijalnih i pedagoških izazova. Ovaj rad prikazuje rezultate istraživanja o veštačkoj inteligenciji u obrazovanju, sa fokusom na dokumentima usvojenim na međunarodnom, regionalnom i nacionalnom nivou. Relevantne međunarodne, regionalne i nacionalne institucije nastojale su da mapiraju njen konceptualni okvir, tipologiju i ključnu tematiku kako bi kreirale okvir za njeno regulisanje i odgovornu primenu. U oblasti obrazovanja, međunarodne i regionalne institucije usvojile su dokumente koji mogu biti korisni prilikom kreiranja nacionalnih politika, propisa i smernica za upotrebu veštačke inteligencije u obrazovanju. U tom kontekstu, prvi deo rada predstavlja konceptualni okvir veštačke inteligencije (VI) i ključne pojmove povezane sa VI tehnologijom. Drugi deo rada daje pregled regulativnih okvira kojima se ova tematika uređuje na međunarodnom nivou (OECD, UNESCO), regionalnom nivou (EU, CoE) i nacionalnom nivou (Srbija), sa posebnim osvrtom na dokumenate kojima se uređuje upotreba veštačke inteligencije u oblasti obrazovanja. U trećem delu se sumiraju ključne prednosti i mogućnosti, nedostaci i rizici upotrebe VI u obrazovanju, i razmatraju faktori koje treba uzeti u obzir prilikom odlučivanja o adekvatnom obliku integracije VI u obrazovni proces. U završnim napomenama, uz sumiranje ključnih nalaza, ukazuje se na važnost uravnotežene i odgovorne primene VI tehnologija u obrazovanju, u skladu sa najvišim etičkim principima, pedagoškim standardima i garancijama zaštite ljudskih prava. Pažljivo osmišljeni regulatorni okvir, odgovarajuća infrastrukura, resursi, konstantna podrška, smernice, kao i praktična obuka svih aktera radi sticanja adekvatnih kompetencija su nužne u kontekstu promovisanja transparentne, odgovorne i sigurne upotrebe veštačke inteligencije u oblasti obrazovanja.

Ključne reči*: veštačka inteligencija (VI), VI tehnologije, regulatorni okvir, etički principi, obrazovanje.*

II RADOVI DOKTORANADA

UDK: 340.13:[347.151-053.31:[614.213:618](497.11)
UDK: 342.7-053.31(497.11)
Originalni naučni rad
Rad primljen: 07.11.2024.
Rad prihvaćen: 26.11.2024.
DOI: 10.5937/zrpfn1-54623

Bojana Arsenijević, [*]
Asistent,
Pravni fakultet, Univerzitet u Nišu, Republika Srbija

ANALIZA PRIMENE ZAKONA O NESTALIM BEBAMA [**]

Apstrakt*: Zakon o utvrđivanju činjenica o statusu novorođenih beba za koje se sumnja da su nestale iz porodilišta u Republici Srbiji stupio je na snagu 2020. godine. Rad analizira rezultate primene zakona, kao prvi svoje vrste. Istraživanje je obuhvatilo praksu četiri nadležna suda u državi – viših sudova u Nišu, Kragujevcu, Beogradu i Novom Sadu. Primenom statističkog metoda i metoda slučajnog uzorka autorka razmatra rezultate primene zakona.*

Usvajanje posebnog zakona, čiji je predmet uređenje postupka za utvrđivanje činjenica o nestanku beba i za dosuđivanje naknade nematerijalne štete, imalo je dva cilja. Prvi, da konačno reši problem nepouzdanih informacija o statusu beba za koje se sumnja da su nestale i dosudi naknadu nematerijalne štete licima čije je pravo na porodičan život povređeno. Drugi, da ispuni obaveze iz presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Zorica Jovanović protiv Srbije. Prekluzivan karakter roka za podnošenje predloga radi utvrđivanja činjenica, kratak period roka i načelo hitnosti u vođenju ovih vanparničnih postupaka trebalo je da ukažu na značaj koji je dat rešavanju pitanja statusa beba za koje se sumnja da su nestale. Sprovedeno istraživanje je pokazalo da zakon nije ostvario svoju svrhu.

Ključne reči*: Evropski sud za ljudska prava, opšte mere, obaveza države, statistički podaci, empirijsko istraživanje, naknada nematerijalne štete.*

[*] a.bojana@prafak.ni.ac.rs ; ORCID 0000-0002-3919-5322.
[**] Rad je nastao kao rezultat finansiranja od strane Ministarstva nauke, tehnološkog razvoja i inovacija RS, po Ugovoru evidencioni broj 451-03-65/2024-03/200120 od 05.02.2024. godine.

1. Uvod

Zakon o utvrđivanju činjenica o statusu novorođenih beba za koje se sumnja da su nestale iz porodilišta u Republici Srbiji usvojen je 2020. godine.[1] Primena zakona bila je ograničena prekluzivnim rokom predlozi za pokretanje postupka radi utvrđivanja činjenica o statusu mogli su da se podnesu u roku od šest meseci od stupanja zakona na snagu. Imajući u vidu da je protekao rok za pokretanja postupaka, kao i da je proteklo razumno pretpostavljeno vreme za okončanje prvostepenih i drugostepenih postupaka u ovim pravnim stvarima, sprovedeno je empirijsko istraživanje o rezultatima primene zakona. Vrednost empirijskog istraživanja leži u saznanjima kako pravo zaista deluje u praksi, pored upoznavanja normativnog izraza prava u oblasti kojoj pridajemo pažnju (Milić, 2019: 96). Istraživanje je sprovedeno primenom statističkog metoda i metoda slučajnog uzorka. Ono pruža prvi uvid u rezultate primene Zakona o nestalim bebama, čime proširuje bazu empirijskih istraživanja prava u Srbiji novom i neispitanom temom.[2] Evropski sud za ljudska prava u presudi *Zorica Jovanović protiv Srbije* iz 2013. godine utvrdio je povredu prava garantovanih Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, dosudio je naknadu nematerijalne štete podnositeljki predstavke i utvrdio obavezu države da uspostavi mehanizam za otklanjanje sličnih povreda.[3] Taj mehanizam trebalo je da obezbedi Zakon o nestalim bebama, kroz postupak za utvrđivanje činjenica i naknadu nematerijalne štete, i kroz uspostavljanje Komisije za prikupljanje činjenica o statusu novorođene dece za koju se sumnja da su nestala iz porodilišta u Republici Srbiji. Proklamovana svrha zakona opredeljuje značaj sprovedenog empirijskog istraživanja, pružanjem odgovora na pitanje da li je država Srbija ispunila svoje obaveze iz presude *Zorica Jovanović protiv Srbije*.

U radu su prvo objašnjeni ciljevi usvajanja i bitne karakteristike Zakona o nestalim bebama (poglavlja dva i tri), a potom je pažnja usmerena ka metodama empirijskog istraživanja

1 *Sl. glasnik RS*, 18/2020. U nastavku koristićemo uvreženi naziv Zakon o nestalim bebama.

2 Milić pruža kratak uvid u sprovedena empirijska istraživanja prava u Srbiji, koja pretežno pripadaju oblasti krivičnog prava i kriminologije, sociologije prava i ekonomske analize prava (Milić, 2019: 108, 109).

3 *Zorica Jovanović v. Serbia* (App. no. 21794/08) 26. 3. 2013. Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda iz 1950. godine ratifikovana je i deo je domaćeg pravnog sistema od 2003. godine. Zakon o ratifikaciji sa protokolima, Sl. list SCG – Međunarodni ugovori, 9/2003, 5/2005 i 7/2005 – ispr. i *Sl. glasnik RS* – Međunarodni ugovori, 12/2010 i 10/2015. U nastavku, Evropska konvencija.

(poglavlja četiri i pet). Centralni deo rada predstavljaju razultati primene zakona, čiji prikaz je radi preglednosti podeljen na statističke i kvalitativne podatke (poglavlje šest). U zaključku su predstavljeni najznačajniji nalazi istraživanja i komentari istraživačice.

2. Ciljevi usvajanja Zakona o nestalim bebama

Zakon o nestalim bebama u čl. 2 proklamovao je dva cilja. Prvonavedeni cilj jeste utvrđivanje činjenica pogodnih da se utvrdi istina o statusu novorođene dece za koju se sumnja da su nestala iz porodilišta u Republici Srbiji, na osnovu dokaza koji se izvedu i podataka koji se prikupe u sudskom postupku od državnih i drugih organa, roditelja i drugih lica. Zatim, istaknuto je da je cilj zakona i izvršenje obaveze Republike Srbije iz presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Zorica Jovanović protiv Srbije*. Redosled u navođenju treba da ukaže na prioritetni značaj prvonavedenog cilja, ali u konkretnom slučaju hijerarhija ciljeva se ne može utvrđivati. Prvi cilj predstavlja ispunjenje obaveze države prema svojim građanima, drugi cilj predstavlja ispunjenje obaveze države prema Evropskom sudu za ljudska prava. Međutim, sama obaveza je nametnuta upravo u interesu građana Srbije, radi rešavanja pravne situacije koja je razlog obraćanja građana Srbije Evropskom sudu za ljudska prava. Stoga je ostvarenje oba cilja suštinski povezano, kao dve strane jedne medalje – suštinska i formalna svrha usvojenog zakona.

U domaćem društvu već više od polovine veka nerešeno je pitanje „nestalih beba". Reč je o slučajevima kada je roditeljima rečeno da je njihova beba preminula u zdravstvenoj ustanovi, nakon rođenja ili lečenja, ali bez mogućnosti da vide telo deteta ili da ga preuzmu radi sahrane. Procedura preuzimanja tela deteta od strane porodice nije bila regulisana zakonom. Tokom 2001. i 2002. godine mediji su izveštavali o susretu bliznakinja razdvojenih po rođenju, pri čemu je roditeljima bilo rečeno da je druga beba preminula; o intervjuu sa porodicom kojoj je lekar nudio prodaju bebe iz porodilišta, kao i o drugim sličnim slučajevima.[4]

Specifične okolnosti ovih slučajeva, da su roditelji ostali uskraćeni za vizuelnu potvrdu da je njihovo dete preminulo, izostanak pisanih informacija o smrti, kao i učestalost vesti o prodaji beba iz porodilišta, razvili su sumnju kod roditelja da su njihove bebe nestale prodate u lancu trgovine ljudima, radi nelegalnog usvojenja u Srbiji

4 Izvodi iz starih novinarskih članaka dostupni su na http://www.kradjabeba.org/002002.html. Pristup 10. 10. 2024.

ili inostranstvu. Slučajevi datiraju još od pedesetih godina prošlog veka, a najbrojniji bili su tokom osamdesetih i devedesetih. Procenjuje se da je nestalo više hiljada dece.[5]

Kao posledica ovih dešavanja, osnovano je nekoliko udruženja građana-roditelja koji tragaju za svojom decom.[6] Roditelji su tražili informacije od medicinskih centara i uprava lokalne samouprave. U pojedinim slučajevima takva potraga otkrila je značajne neusaglašenosti događaja – da nedostaje podatak o uzroku smrti ili o proceduri sahranjivanja, ili da nedostaje upis činjenice smrti u matične knjige. Kako nije potvrđeno da su bebe preminule, roditelji su podnosili krivične prijave protiv medicinskog osoblja, ali su one odbacivane zbog zastarelosti krivičnog gonjenja ili nedostupnosti zvaničnih podataka o nestanku dece. Odgovarajući na zahteve građana, državni organi u par navrata posvećivali su pažnju ovom problemu, ali bez pružanja rešenja.[7] Održavanje *status quo* usmerilo je roditelje da se obrate predstavkama Evropskom sudu za ljudska prava.

Presudom *Zorica Jovanović protiv Srbije* iz 2013. godine Evropski sud za ljudska prava utvrdio je da je država Srbija povredila pravo na

5 Procena udruženja roditelja koji tragaju za svojom decu jeste da je u ovom periodu nestalo više hiljada dece. Dostupno na: http://nestalebebe.com/onama.php. Pristup 10. 10. 2024.

6 Primerice, Udruženje „Roditelji nestalih beba Srbije", Udruženje roditelja nestalih beba Vojvodine, Udruženje za zaštitu prava roditelja koji sumnjaju da su im deca oteta u porodilištima i dece koja traže biološke roditelje „Nestale bebe Beograda", Udruženje za istinu i pravdu o bebama i Beogradska grupa roditelja nestalih beba.

7 Tokom 2005. godine roditelji su se obratili Narodnoj skupštini radi rešavanja pitanja nestanka njihove dece. Narodna skupština je iste godine obrazovala Anketni odbor, kao privremeno telo čiji je zadatak bio utvrđivanje istine o novorođenoj deci nestaloj iz porodilišta u više gradova u Srbiji (Odluka o obrazovanju Anketnog odbora radi utvrđivanja istine o novorođenoj deci nestaloj iz porodilišta u više gradova u Srbiji, *Sl. glasnik RS*, 44/2005). Izveštaj Anketnog odbora, čijim usvajanjem je odbor prestao da postoji, nije mogao da pruži odgovor na to pitanje. Tokom 2010. godine predsednik Narodne skupštine formirao je radnu grupu za izradu predloga zakona radi stvaranja formalno-pravnih uslova za postupanje nadležnih organa po prijavama o nestanku novorođene dece iz porodilišta. Zaključak radne grupe bio je da su već izvršene potrebne izmene zakona u oblasti medicinskih procedura i evidencija, a da eventualne izmene krivičnog zakona u smislu produžavanja vremena trajanja roka zastare krivičnog gonjenja za ranije izvršena krivična dela nisu moguće zbog ustavnih garancija pravne sigurnosti. Prema čl. 34 Ustava (*Sl. glasnik RS*, 98/2006), kazne se određuju prema propisu kada je krivično delo učinjeno, izuzev kada je kasniji propis povoljniji za učinioca. Iste godine i Zaštitnik građana pripremio je izveštaj, sa glavnom preporukom koja se ticala usvajanja posebnog zakona radi utvrđivanja istine o sudbini nestalih beba.

poštovanje porodičnog života Zorice Jovanović, kao majke, zbog neuspeha države da pruži informacije o sudbini njenog sina.[8] Sud je zauzeo stav da utvrđeno činjenično stanje predstavlja povredu pozitivne obaveze države u vezi poštovanja prava na porodični život iz čl. 8 Evropske konvencije. Na kraju ovog pravnog puta, pitanje roditelja o sudbini nestalog deteta je ostalo nerešeno, ali je konstatovano da je takva situacija suprotna standardima zaštite ljudskih prava u evropskom pravnom prostoru i dosuđena je naknada nematerijalne štete u iznosu od 10.000 evra. Tuženoj državi Srbiji presudom je nametnuta obaveza uspostavljanja mehanizma za obezbeđenje pojedinačnog obeštećenja svim roditeljima u istim ili sličnim situacijama, obuhvatajući pružanje pouzdanog odgovora o sudbini svakog deteta i odgovarajuću naknadu, kada je to pravično.[9]

Zakon o nestalim bebama usvojen je sa proklamovanim ciljem da konačno reši pitanja o statusu novorođenih beba za koje se sumnja da su nestala iz porodilišta, i da time istovremeno ispuni obaveze nametnute presudom *Zorica Jovanović protiv Srbije*. S obzirom na njegovu svrhu, Draškić (2020: 33) simbolično označava usvajanje zakona trećim činom afere „nestale bebe" u Srbiji. Primena zakona je činjenično ograničena na slučajeve u kojima je do povrede prava na poštovanje porodičnog života došlo na isti ili sličan način kao u predmetu *Zorica Jovanović protiv Srbije*. Stoga nisu obuhvaćeni svi slučajevi nestalih beba koje roditelji još uvek traže.

3. Bitne karakteristike Zakona o nestalim bebama

Zakon uređuje postupak za utvrđivanje činjenica pogodnih da se utvrdi istina o statusu novorođene dece za koju se sumnja da su nestala iz porodilišta ili zdravstvenih ustanova u Srbiji i postupak za dosuđivanje pravične novčane naknade nematerijalne štete. Očigledan

8 Presuda je otvorila nekoliko zanimljivih pitanja, koja su se ticala *ratione tem- poris* primenljivosti Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda i iscrpljenosti domaćeg pravnog puta (Draškić, 2017: 35–39). Konvencija je stupila na snagu u Srbiji 3. marta 2004. godine, ali su se predmetni događaji odigrali godinama pre ovog datuma. Sud se pozvao na ranije usvojeni stav da je Konvencija primenljiva na trajne situacije, te da pozitivna obaveza države postoji čak i pogledu događaja koji su se odigrali pre ratifikacije Konvencije, ukoliko sudbina nestalih osoba nije i dalje poznata. Jedan od prigovora države ticao se neiscrpljenosti domaćih pravnih lekova jer podnositeljka predstavke nije lično iskoristila nijedno pravno sredstvo. Sud je našao da se, u smislu razmatranja povrede prava na poštovanje porodičnog života, pravna sredstva koja je koristio njen suprug pripisuju i podnositeljki predstavke.

9 *Zorica Jovanović v. Serbia* (App. no. 21794/08) 26. 3. 2013. para. 84, 92.

stav zakonodavca bio je da je vođenje takvog vanparničnog postupka adekvatni mehanizam za pružanje pouzdanih podataka roditeljima koji sumnjaju da su njihova novorođena dece nestala. Krug nadležnih sudova za vođenje ovih postupaka usko je određen: nadležna su četiri viša suda u državi, i to viši sudovi u Nišu, Kragujevcu, Beogradu i Novom Sadu, prema području nadležnosti pripadajućeg apelacionog suda.[10] Određivanje malog broja nadležnih sudova za vođenje ovih postupaka vođeno je idejom da se spreči raznolikost sudske prakse. Funkcionalna nadležnost pripada sudiji pojedincu. Sudije su bile dužne da prođu posebnu obuku za rad u ovim predmetima, koju je sprovela Pravosudna akademija.[11]

Predlog za utvrđivanje činjenica, kojim se pokreće ovaj jedno- stranački vanparnični postupak, mogao je podneti roditelj, lice koje sumnja u svoje poreklo, kao i brat, sestra, deda ili baba nestalog deteta ukoliko nijedan roditelj nije živ. Predlog u ime ovih lica mogao je da podnese i Zaštitnik građana. Uslov za razmatranje predloga roditelja bio je da se roditelj do dana stupanja na snagu zakona obraćao državnim organima ili porodilištu radi saznanja činjenica o detetu. U suprotnom, predlog se odbacuje. Navedeni uslov se ne postavlja u odnosu na ostale predlagače. U predlogu je mogao biti istaknut i zahtev za dosuđivanje pravične novčane naknade nematerijalne štete zbog povrede prava na porodični život. Visina pravične novčane naknade bila je ograničena na 10.000 evra u dinarskoj protivvrednosti prema zvaničnom srednjem kursu Narodne banke Srbije na dan donošenja rešenja suda.[12]

Rok za podnošenje predloga bio je ograničen na šest meseci od početka primene zakona, zaključno sa 3. 11. 2020. godine.[13] Ukoliko predlog ne odbaci kao neblagovremen ili nedopušten, sud odlučuje donošenjem

10 Članovi 1 i 3 Zakona o nestalim bebama.

11 Članovi 4 i 5 Zakona o nestalim bebama.

12 Članovi 15, 16 i 25 Zakona o nestalim bebama. Ograničenje gornje granice novčane naknade nematerijalne štete ima očigledno uporište u presudi *Zorica Jovanović protiv Srbije*.

13 Član 17 Zakona o nestalim bebama. Zakon je stupio na snagu 11. 3. 2020. godine, te je prema zakonskoj odredbi poslednji dan roka za podnošenja predloga bio 11. 9. 2020. godine. Međutim, na teritoriji Republike Srbije bilo je proglašeno vanredno stanje 15. 3. 2020. godine (Odluka o proglašenju vanrednog stanja, *Sl. glasnik RS*, 29/2020), koje je ukinuto 6. 5. 2020. godine (Odluka o ukidanju vanrednog stanja, *Sl. glasnik RS*, 65/2020). Rokovi za pokretanje sudskih postupaka prestali su teći za vreme vanrednog stanja (Uredba o rokovima u sudskim postupcima za vreme vanrednog stanja proglašenog 15. 3. 2020. godine, *Sl. glasnik RS*, 38/2020). Vanredno stanje je trajalo 53 dana, koliko i zastoj toka roka za podnošenje predloga, te je poslednji dan roka za podnošenje predloga bio 3. 11. 2020. godine.

rešenja. Status nestalog deteta određuje se rešenjem o usvajanju predloga tako što se utvrđuju činjenice o njegovoj smrti ili činjenice koje objašnjavaju šta se sa nestalim detetom dogodilo. Ukoliko se takve činjenice ne mogu utvrditi, donosi se rešenje kojim se konstatuje da ne može da se utvrdi status nestalog deteta.[14] Protiv prvostepenog rešenja može se izjaviti žalba, a protiv drugostepenog rešenja revizija nije dozvoljena.[15]

4. Predmet, cilj i metodi empirijskog istraživanja

Protekom roka za podnošenje predloga za pokretanje postupka radi utvrđivanja činjenica o statusu beba za koje se sumnja da su nestale i radi dosuđivanja naknade nematerijalne štete, pojedine odredbe Zakona o nestalim bebama prestale su da važe. Imajući u vidu svrhu zakona, da utvrdi status dece za koju se sumnja da su nestala i da time država ispuni svoje obaveze utvrđene presudom *Zorica Jovanović protiv Srbije*, opravdano je pitanje koji su rezultati primene zakona. Drugim rečima, ukoliko je svrha zakona bila da reši pitanje statusa „nestalih beba" u domaćem društvu, važno je ispitati da li je zakon u tome uspeo u praksi. Predmet sprovedenog istraživanja jeste sagledavanje rezultata primene Zakona o nestalim bebama. Vremenski okvir istraživanja određen je važenjem odredaba Zakona o nestalim bebama za pokretanje postupaka za utvrđivanje činjenica i za naknadu nematerijalne štete.[16] Predlog za pokretanje postupka za utvrđivanje činjenica, koji predstavlja osnovno pravno sredstvo ostvarivanja zaštite u ovim pravnim stvarima, mogao je biti podnet nadležnom sudu od 11. 3. 2020. do 3. 11. 2020. godine. Istraživanje je obuhvatilo sve postupke pokrenute u ovom periodu, pred sva četiri nadležna suda u državi. Na taj način, istraživanje je težilo sveobuhvatnom ispitivanju rezultata primene zakona.

Cilj istraživanja jeste ispitivanje da li je zakon ostvario svoju proklamovanu svrhu – utvrđivanje činjenica o statusu novorođenje dece za koju se sumnja da su nestala i, samim tim, ispunjenje obaveze države iz presude *Zorica Jovanović protiv Srbije*. Empirijsko istraživanje sprovedeno je primenom statističkog metoda i metoda slučajnog uzorka.

14 Član 23 Zakona o nestalim bebama.

15 Članovi 26 i 27 Zakona o nestalim bebama.

16 Slična empirijska istraživanja, čiji je predmet ispitivanja primena određenog zakona kao celine, uglavnom imaju utvrđen vremenski okvir primene zakona koji sagledavaju. Navodimo kao primer istraživanje o primeni Zakona o sprečavanju nasilja u porodici, koje je obuhvatilo šestomesečni period pre primene zakona i uporedni šestomesečni period nakon početka primene zakona (Mojašević, Arsenijević, 2018: 445–462).

Adekvatnost izabranih metoda ogleda se u njihovoj mogućnosti da pruže sliku o rezultatima primene zakona, poštujući načelo tajnosti koje važi u ovim postupcima.

Pripremljeni su posebni obrasci za prikupljanje statističkih podataka o rezultatima primene zakona.[17] Prikupljeni su sledeći statistički podaci: o podnetim predlozima, o vrsti predlagača, o rešenjima prema vrsti, o istaknutim zahtevima za naknadu nematerijalne štete, o odlukama povodom zahteva i o izjavljenim žalbama, kao i o potvrđenim prvostepenim rešenjima.

Metodom slučajnog uzorka istraživanje je obezbedilo uvid u način vođenja postupaka, izreke sudskih odluka i njihova obrazloženja, sa naročitim osvrtom na odlučivanje povodom zahteva za naknadu nematerijalne štete. Zahtev upućen sudovima za dostavljanje pravnosnažnih rešenja sadržao je uslov da uzorak nužno obuhvati po jedno rešenje kojim je zahtev za naknadu usvojen, odnosno odbijen, uz odluku kojom su utvrđene činjenice o statusu deteta i uz odluku kojom je konstatovano da se ne može utvrditi status deteta. Takođe, zahtev je sadržao i uslov da uzorak obuhvati i jedan par prvostepenog i drugostepnog rešenja u ovim postupcima. Na taj način težilo se upoznavanju svih aspekata odlučivanja suda o zahtevu za dosuđivanje naknade nematerijalne štete i osigurala se reprezentativnost uzorka. Viši sudovi u Nišu, Kragujevcu i Beogradu dostavili su pravnosnažna rešenja doneta u postupcima vođenim na osnovu Zakona o nestalim bebama, sa anonimiziranim ličnim podacima i bez otkrivenih podataka o činjenicama koje su bile predmet utvrđivanja u toku postupka.[18] Istraživanje metodom slučajnog uzorka tako je obuhvatilo 27 predmeta.[19]

17 Popunjene obrasce poslali su viši sudovi u Kragujevcu, Beogradu i Novom Sadu. Viši sud u Nišu istakao je da bi odgovaranje na zahtev za dostavu podataka ugrozilo obavljanje osnovne nadležnosti suda usled opterećenosti zaposlenih u pisarnici. Takav odgovor iziskivao je lično angažovanje istraživačice radi prikupljanja podataka u pisarnici Višeg suda u Nišu. Međutim, s obzirom na ranije sastavljeni izveštaj o primeni Zakona o nestalim bebama, koji je Viši sud u Nišu dostavio Pravosudnoj akademiji tokom aprila 2023. godine, potrebni statistički podaci prikupljeni su na osnovu izveštaja i i statističkih pregleda koji su dostupni u AVP sistemu.

18 Odgovor Višeg suda u Novom Sadu bio je da ne može dostaviti rešenja zbog zaštite podataka o ličnosti i tajnosti podataka.

19 Dostavljeno je ukupno 21 prvostepeno rešenje i 3 prvostepena rešenja sa pratećim drugostepenim rešenjem kojim je odbijena žalba (dakle, 21 prvostepeno + 3 prvostepena + 3 drugostepena). Viši sud u Beogradu dostavio je 10 prvostepenih rešenje i jedno drugostepeno rešenje (R5 3/20, R5 44/20, R5 46/20 i drugostepeno rešenje Gž 27/23, R5 116/20, R5 120/20, R5 175/20, R5 184/20, R5 199/20, R5 281/20, R5 8/21).

5. Zorica Jovanović protiv Srbije – primer činjeničnog stanja

Prema čl. 10 Zakona o nestalim bebama, podaci koji su tiču okolnosti nestanka deteta i utvrđivanja njegovog statusa predstavljaju tajne podatke, te oni nisu predmet analize ovog rada. Radi potpune slike na koji način su se događaji odvijali i zbog čega se govori o „nestalim bebama", navodimo kao primer činjenično stanje iz presude *Zorica Jovanović protiv Srbije*.[20]

Zorica Jovanović rodila je zdravog dečaka 28. oktobra 1983. godine u Kliničkom centru Ćuprije, sa kojim je imala redovan kontakt u skladu sa bolničkim procedurama dva dana. Otpuštanje iz porodilišta bilo je najavljeno za 31. oktobar. Međutim, tog jutra, oko 6.30 časova, Zorici Jovanović je rečeno da je beba preminula i da je telo poslato za Beograd na obdukciju, ali rezultate nikad nije dobila. Telo bebe nije videla, a o sahrani nije obaveštena. Kako su mediji od 2001. godine počeli da izveštavaju o brojnim slučajevima sumnjivog nestanka beba iz porodilišta, Zorica Jovanović uputila je zahtev Kliničkom centru Ćuprije za dostavu svih informacija o smrti njenog sina. Prema izveštaju Kliničkog centra, njen sin je preminuo u *7.15* časova 31. oktobra 1983. godine, od nepoznatog uzroka. Navedeno je da je ostala dokumentacija uništena u poplavama koje su se dogodile u međuvremenu. Sa istim opravdanjem uništene dokumentacije, uskraćena je informacija da li je i gde je telo deteta sahranjeno. Od opštinske uprave Ćuprije dobila je informaciju da matična služba ima zabeleženu činjenicu rođenja njenog sina, ali ne i činjenicu smrti. Opštinska uprava u dva navrata potvrdila je da Klinički centar Ćuprije nije prijavio činjenicu smrti deteta. Muž Zorice Jovanović podneo je krivičnu prijavu protiv medicinskog osoblja Kliničkog centra Ćuprije zbog otmice deteta, ali je prijava odbačena jer postoje dokazi da je dete preminulo, odnosno da na to upućuje navedeni izveštaj Kliničkog centra.

Viši sud u Kragujevcu dostavio je šest prvostepenih rešenja i dva drugostepena rešenja (R5 9/20, R5 21/20, R5 95/20 i drugostepeno Gž 26/21, R5 3/21, R5 3/22, R5 1/23 i drugostepeno Gž 3/23). Viši sud Nišu dostavio je osam prvostepenih rešenja (R5 1/20, R5 9/20, R5 20/20, R5 43/20, R5 58/20 i nakon ukidanja prvostepene odluke novoformirani predmet u istoj pravnoj stvari R5 1/23, R5 69/20, R5 106/20).

20 *Zorica Jovanović v. Serbia* (App. no. 21794/08) 26. 3. 2013. paras. 7–23.

6. O rezultatima primene zakona

6.1. Statistički podaci

Dostavljeni statistički podaci pružaju sledeću sliku orezultatima primene zakona.[21]

Tabela 1.

Podneti predlozi i pokrenuti sudski postupci	Viši sudu Nišu	Viši sud u Kragujevcu	Viši sud u Beogradu	Viši sud u Novom Sadu	Σ
Broj podnetih predloga do 3. 11. 2020. godine	99	143	305	104	**651**
Ukupan broj formiranih predmeta	143	158	347	140	**788**

Do isteka roka za podnošenje predloga 3. 11. 2020. godine, sudovima je podnet ukupno 651 *predlog za pokretanje postupka za utvrđivanje činjenica* o statusu deteta za koje se sumnja da je nestalo. Najveći broj predloga podnet je Višem sudu u Beogradu (305),[22] Višem sudu u Kragujevcu (143) i Višem sudu u Novom Sadu (104), dok je najmanji broj predloga podnet Višem sudu u Nišu (99). Broj formiranih sudskih predmeta veći je od navedenog broja podnetih predloga iz dva razloga. Prvi, broj predmeta obuhvata i predmete otvorene povodom predloga podnetih nakon 3. 11. 2020 godine, a koji su odbačeni kao neblagovremeni. Drugi, nakon ukidanja prvostepene odluke u drugostepenom postupku, povodom istog predloga formiran je novi predmet. Tako, ukupan broj predmeta pred Višim sudom u Beogradu je 347, u Novom Sadu 140, u Kragujevcu 158 i u Nišu 143.

Način zavođenja predmeta u sudskim evidencijama onemogućio je statističko praćenje ko je bio podnosilac predloga: da li je predlog podneo roditelj, član porodice ili lice koje sumnja u svoje poreklo. Kada bi roditelji istog deteta podneli odvojene predloge, sud je predmete spajao radi zajedničkog odlučivanja. Takođe, predloge su podnosili članovi porodice, u slučajevima kada su roditelji umrli. Zaštitnik građana podneo je tri predloga Višem sudu u Beogradu, dok pred ostalim sudovima nije podneo nijedan predlog.

21 Priložene tabele priredila je autorka.

22 Pored pomenutih 305, još sedam predloga podneto je Višem sudu u Beogradu, ali ti podaci nisu uključeni u statistički pregled jer predmeti po ovim predlozima nisu skenirani u AVP sistemu.

Табела

Odluka suda	Viši sud u Nišu	Viši sud u Kragujevcu	Viši sud u Beogradu	Viši sud u Novom Sadu	Σ
Usvojen je predlog i utvrđena je činjenica smrti	7	3	7	0	**17**
Usvojen je predlog i utvrđene su okolnosti o statusu deteta	0	0	0	0	**0**
Konstatuje se da se ne može utvrditi status deteta	68	95	183	79	**425**
Rešeno na drugi način	24	45	115	25	**209**

Tabela 2 prikazuje podatke o vrsti *rešenja* donetog u predmetima formiranim po predlozima za pokretanje postupka, podnetim do 11. 2020. godine (641). U čak 425 predmeta od ukupnog broja doneto je rešenje kojim je konstatovano da ne može da se utvrdi status deteta (65%), dok je samo u 17 predmeta utvrđena činjenica smrti deteta (3%). Ni u jednom predmetu nisu utvrđene činjenice koje objašnjavaju šta se sa nestalim detetom dogodilo. U preostalom broju predmeta (32%), rešenja su bila procesnog karaktera: oglašavanje mesne nenadležnosti suda, odbacivanje zbog neblagovremenosti, odbacivanje zbog ranijeg neobraćanja državnim organima, povučen predlog, prekid usled smrti predlagača i dr. Ovom skupu odluka pripadaju i odluke o odbijanju predloga za pokretanje postupka, iako je reč o meritornoj odluci, zato što su sve one u evidencijama suda nosile oznaku „rešeno na drugi način". Predstavljeni brojevi razloženi po pojedinačnim sudovima izgledaju drugačije, kako to prikazuje tabela 2.

Tabela 3.

Zahtev za dosuđivanje pravične novčane naknade nematerijalne štete	Viši sudu Nišu	Viši sud u Kragujevcu	Viši sud u Beogradu	Viši sudu Novom Sadu	Σ
Broj podnetih predloga	99	143	305	104	**651**
Broj predloga u kojima je istaknut zahtev	92	142	291	79	**604**
Broj predmeta u kojima je usvojen zahtev	51	97	184	72	**404**
Utvrđene činjenice i dosuđena naknada	0	3	2	0	**5**
Konstatuje se da se ne može utvrditi status deteta i dosuđena naknada	51	94	182	72	**399**
Broj predmeta u kojima je odbijen zahtev	14	1	4	6	**25**
Utvrđene činjenice i odbijen zahtev	7	0	4	0	**11**
Konstatuje se da se ne može utvrditi status deteta i odbijen zahtev	7	1	0	6	**14**
Rešeno na drugi način	27	44	103	1	**175**

Tabela 3 predstavlja koliko je *zahteva za dosuđivanje pravične novčane naknade nematerijalne štete* bilo istaknuto uz predlog za pokretanje postupka za utvrđivanje činjenica o statusu deteta za koje se sumnja da je nestalo. Gledajući ukupne brojeve, od podnetog 651 predloga, čak u 604 njih (93%) bio je istaknut zahtev za naknadu nematerijalne štete.

Zahtev za dosuđivanje pravične novčane naknade nematerijalne štete *usvojen* je u 404 predmeta, što čini 67% od ukupnog broja istaknutih zahteva. Od ovog broja, u 399 predmeta zahtev je usvojen uz odluku kojom se konstatuje da ne može da se utvrdi status deteta, a samo u pet predmeta uz odluku kojom se utvrđuju činjenice o statusu deteta. U 25 predmeta zahtev je *odbijen* (4%), i to u 11 predmeta uz odluku kojom se utvrđuju činjenice o statusu deteta i u 14 predmeta uz odluku kojom se konstatuje da se ne mogu utvrditi činjenice. U 175 predmeta odluka o predlogu bila je procesnog karaktera ili je predlog odbijen, te o zahtevu nije ni odlučivano (29%). Podaci o odlučivanju u predmetima pred pojedinačnim sudovima prikazani su u tabeli 3.

Tabela 4.

Žalba	Viši sudu Nišu	Viši sud u Kragujevcu	Viši sud u Beogradu	Viši sudu Novom Sadu	Σ
Broj predmeta u kojima je izjavljena žalba protiv prvostepenog rešenja	26	17	73	17	**133**
Broj potvrđenih prvostepenih odluka	-	11	35	11	**57**

Protiv prvostepenog rešenja izjavljena je žalba u ukupno 133 predmeta, što predstavlja 20% od ukupnog broja podnetih predloga. Prvostepeno rešenje je potvrđeno u po 11 predmeta u Novom Sadu i Kragujevcu i u 35 predmeta u Beogradu.[23] To znači da je u 43% slučajeva potvrđena prvostepena odluka. U ostalim slučajevima odluka suda bila je procesnog karaktera (žalba je odbačena ili je povučena) ili je, nakon odlučivanja u meritumu, predmet vraćen prvostepenom sudu na ponovno odlučivanje.

6.2. Kvalitativni podaci

Istraživanje metodom slučajnog uzorka obezbedilo je kvalitativni uvid u vođenje postupka i način sudijskog odlučivanja. Istraživački uzorak obuhvatio je 27 rešenja, od čega 22 pravnosnažna prvostepena rešenja. Struktura rešenja prema njihovoj vrsti je sledeća:

- dva rešenja kojim je odbačen predlog za utvrđivanje činjenica;
- dva rešenja kojima je odbijen predlog za utvrđivanje činjenica;
- tri rešenja kojima utvrđeno da je dete preminulo i usvojen je zahtev za naknadu štete;
- tri rešenja kojima je utvrđeno da je dete preminulo i odbijen je zahtev za naknadu štete;
- 14 rešenja kojima je konstatovano da se ne može utvrditi status deteta i usvojen je zahtev za naknadu štete;
- dva drugostepena rešenja kojim je odbijena žalba protiv rešenja da se ne može utvrditi status deteta i 1 drugostepeno rešenje kojim se odbija žalba protiv rešenja o odbijanju predloga za utvrđivanje činjenica.

U istraživačkom uzorku nema rešenja kojima je konstatovano da se ne može utvrditi status deteta i odbijen je zahtev za naknadu nematerijalne štete. Imajući u vidu da je dostava takvog rešenja, ako ga je bilo, tražena, zaključujemo da ih u praksi sudova nije bilo.

23 Evidencija Višeg suda u Nišu nije obezbedila ovaj podatak.

Ovakva struktura istraživačkog uzorka odgovara statističkom prikazu rezultata primene zakona, te je reprezentativnost uzorka potvrđena.

U ovim vanparničnim postupcima *javnost je isključena*, u skladu sa načelom poverljivosti iz čl. 10 Zakona o nestalim bebama. Sud može, na zahtev predlagača, da odluči da postupak u celini ili delimično bude otvoren za javnost. Samo u tri predmeta u istraživačkom uzorku postupak je bio otvoren za javnost, koja činjenica je bila navedena u uvodu rešenja. Činjenica da je javnost bila isključena u postupku nije konstatovana u ostalim rešenjima, ali s obzirom na to da je reč o pravilu u ovim postupcima, smatramo da je iz tog razloga njeno posebno isticanje izostalo.

Predlog za pokretanje postupka radi utvrđivanja činjenica odbačen je u jednom slučaju jer roditelj nije ispunjavao zakonom propisani uslov prethodnog obraćanja državnim organima ili ustanovama u vezi statusa deteta za koje sumnjaju da je nestalo. Roditelji uz predlog nisu podneli dokaz o ovoj činjenici, niti su odgovorili na zahtev suda za dostavljanje dokaza. Na osnovu obaveštenja područne policijske uprave i nadležnog javnog tužilaštva, sud je utvrdio da nema podataka da su se roditelji pre stupanja Zakona o nestalim bebama obraćali državnim organima u vezi njihovog deteta. Predlog je sadržao i zahtev za dosuđivanje pravične novčane naknade nematerijalne štete. U drugom slučaju, predlog je odbačen jer je podnet neblagovremeno, 4. 11. 2020. godine, nakon isteka zakonom utvrđenog roka od šest meseci za podnošenje predloga. U oba predmeta, predloge su podneli roditelji.

Predlog za pokretanje postupka radi utvrđivanja činjenica je *odbijen* u dva predmeta. U jednom slučaju predlog je odbijen jer iz izvedenih dokaza nije utvrđeno da je predlagač-majka zaista bila trudna u spornom periodu i da se porodila u porodilištu. Sud je u skladu sa istražnim načelom iz čl. 8 Zakona o nestalim bebama zatražio medicinsku i pravnu dokumentaciju od državnih organa i ustanova koja se odnose na trudnoću, porođaj i lečenje predlagačice radi utvrđivanja spornih činjenica. Predlagačica nije dostavila nijedan pisani dokaz o svojoj trudnoći i porođaju. Stoga je sud odbio predlog za pokretanje postupka i istaknuti zahtev za dosuđivanje pravične novčane naknade nematerijalne štete. U drugostepenom postupku, apelacioni sud je odbio žalbu i potvrdio prvostepeno rešenje.

U drugom slučaju predlog je odbijen jer je sud utvrdio da je izvršena operacija kiretaže materične duplje nakon spontanog pobačaja. U ovom predmetu sudska odluka je glasila da se utvrđuje da je izvršena navedena operacija, bez formalnog isticanja odluke o odbijanju predloga. U obrazloženju je izričito navedeno da predlagači-roditelji nisu

aktivno legitimisani za podnošenje predloga za utvrđivanje činjenica u skladu sa Zakonom o nestalim bebama. Odbijen je i zahtev za dosuđivanje pravične novčane naknade nematerijalne štete.

Sud je *utvrdio činjenicu smrti* deteta za koje su predlagači- roditelji sumnjali da je nestalo u šest slučaja. U svih šest slučajeva sud je utvrdio činjenicu da je dete preminulo na osnovu medicinske dokumentacije koju je dostavila odgovarajuća zdravstvena ustanova, odnosno na osnovu izveštaja i izvoda odgovarajuće matične službe i izveštaja pogrebnih preduzeća, nakon što je utvrdio da verodostojnost dokumentacije nije osporena i da ona nije međusobno kontradiktorna. U tri predmeta predlagač je bila majka, u dva predmeta otac i u jednom predmetu roditelji zajedno. Uz svih šest predloga bio je istaknut zahtev za dosuđivanje pravične novčane naknade nematerijalne štete.

U tri od šest predmeta gde je utvrdio činjenicu smrti deteta, sud je *dosudio pravičnu novčanu naknadu nematerijalne štete* u iznosu od 10.000 evra u dinarskoj protivvrednosti po zvaničnom kursu Narodne banke Srbije na dan donošenja rešenja, sa zakonskom zateznom kamatom od dana donošenja rešenja do konačne isplate.

U predmetu A, sud je utvrdio da je dete preminulo i mesto gde je dete sahranjeno. Zdravstvena ustanova gde se supruga predlagača porodila nije posedovala medicinsku dokumentaciju o porođaju i smrti deteta, ali su releventne činjenice utvrđene na osnovu upoređivanja podataka u izveštajima zdravstvenih ustanova gde je novorođena beba lečena, matičnih službi i pogrebnog preduzeća. Sud je usvojio zahtev za dosuđivanje naknade „nematerijalne štete zbog povrede prava na porodični život", pozivajući se na odredbe Evropske konvencije, Povelje o ljudskim i manjinskim pravima i građanskim slobodama, i Zakona o nestalim bebama. U obrazloženju sud je istakao da predlagač od rođenja deteta trpi duševne bolove „jer mu telo deteta nakon smrti nije pokazano niti predato, kako bi mogao da ga sahrani u skladu sa svojim verskim ubeđenjima i lokalnim običajima, tako da je predlagač ostao uskraćen u pravu da kao roditelj sazna konačnu istinu o sudbini svog deteta, zbog čega je izložen neprekidnoj patnji, a što mu je trajno narušilo lični i porodični život."

U predmetu B, sud je utvrdio da je dete preminulo, na osnovu dostupne medicinske dokumentacije i izveštaja nadležne matične službe, ali nije mogao da utvrdi šta se dogodilo sa telom deteta. Sud je usvojio zahtev za dosuđivanje naknade „nematerijalne štete zbog povrede prava na porodični život", i u obrazloženju istakao da predlagačica od rođenja deteta trpi duševne bolove „zbog neizvesnosti i nedostataka dokaza o činjenici šta se desilo sa telom njenog preminulog deteta", da

joj telo deteta nije pokazano niti predato, da nije dobila obaveštenje gde je dete sahranjeno niti je njena saglasnost za sahranu tražena, što ju je sve izložilo neprekidnoj patnji i trajno narušilo lični i porodični život. Prilikom odlučivanja, sud je vodio računa o kriterijumima utvrđenim u čl. 200 Zakona o obligacionim odnosima.[24]

Jednako kao i u prethodnom slučaju, u predmetu V sud je utvrdio da je dete preminulo, na osnovu dostupne medicinske dokumentacije i izveštaja nadležne matične službe, ali nije mogao da utvrdi šta se dogodilo sa telom deteta. Kao i u prethodna dva primera, sud je usvojio zahtev za dosuđivanje naknade „nematerijalne štete zbog povrede prava na porodični život". Utvrđeno je da je došlo do povrede čl. 8 Evropske konvencije „jer predlagaču nije bilo omogućeno da vidi telo svog deteta, niti je dobio bilo kakvo obaveštenje o mestu na kojem je njegovo dete sahranjeno, niti pak zvanično obaveštenje uz eventualnu saglasnost za sahranjivanjem deteta". Naročito je istaknuto da „duševni bolovi zbog povrede prava na porodičan život predstavljaju jedinstven vid štete koji obuhvata sve štetne posledice vezane za ličnost predlagača, kao oštećenog, proistekle iz nepravilnog rada državnih organa".

U tri predmeta gde je utvrdio činjenicu smrti deteta, sud je *odbio zahtev* za dosuđivanje pravične novčane naknade nematerijalne štete, koja je tražena u iznosu od 10.000 evra u dinarskoj protivvrednosti.

U predmetu G, obrazloženje suda bilo je da je utvrđeno da je „dete preminulo nakon rođenja usled zdravstvenih problema, što znači da nije nestalo iz porodilišta" i da predlagači nisu sumnjali u verodostojnost takve informacije i u upis činjenice smrti deteta u matičnoj knjizi. Zato što su takve informacije potvrđene, te su predlagači od samog porođaja imali pouzdane informacije o smrti svog deteta, to je sud zaključio da nema povrede prava na poštovanje porodičnog života. Naročito je značajno utvrđenje suda da predlagači do saznanja o udruženjima roditelja koji tragaju za svojom decom nisu sumnjali da je njihovo dete preminulo i da se nisu obraćali nijednom od državnih organa ili zdravstvenih ustanova u vezi svog deteta za koje sumnjaju da je nestalo. Međutim, sud nije odbio predlog za pokretanje postupka iz razloga jer je krivična prijava podneta nadležnom javnom tužilaštvu tokom 2021. godine, iako vreme ukazuje da je krivična prijava podneta nakon stupanja na snagu Zakona o nestalim bebama.

U predmetu D, sud je utvrdio da je dete preminulo u zdravstvenoj ustanovi i da je sahranjeno na groblju na parceli sa posebnom namenom. U obrazloženju odluke o odbijanju zahteva za nadoknadu nematerijalne

24 Sl. list SFRJ, 29/1978, 39/1985, 45/1989 – odluka USJ i 57/1989, Sl. list SRJ, 31/1993, Sl. list SCG, 1/2003 – Ustavna povelja i *Sl. glasnik RS*, 18/2020.

štete sud je istakao da nije došlo do povrede prava na porodičan život iz čl. 8 Evropske konvencije jer se majka predlagačice, koja je u vreme porođaja bila njen zakonski zastupnik, pobrinula oko sahrane preminulog deteta, što znači da joj je bilo omogućeno da vidi telo deteta i bilo joj je poznato vreme i mesto sahrane.

U pravnoj stvari Đ, sud je utvrdio činjenicu smrti deteta i odbio zahtev za naknadu nematerijalne štete u ponovljenom postupku, nakon ukidanja prvostepene odluke kojom je konstatovano da se ne može utvrditi status deteta i dosuđena naknada nematerijalne štete. Dakle, u pravnoj stvari Đ razlikujemo dva prvostepena rešenja. Prilikom prvog odlučivanja sud je istakao da javne isprave dostavljene kao dokazi nisu dovoljne da bi se utvrdio status deteta, u skladu sa čl. 18 Zakona o nestalim bebama. Ponovnom ocenom dokaza, a naročito medicinske dokumentacije koja je obuhvatala i obdukcioni nalaz, i upoređivanjem podataka sa izveštajima odgovarajućih državnih organa i javnih preduzeća, utvrđeno je da dete jeste preminulo, ali da ne može da se utvrdi gde se nalaze njegovi posmrtni ostaci. U obrazloženju odluke o odbijanju zahteva za naknadu nematerijalne štete istaknuto je da je duševna patnja predlagača-roditelja zbog gubitka deteta izvesna, ali da ne predstavlja povredu prava na porodični život jer je izostalo „neadekvatno postupanje državnih organa i javnih službi, koji su mogli da stvore sumnju šta je stvarna sudbina deteta". Takva sumnja koja bi predstavljala vid povrede prava na poštovanje porodičnog života predlagača morala bi biti „zasnovana na nedostacima i protivurečnostima u medicinskoj dokumentaciji i administrativnim upisima koji objektivno kod prosečne osobe mogu izazvati sumnju o stvarnoj sudbini novorođenog deteta". Navedeno prvostepeno rešenje doneto u ponovljenom postupku nije bilo pravnosnažno u trenutku okončanja istraživanja, te zbog datuma donošenja rešenja i proteka roka za žalbu zaključujemo da je ožalbeno.

U 13 predmeta (14, uključujući ukinutu prvostepenu odluku u pravnoj stvari Đ) sud je doneo odluku kojom *konstatuje da se ne može utvrditi status deteta* za koje se sumnja da je nestalo i dosuđena je pravična novčana naknada nematerijalne štete. Odluka se zasnivala na potpunom odsustvu medicinske dokumentacije, odnosno na medicinskoj dokumentaciji čija je verodostojnost podataka bila ugrožena, na izostanku upisa činjenice smrti u odgovarajućim matičnim službama, kao i na nedostatku izveštaja zdravstvene ustanove o kremiranju ili pogrebnih preduzeća o sahrani tela deteta. Predlagač je u sedam predmeta bila majka, u jednom predmetu otac i u pet predmeta roditelji zajedno.

Izreka rešenja Višeg suda u Beogradu imala je karakterističan oblik: nakon što je u prvom stavu rešenja konstatovano da se ne može utvrditi status deteta, u drugom stavu je utvrđena odgovornost zdravstvene ustanove gde je dete preminulo, a potom je u trećem stavu dosuđena naknada nematerijalne štete. Takvo utvrđenje odgovornosti zdravstvene ustanove nisu sadržala ostala rešenja u istraživačkom uzorku.

Kada je reč o dosuđivanju naknade nematerijalne štete, sva rešenja u istraživačkom uzorku imala su identičnu formulaciju izreke, da se dosuđuje „pravična novčana naknada nematerijalne štete zbog povrede prava na porodičan život". U devet predmeta dosuđena je naknada nematerijalne štete u iznosu od 10.000 evra u dinarskoj protivvrednosti, sa zakonskom zateznom kamatom od dana donošenja rešenja do konačne isplate. U tri predmeta dosuđena je naknada u maksimalnom iznosu od 10.000 evra u dinarskoj protivvrednosti, bez zakonske zatezne kamate, a u skladu sa opredeljenim tužbenim zahtevom. U poslednjem, trinaestom predmetu naknada je dosuđena u iznosu od 1,175.806,00 dinara, a tužbeni zahtev je u preostalom iznosu do traženih 1,200.000,00 dinara odbijen. Isplata zakonske zatezne kamate na dosuđeni iznos nije tražena. Dosuđeni iznos naknade predstavlja dinarski ekvivalent 10.000 evra po srednjem kursu Narodne banke Srbije na dan donošenja rešenja. U predmetima gde su roditelji bili predlagači, svakom predlagaču je dosuđena naknada u maksimalnom iznosu.

Obrazloženje odluke o usvajanju zahteva za naknadu nematerijalne štete je slično u svim odlukama u istraživačkom uzorku. Iako izreka ne sadrži opredeljenje vida nematerijalne štete, u obrazloženju se ističe da je reč o nematerijalnoj šteti „za duševne bolove koje trpe zbog neizvesnosti i nedostatka dokaza da je njihovo dete zaista preminulo, a koja situacija je posledica nezakonitog i nepravilnog rada državnih organa, odnosno ustanova, i to u vezi sa obavezom urednog vođenja medicinske dokumentacije, odnosno matične evidencije za rođena i umrla lica". Sud je utvrđivao povredu čl. 8 Evropske konvencije „jer predlagaču nije bilo omogućeno da vidi telo svog deteta, niti je dobio bilo kakvo obaveštenje o mestu na kojem je njegovo dete sahranjeno, niti pak zvanično obaveštenje uz eventualnu saglasnost za sahranjivanjem deteta".

Činjenice koje je sud cenio, odlučujući o visini naknade nematerijalne štete, bile su trajanje neizvesnosti o sudbini deteta, nepouzdanost informacije o smrti deteta usled izostanka pisanih dokaza i nepružene mogućnosti da preuzmu telo deteta i sahrane ga u skladu sa verskim ubeđenjima i lokalnim običajima, godine života

predlagača i da li je bila reč o prvoj trudnoći. Ni u jednom postupku nije sprovedeno medicinsko veštačenje predlagača radi utvrđivanja intenziteta duševnih bolova, odnosno njihove jačine i trajanja. Sud je postojanje duševnih bolova smatrao izvesnom i nespornom činjenicom, konstatovao je trajanje ovih bolova, kao što je prethodno navedeno, ali nije cenio niti se izjašnjavao o jačini ovih bolova. Isticano je da pretrpljeni duševni bolovi predstavljaju „jedinstveni vid štete koji obuhvata sve štetne posledice vezane za ličnost predlagača kao oštećenog proistekle iz nepravilnog rada državnih organa". Pojedina rešenja su u obrazloženju sadržala navode o pretrpljenim duševnim bolovima *i strahu*. Sporadično, sud se u obrazloženjima pozivao na čl. 200 Zakona o obligacionim odnosima.

U obrazloženju rešenja sud je naročito naglasio da pravična novčana naknada ima za cilj da pruži materijalnu satisfakciju, odnosno da naknada može predlagačima pružiti „zadovoljenje potreba koje se ne bi mogle podmiriti i u određenoj meri im olakšati život i ublažiti bol koji i dalje trpe". U tom smislu, sud je isticao da dosuđena pravična novčana naknada „omogućava zadovoljenje da bi se uspostavila psihička i emotivna ravnoteža koja je postojala pre ovog događaja, u meri u kojojje to moguće".

U pojedinim predlozima za pokretanje postupka radi utvrđivanja činjenica, predlagači su isticali zahtev da se primerak rešenja dostavi nadležnom javnom tužilaštvu radi određivanja potrage za nestalim licem i nadležnoj policijskoj upravi radi objavljivanja raspisa potrage za nestalim licem. U ovom delu predlog predlagača je odbacivan, sa obrazloženjem da takav zahtev „izlazi iz okvira nadležnosti suda koji rešava o imovinsko-pravnim zahtevima", a koja nadležnost je propisana Zakonom o parničnom postupku i Zakonom o nestalim bebama.

7. Zaključna razmatranja

Presuda *Zorica Jovanović protiv Srbije* bila je prva i, do sada, jedina presuda doneta u slučajevima „nestalih beba" protiv Srbije. Rasprava po podnetim predstavkama koje se tiču sličnog činjeničnog stanja bila je odložena. Prema čl. 35, st. 2, tač. 2 Evropske konvencije, Evropski sud za ljudska prava ne postupa po pojedinačnoj predstavci koja je u suštini istovetna sa predstavkom koju je sud već razmatrao, a koja ne sadrži nove relevantne činjenice. U skladu sa navedenim, sud nije razmatrao predstavke koje su podnete nakon donošenja presude u predmetu *Zorica Jovanović protiv Srbije*, a čije je činjenično stanje bilo suštinski slično. Značaj ove presude je naročit jer je državi

nametnuta obaveza uspostavljanja mehanizma za obezbeđenje pojedinačnog obeštećenja svim roditeljima u sličnim situacijama, obuhvatajući pružanje pouzdanog odgovora o sudbini svakog deteta i odgovarajuću naknadu, kada je to pravično. Usvajanje Zakona o nestalim bebama trebalo je da predstavlja ispunjenje takve obaveze.

Statistički podaci i kvalitativni uvid u rezultate primene zakona pokazuju da zakon nije ostvario svoju proklamovanu svrhu – utvrđivanje činjenica o statusu novorođene dece za koju se sumnja da su nestala iz porodilišta.

Podnet je ukupno 651 predlog za pokretanje postupka radi utvrđivanja činjenica. Takav podatak je iznenađujući s obzirom na procene o broju nestalih beba. Međutim, opravdanje ovog broja je dvostruko: prvo, primena zakona je bila ograničena na činjenično slične slučajeve sa predmetom *Zorica Jovanović protiv Srbije*; drugo, ostavljen je relativno kratak prekluzivni rok za podnošenje ovog predloga za pokretanje postupka. Rezultat odlučivanja sudova bio je da je u 65% predmeta konstatovano da ne može da se utvrdi status deteta za koje se sumnja da je nestalo, dok je u 32% predmeta doneta odluka procesnog karaktera. Samo u 3% predmeta utvrđena je činjenica smrti deteta i ni u jednom predmetu nisu utvrđene okolnosti koje objašnjavaju šta se sa detetom dogodilo. Dakle, rezultati primene zakona pokazuju da nije ostvaren osnovni cilj zakona – utvrđivanje činjenica o statusu novorođene dece za koju se sumnja da su nestala. Naprotiv, preovlađujući rezultat primene zakona jeste konstatovanje činjenice da se *ne može utvrditi* šta se dogodilo sa decom za koju se sumnja da su nestala. Petina od ukupnog broja predmeta bili su predmet razmatranja od strane drugostepenog suda u postupkupo žalbi.

Po pravilu, predlog za pokretanje postupka radi utvrđivanja činjenica sadržao je i zahtev za odlučivanje o dosuđivanju pravične novčane naknade nematerijalne štete – u čak 93% predmeta. Odluka suda bila je da je zahtev usvojen u 67%, dok je 29% predmeta postupak okončan procesnom odlukom ili odlukom o odbijanju predloga za pokretanje postupka, te o zahtevu nije odlučivano. Takva slika pokazuje da je, po pravilu, zahtev za dosuđivanje naknade nematerijalne štete usvajan i da je odbijen samo u 4% predmeta.

Postupci su vođeni u skladu sa istražnim načelom i načelom poverljivosti, po pravilu. U najvećem broju slučajeva, načelo hitnosti je ostvareno. Postojanje nepravnosnažnog rešenja u istraživačkom uzorku, čak tri godine nakon podnošenja predloga za pokretanje postupka, pokazuje da u pojedinim slučajevima načelo hitnosti nije poštovano.

Izreke sudskih odluka su, po pravilu, veoma slične, što je posledica jednoobraznosti rada sudova i jednoobraznosti predloga predlagača. Izreka rešenja pratila je narativ čl. 23 Zakona o nestalim bebama: „usvaja se predlog i utvrđuje se da je dete (...)" i „Konstatuje se da se ne može utvrditi status deteta (...)". Međutim, jedna bitna razlika je uočena. Jedino je Viši sud u Beogradu u izreci rešenja utvrđivao koja je ustanova, odnosno organ odgovoran za nestanak deteta. Dužnost suda da utvrdi ko je odgovoran za nestanak deteta je propisana u čl. 23, st. 5 Zakona o nestalim bebama.

Izreka o usvajanju zahteva za dosuđivanje pravične novčane naknade nematerijalne štete je ista u svim rešenjima u istraživačkom uzorku. Odluka da se dosuđuje naknada „nematerijalne štete zbog povrede prava na porodičan život" u skladu je sa čl. 24 Zakona o nestalim bebama. Međutim, takva sudska odluka nije u skladu sa Zakonom o obligacionim odnosima, koji u čl. 155 nematerijalnu štetu određuje kao *nanošenje drugome fizičkog ili duševnog bola ili straha*. Takođe, u čl. 200 Zakona o obligacionim odnosima propisano je da se pravična novčana naknada može dosuditi za *duševne bolove zbog povrede prava ličnosti,* u koja spada i povreda prava na *poštovanje* porodičnog života. Ova „mala" razlika u formulaciji postaje značajna ako imamo u vidu usvojeni stav u domaćoj sudskoj praksi da se tužbeni zahtev odbija ako nisu opredeljeni vidovi nematerijalne štete čija se naknada traži, odnosno ako sud ne može da opredeli vidove nematerijalne štete na osnovu utvrđenog činjeničnog stanja.[25] Dakle, iako predlagači nisu opredelili u svojim zahtevima vid nematerijalne štete (duševni bolovi), na sudu je bilo da to učini prilikom odlučivanja o zahtevu. Poštovanje formulacije posebnog zakona, po principu *lex specialis derogat legi generali*, dovodi u pitanje razlike između dva zakona.

U obrazloženju odluka o dosuđivanju naknade nematerijalne štete pravilno je isticano da je predlagač pretrpeo duševne bolove (sporadično i strah) i da se pravična novčana naknada dosuđuje radi satisfakcije. Postojanje duševnih bolova sud je uzimao kao izvesnu činjenicu, utvrđenu na osnovu iskaza predlagača. Međutim, sud nije utvrđivao intenzitet bolova, već je prilikom odlučivanja o visini pravične novčane naknade uzimao u obzir, između ostalog, trajanje neizvesnosti o pravoj sudbini deteta i nemogućnost predlagača da sahrani dete u skladu sa verskim ubeđenjima i lokalnim običajima.

U svim rešenjima u istraživačkom uzorku bila je dosuđena naknada nematerijalne štete u maksimalnom iznosu od 10.000 evra u dinarskoj protivvrednosti, sa jednim izuzetkom. Zakon o nestalim bebama odredio

25 Rešenje Vrhovnog kasacionog suda Rev 584/2010 od 11. 2. 2010. godine.

je gornju granicu pravične novčane naknade sa očiglednim uporištem u presudi *Zorica Jovanović protiv Srbije*. Valutna klauzula služi da osigura vrednost naknade u uslovima fluktuacije deviznog kursa, odnosno da spreči obezvređivanje novca. Valutna klauzula je vezana za datum donošenja rešenja. Nije primereno da sudovi, predstavnici treće grane vlasti jedne pravne države, u izrekama svojih odluka koriste valutnu klauzulu ukoliko su sve relevantne činjenice poznate: iznos, datum donošenja rešenja i kurs evra. Prema čl. 53 Zakona o Narodnoj banci, novčana jedinica Republike Srbije je dinar. Iako čl. 54 istog zakona dozvoljava da posebni zakon uredi regulisanje novčanih obaveza između lica na drugi način, to u navedenom primeru Zakona o nestalim bebama nije slučaj. Zakon o nestalim bebama koristi valutnu klauzulu, ali ne reguliše izvršavanje obaveze u evrima. Obaveza isplate pravične novčane naknade tereti budžet Republike Srbije i isplatiće se u dinarima kao zakonskom sredstvu plaćanja u Republici Srbiji. Sudske odluke glase na 10.000 evra u dinarskoj protivvrednosti, umesto da upravo ta dinarska protivvrednost bude dosuđena, s obzirom na to da nije od značaja kurs na dan isplate, no na dan donošenja rešenja. Takva sudska odluka ne bi predstavljala promenu tužbenog zahteva, zato što je i tužbeni zahtev opredeljen na dinarsku protivvrednost *na dan donošenja rešenja*. Samo u jednom predmetu u istraživačkom uzorku sud je dosudio naknadu u iznosu od 1,175.800,00 dinara. Ovaj predmet izuzetak je samo zbog izražene naknade u dinarima; po svojoj vrednosti, ova naknada je ekvivalent iznosu od 10.000 evra. Odluka suda u ovom slučaju bila je opredeljena tužbenim zahtevom, a ne shvatanjem suda o značaju donošenja svojih odluka poštujući domaću novčanu jedinicu.

Dodatno je pitanje dosuđivanja zakonskog maksimuma naknade štete u svim rešenjima u istraživačkom uzorku. Ukoliko je uporednik presuda *Zorica Jovanović protiv Srbije*, onda je opravdano dosuditi naknadu u iznosu od 10.000 evra samo kada je činjenično stanje isto: vršena je obukcija deteta, ali obdukcionog izveštaja nema; medicinska dokumentacija je uništena; činjenica smrti nije prijavljena nadležnoj matičnoj službi; nema podataka da li je telo deteta sahranjeno; predlagač više od 20 godina traži od državnih organa informacije o svom detetu. Istraživački uzorak pokazuje da je naknada od 10.000 evra dosuđivana i kada je utvrđeno da je dete preminulo i da je sahranjeno, ali je nepoznato mesto sahrane. Međutim, odsustvo razlike u iznosima naknada uslovljeno je neuporedivošću povreda nematerijalnih dobara. Uspostavljanje skale naknada u ovim slučajevima kompromituje subjektivnu prirodu nematerijalne štete (Karanikić Mirić, 2013: 124), koja se ne može

novčano izraziti, već dosuđena novčana naknada treba da služi kao satisfakcija.

Osnovni utisak koji se stiče jeste da je dosuđivanje pravične novčane naknade nematerijalne štete glavni rezultat primene Zakona o nestalim bebama. Stoga ovo pitanje zahteva dodatnu pažnju nekih novih istraživanja. Sa 97% predmeta u kojima je konstatovano da se ne može utvrditi šta se sa detetom dogodilo ili je postupak okončan procesnim rešenjem, problem „nestalih beba" ostaje nerešen u domaćem društvu.

Literatura i izvori

Draškić, M. (2017). Presuda Evropskog suda za ljudska prava Zorica Jovanović v. Serbia: kakve obaveze slede?. *Zbornik radova sa međunarodnog naučnog skupa „Dani porodičnog prava, Odjeci prakse Evropskog suda za ljudska prava u nacionalnim porodičnim pravima*". 5. 29–46.

Draškić, M. (2020). Treći čin afere „Nestale bebe" u Srbiji: Zakon o utvrđivanju činjenica o statusu novorođene dece za koju se sumnja da su nestala iz porodilišta u Republici Srbiji. *Zbornik radova „Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije"*. 10. 23–39.

Zakon o obligacionim odnosima. *Sl. list SFRJ*. Br. 29/1978, 39/1985, 45/1989 – odluka USJ i 57/1989. *Sl. list SRJ*. Br. 31/1993. *Sl. list SCG*. Br. 1/2003 – Ustavna povelja. *Sl. glasnik RS*. Br. 18/2020.

Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (sa protokolima). *Sl. list SCG – Međunarodni ugovori*. Br. 9/2003, 5/2005 i 7/2005 – ispr. *Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori*. Br. 12/2010 i 10/2015.

Zakon o utvrđivanju činjenica o statusu novorođene dece za koju se sumnja da su nestala iz porodilišta u Republici Srbiji. *Sl. glasnik RS*. Br. 18/2020.

Karanikić Mirić, M. (2013). *Objektivna odgovornost za štetu*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Milić, T. (2019). Empirijsko istraživanje prava: Revolucija ili nemoguća misija?. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 3. 95–123.

Mojašević, A. Arsenijević, B. (2018). Analiza primene Zakona o sprečavanju nasilja u porodici pred osnovnim sudom u Nišu. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 80. 445–462.

Odluka o obrazovanju Anketnog odbora radi utvrđivanja istine o novorođenoj deci nestaloj iz porodilišta u više gradova u Srbiji. *Sl. glasnik RS*. Br. 44/2005.

Odluka o proglašenju vanrednog stanja. *Sl. glasnik RS*. Br. 29/2020.

Odluka o ukidanju vanrednog stanja. *Sl. glasnik RS*. Br. 65/2020.
Uredba o rokovima u sudskim postupcima za vreme vanrednog stanja proglašenog 15. 3. 2020. godine. *Sl. glasnik RS*. Br. 38/2020.
Ustav Republike Srbije. *Sl. glasnik RS*. Br. 98/2006.

Zorica Jovanović v. Serbia (App. no. 21794/08) 26. 3. 2013.
Rešenje Vrhovnog kasacionog suda Rev 584/2010 od 11. 2. 2010. godine.

http://www.kradjabeba.org/002002.html
http://nestalebebe.com/onama.php

Bojana Arsenijević, LL.M.
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Niš,
Republic of Serbia

ANALYSIS OF THE APPLICATION OF "THE MISSING BABIES ACT"

Summary

The Act on Establishing the facts about the Status of Newborn Children who are suspected to have disappeared from the Maternity Hospitals in the Republic of Serbia, colloquially known as "the Missing Babies Act", was adopted in 2020. The paper presents the analysis of the results of applying this Act in competent Serbian courts. The empirical research included the judicial practice of the high courts in Niš, Kragujevac, Belgrade, and Novi Sad. By using the statistical and the random sample methods, the author analyzes the results applying this Act.

"The Missing Babies Act" regulates the procedure for determining the facts regarding the status of the "missing babies" and awarding compensation for non-pecuniary damages. The Act expressly envisaged two goals. The first goal was to finally resolve the problem of unreliable information on the status of babies who are suspected to have disappeared from the maternity ward and to award compensation for non-pecuniary damages to persons whose right to respect for family life was violated. The second goal was to fulfill the obligations stipulated in the judgment of the European Court of Human Rights in the case Zorica Jovanović v. Serbia (appl.12794/08). The short six-months deadline to initiate the procedure for determining the facts about the status of the "missing babies", its preclusive nature, and the ruling principle of urgency when conducting these proceedings should have indicated the importance given to resolving the "missing babies" issue. The results of the conducted empirical research on the application of this Act show that the Act did not achieve the envisaged goals.

Keywords*: European Court of Human Rights, general measures, state obligation, statistical data, empirical research, non-pecuniary damages.*

ZBORNIK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU (M51)

UPUTSTVO AUTORIMA

Opšte napomene	Rukopis rada kompjuterski obraditi korišćenjem programa ***Word***, ufontu ***Times New Roman* ćirilica (Serbian-Cyrillic)**, (osim originalnih latiničnih navoda), **veličina fonta 12 pt**, razmak između redova 1,5. Format stranice treba da bude **A4**.
Obim rada	Jedan autorski tabak - rad ne treba da ima više od **40.000 karaktera**, odnosno 6.000 karaktera kada se radi o prikazima, uključujući razmake.
Jezik i pismo	Jezici na kojima se mogu objavljivati radovi su srpski, engleski,ruski, francuski i nemački.
Naslov rada	**Naslov rada** kucati veličinom fonta **14 pt, bold**, Times New RomanNaslov rada priložiti i na engleskom jeziku.
Autor(i)	Ne unositi ime(na) autora u tekst rada da bi se obezbedila anonimnost recenziranja. Podaci o autoru(ima) biće dostupni redakciji preko Asistent programa.
Podaci o projektu ili programu*	Na dnu prve stranice teksta, treba navesti u fusnoti sledeće:Naziv i broj projekta, naziv programa, naziv institucije kojafinansira projakat.
Podaci o usmenom saopštenju rada*	Ako je rad bio izložen na naučnom skupu u vidu usmenog saopštenja pod istim ili sličnim nazivom, podatak o tome treba navesti u okviruposebne napomene na dnu prve strane teksta (fusnota).
Apstrakt	Apstrakt sadrži 100-250 reči.
Ključne reči	Ne više od 10 ključnih reči na srpskom i engleskom jeziku (Keywords).
Napomena o anonimnosti	U tekstu se ne smeju koristiti izrazi koji upućuju ili otkrivaju identitet autora (npr. „o tome videti u našem radu...“ ili „...moj rad pod nazivom ...“ i slično). Neophodno je izbrisati iz samog dokumenta bilo koju personalnu informaciju/ime koje upućuje na autora. Mogu sepriložiti dokumenti u čijem opisu kao i tekstu nema personalnih informacija.
Struktura teksta	1. Uvod 2. Podnaslov 1 2.1. Podnaslov 2 2.1.1. Podnaslov 3 3. Podnaslov 2 4. Zaključak Naslovi i podnaslovi pišu se fontom 12 pt, **bold.**
Literatura (*References*)	Piše se nakon teksta, kao posebna sekcija. Poređati sve jedinice azbučnim redom po prezimenu autora, a kod istog autora, po godini izdavanja (od najnovije do najstarije). Molimo autore da isključe komandu numbering, tj. bez brojeva ispred. (Pogledati tabelu na krajuuputstva).
Rezime (*Summary*)	Piše se na kraju teksta posle Literature, dužine do 2 000 karaktera (uključujući razmake), na srpskom i engleskom jeziku.
Tabele, grafikoni, slike	Tabele uraditi u Wordu ili Excelu. Fotografije, grafikone ili slike dostaviti u formatu .jpg.
Autorska prava	Autori radova potpisuju saglasnost za prenos autorskih prava.Izjavu preuzeti **ovde**.
Dostava radova	Radovi se predaju putem onlajn sistema za elektronsko uređivanje ASISTENT, https://aseestant.ceon.rs/index.php/zrpfn/index PRILIKOM PREDAJE RUKOPISA POTREBNO JE DA AUTORI POPUNE SVE PODATKE O SEBI U RUBRICI "METAPODACI" (AFILIJACIJA, ZVANjE, STATUS, INSTITUCIJA, GRAD, DRŽAVA), KAO I KLjUČNE REČI ZA RUKOPIS.

*** Ovi podaci unose se samo u slučaju da rad ispunjava navedene uslove (projekat ili saopštenje)**

UPUTSTVO ZA CITIRANjE LITERATURE

Navođenje citata treba uraditi **u tekstu**, kao što je navedeno u uputstvu. **Fus note** koristiti samo kada je neophodno pružiti dodatno objašnjenje ili propratni komentar, kao i u slučaju pozivanja na normativni akt, službena glasila i odluke sudova.

Citati i pozivi na literaturu u tekstu i lista bibliografskih jedinica na kraju teksta moraju se u potpunosti slagati. Svaki citat iz teksta i poziv na literaturu mora da se nađe na listi bibliografskih jedinica, odnosno, svaka bibliografska jedinica navedena u literaturi mora da se nađe u tekstu. Poziv na bibliografske jedinice navodi se u originalnom pismu, bez prevođenja.

Vrsta rada	Reference – literatura	Citiranje u tekstu
Knjiga, 1 autor	Kelzen, H. (2010). *Opšta teorija prava idržave*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.	(Kelzen, 2010: 56)
Knjiga, Više autora	Dimitrijević,V. Popović,D. Papić,T. Petrović,V. (2007). *Međunarodno pravo ljudskih prava*. Beograd: Beogradski centar za ljudska prava.	**Prvo citiranje u tekstu**: (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović,2007: 128) **Naredno citiranje u tekstu**: (Dimitrijević et al. 2007: 200)
Kolektivno autorstvo	*Oxford Essential World Atlas.*(1996). 3.ed. Oxford: Oxford University Press.	(Oxford, 1996: 245)
Rad ili deo knjige koja ima priređivača	Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U Pavlović,V. i Orlović,S. (Prir.). *Dileme i izazovi parlamentarizma*. Beograd: Konrad Adenauer Stiftung. 279-289.	(Nolte, 2007: 280)
Članak u časopisu	Marković, R. (2006). Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 2(LIV). 5-46	(Marković, 2006: 36)
Enciklopedija	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In *Kodansha encyclopedia of Japan.* Vol. 2. Tokyo: Kodansha. 1-3.	(Pittau, 1983: 3)
Institucija kao autor	Republički zavod za statistiku. (2011). *Mesečni statistički bilten*. Br. 11.	(Republički zavod za statistiku, 2011)
Propisi	Zakon o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja. *Službeni glasnik RS*. Br. 62.2004.	**Fus nota:** Čl. 12. Zakona o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja, *Sl. glasnikRS*, 62/04
Sudske odluke	Case T-344/99 *Arne Mathisen AS v Council* [2002] ECR II-2905 *ili* *Omojudi v UK* (2010) 51 EHRR 10 *ili* Odluka Ustavnog suda IU-197/2002. *Službeni glasnik RS*. Br. 57. 2003.	**Fus nota:** Case T-344/99 *Arne Mathisen AS v Council* [2002] *ili* Odluka Ustavnog suda IU-197/2002
Elektronski izvori	Wallace,A.R. (2001). *The Malay archipelago* (vol. 1). [Electronic version]. Preuzeto 15.11.2005. http://www.gutenberg.org/etext/2530 *ili* European Commission for Democracy through Law. *Opinion on the Constitution of Serbia*. Preuzeto 24.5.2007. http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	**Navođenje u tekstu**: (Wallace, 2001) **Fus nota**: European Commission for Democracy through Law. *Opinion on the Constitution of Serbia*. Preuzeto 24.5.2007. http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp

ZBORNIK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU (M51)

UPUTSTVO AUTORIMA

Opšte napomene	Rukopis rada kompjuterski obraditi korišćenjem programa ***Word***, u fontu ***Times New Roman* ćirilica (Serbian-Cyrillic)**, (osim originalnih latiničnih navoda), **veličina fonta 12 pt**, razmak između redova 1,5. Format stranice treba da bude **A4**.
Obim rada	Jedan autorski tabak - rad ne treba da ima više od **40.000 karaktera**, odnosno 6.000 karaktera kada se radi o prikazima, uključujući razmake.
Jezik i pismo	Jezici na kojima se mogu objavljivati radovi su srpski, engleski, ruski, francuski i nemački.
Naslov rada	**Naslov rada** kucati veličinom fonta **14 pt, bold**, Times New Roman Naslov rada priložiti i na engleskom jeziku.
Autor(i)	Ne unositi ime(na) autora u tekst rada da bi se obezbedila anonimnost recenziranja. Podaci o autoru(ima) biće dostupni redakciji preko Asistent programa.
Podaci o projektu ili programu*	Na dnu prve stranice teksta, treba navesti u fusnoti sledeće: Naziv i broj projekta, naziv programa, naziv institucije koja finansira projakat.
Podaci o usmenom saopštenju rada*	Ako je rad bio izložen na naučnom skupu u vidu usmenog saopštenja pod istim ili sličnim nazivom, podatak o tome treba navesti u okviru posebne napomene na dnu prve strane teksta (fusnota).
Apstrakt	Apstrakt sadrži 100-250 reči.
Ključne reči	Ne više od 10 ključnih reči na srpskom i engleskom jeziku (Key words).
Napomena o anonimnosti	U tekstu se ne smeju koristiti izrazi koji upućuju ili otkrivaju identitet autora (npr. „o tome videti u našem radu...“ ili „...moj rad pod nazivom ...“ i slično). Neophodno je izbrisati iz samog dokumenta bilo koju personalnu informaciju/ime koje upućuje na autora. Mogu se priložiti dokumenti u čijem opisu kao i tekstu nema personalnih informacija.
Struktura teksta	1. Uvod 2. Podnaslov 1 2.1. Podnaslov 2 2.1.1. Podnaslov 3 3. Podnaslov 2 4. Zaključak Naslovi i podnaslovi pišu se fontom 12 pt, **bold.**
Literatura (*References*)	Piše se nakon teksta, kao posebna sekcija. Poređati sve jedinice azbučnim redom po prezimenu autora, a kod istog autora, po godini izdavanja (od najnovije do najstarije). Molimo autore da isključe komandu numbering, tj. bez brojeva ispred. (Pogledati tabelu na kraju uputstva).
Rezime (*Summary*)	Piše se na kraju teksta posle Literature, dužine do 2 000 karaktera (uključujući razmake), na srpskom i engleskom jeziku.
Tabele, grafikoni, slike	Tabele uraditi u Wordu ili Excelu. Fotografije, grafikone ili slike dostaviti u formatu .jpg.
Autorska prava	Autori radova potpisuju saglasnost za prenos autorskih prava. Izjavu preuzeti **ovde**.
Dostava radova	Radovi se predaju putem onlajn sistema za elektronsko uređivanje ASISTENT, https://aseestant.ceon.rs/index.php/zrpfn/index PRILIKOM PREDAJE RUKOPISA POTREBNO JE DA AUTORI POPUNE SVE PODATKE O SEBI U RUBRICI "METAPODACI" (AFILIJACIJA, ZVANjE, STATUS, INSTITUCIJA, GRAD, DRŽAVA), KAO I KLjUČNE REČI ZA RUKOPIS.

*** Ovi podaci unose se samo u slučaju da rad ispunjava navedene uslove (projekat ili saopštenje)**

→▶

UPUTSTVO ZA CITIRANjE LITERATURE

Navođenje citata treba uraditi **u tekstu**, kao što je navedeno u uputstvu. **Fus note** koristiti samo kada je neophodno pružiti dodatno objašnjenje ili propratni komentar, kao i u slučaju pozivanja na normativni akt, službena glasila i odluke sudova.

Citati i pozivi na literaturu u tekstu i lista bibliografskih jedinica na kraju teksta moraju se u potpunosti slagati. Svaki citat iz teksta i poziv na literaturu mora da se nađe na listi bibliografskih jedinica, odnosno, svaka bibliografska jedinica navedena u literaturi mora da se nađe u tekstu. Poziv na bibliografske jedinice navodi se u originalnom pismu, bez prevođenja.

Vrsta rada	Reference – literatura	Citiranje u tekstu
Knjiga, 1 autor	Kelzen, H. (2010). *Opšta teorija prava i države*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu	(Kelzen, 2010: 56)
Knjiga, Više autora	Dimitrijević, V., Popović, D., Papić, T., Petrović, V. (2007). *Međunarodno pravo ljudskih prava*. Beograd: Beogradski centar za ljudska prava	**Prvo citiranje u tekstu**: (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) **Naredno citiranje u tekstu**: (Dimitrijević et al., 2007: 200)
Kolektivno autorstvo	*Oxford essential world atlas* (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press	(Oxford, 1996: 245)
Rad ili deo knjige koja ima priređivača	Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U V.Pavlović i S.Orlović (Prir.), *Dileme i izazovi parlamentarizma* (str. 279-289). Beograd: Konrad Adenauer Stiftung	(Nolte, 2007: 280)
Članak u časopisu	Marković, R. (2006). Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled. *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*. 2(LIV). 5-46	(Marković, 2006: 36)
Enciklopedija	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In *Kodansha encyclopedia of Japan* (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha	(Pittau, 1983: 3)
Institucija kao autor	Republički zavod za statistiku. *Mesečni statistički bilten*. Br. 11 (2011)	(Republički zavod za statistiku, 2011)
Propisi	Zakon o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja. *Službeni glasnik RS*. Br. 62 (2004)	**Fusnota:** Čl. 12. Zakona o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja, *Sl. glasnik RS*, 62/04
Sudske odluke	Case T-344/99 *Arne Mathisen AS v Council* [2002] ECR II-2905 *ili* *Omojudi v UK* (2010) 51 EHRR 10 *ili* Odluka Ustavnog suda IU-197/2002, *Službeni glasnik RS*. Br. 57 (2003)	**Fusnota:** Case T-344/99 *Arne Mathisen AS v Council* [2002] *ili* Odluka Ustavnog suda IU-197/2002
Elektronski izvori	Wallace, A. R. (2001). *The Malay archipelago* (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15, November 2005, from http://www.gutenberg.org/etext/2530 *ili* European Commission for Democracy through Law, *Opinion on the Constitution of Serbia*, Retrieved 24, May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	**Navođenje u tekstu**: (Wallace, 2001) **Fusnota**: European Commission for Democracy through Law, *Opinion on the Constitution of Serbia*, Retrieved 24, May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp

Collection of Papers, Faculty of Law, Niš (M51)

GUIDELINES FOR AUTHORS

General notes	The paper shall be processed in *MS **Word*** (*doc.*) format: paper size A4; font ***Times New Roman*** **(*Serbian-Cyrillic*),** except for papers originally written in *Latin* script; font size 12 pt; line spacing 1,5.
Paper length	The paper shall not exceed 16 pages. **An article** shall not exceed 40.000 characters (including spaces). **A review** shall not exceed 6.000 characters (inclusing spaces).
Language and script	Papers may be written in Serbian, English, Russian, French and German.
Paper Title	**The paper title** shall be formatted in font ***Times New Roman***, font size **14 pt, bold.** The title shall be submitted in English as well.
Author(s)	In order to ensure the author's anonymity and preclude bias in the double-blind peer review process, the author's name and surname should not be included in the article submitted for review. The data about the author(s) will be available to the Editorial staff via the Assistant program.
Data on the project or program*(*optional)	In the footnote at the bottom of the first page of the text shall include: the project/program title and the project number, the project title, the name of the institution financially supporting the project.
Data on the oral presentation of the paper **(optional)*	In case the paper has already been presented under the same or similar title in the form of a report at a prior scientific conference, authors are obliged to enter a relevant notification in a separate footnote at the bottom of the first page of the paper.
Abstract	The abstract shall comprise 100 - 250 words at the most
Key words	The list of key words following the abstract shall not exceed 10 key words. The key words shall be submitted in both Serbian and English.
Note on author's identity (anonymity)	In order to ensure the author's anonymity, the text of the submitted article should not include phrases that refer to or reveal the author's identity (e.g. "for more information, see our paper on…." or " my paper titled…", and alike). The authors of the document must deleted their names from the text, with "Author" and year used in the references and footnotes, instead of the authors' name, article title, etc. Also, author identification should also be removed from the properties for the file.
Text structure	1. Introduction 2. Chapter 1 2.1. Section 2 2.1.1. Subsection 3 3. Chapter 2 4. Conclusion All headings (Chapters) and subheadings (Sections and Subsections) shall be in *Times New Roman*, font 12 pt, **bold.**
References	At the end of the submitted text, the author(s) shall provide a list of References. All entries shall be listed in alphabetical order by author's surname, and each entry shall include the source and the year of publication. When referring to the same author, include the year of publication (from the most recently dated backwards). Please, see the table at the end of the ***Guidelines for Authors***.
Summary	The summary shall be included at the end of the text, after the References. The summary shall not exceed 2.000 characters (including spaces) and it shall be submitted in both Serbian and English.
Tables, graphs, figures	Tables shall be prepared in *MS Word* or in *Excell*. Photos, graphs or figures shall be in **jpg.** format.
Copyright	The authors are obliged to sign a written consent on the transfer of copyright. The Author's Statement may be downloaded **here**.
Paper submission	The articles are to be submitted via online editorial management system ASISTENT, http://aseestant.ceon.rs/index.php/zrpfn/index

*** The data shall be included only if the paper is subject to such circumstances.**

CITATION GUIDELINES

The citations should be included in the text, in line with the guidelines provided below. Footnotes shall be used only for additional explanation or commentary and for referring to the specific normative act, official journals, and court decisions.

In-text citations and reference entries shall fully comply with the list of bibliographic units in the References, provided at the end of the paper. Each in-text citation and reference entry shall be clearly cross-referenced in the list of bibliographic units and, vice versa, each bibliographic unit shall be entered in the text of the submitted paper. The referential sources shall be cited in the language and script of the original work (without providing an English translation).

Type of work	References	In-text citation
Book (a single author)	Jones, C. P. (1994). Investments: Analysis and Management. New York: John Wiley& Sons. Ltd.	(Jones, 1994: 123)
Book (a number of authors)	Osterrieder, H., Bahloul, H., Wright, G., Shafner, K., Mozur, M. (2006). Joining Forces and Resaurces for Sustainable Development Cooperation among Municipalities – A Guide for Pracititioners. Bratislava: UNDP	**First in-text citation:** (Osterrieder, Bahloul, Wright, Shafner, Mozur, 2006: 31) **A subsequent in-text citation:** (Osterrieder et all., 2006: 45)
Joint authorship (a group of authors)	*Oxford Essential World Atlas* (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press	(Oxford, 1996: 245)
An article or a chapter in a book with an editor	Scot, C., del Busto, E. (2009). Chemical and Surgical Castration. In Wright, R. G. (ed.), Sex Offender Laws, Failed Policies and New Directions (pr. 291-338). New York: Springer	(Scot, del Busto, 2009: 295)
Journal article	Sandler, J. C., Freeman, N. J. (2007). Tipology of Female Sex Offenders: A Test of Vandiver and Kercher. Sex Abuse. 19 (2). 73-89	(Sandler, Freeman, 2007: 79)
Encyclopedia	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In *Kodansha Encyclopedia of Japan* (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha	(Pittau, 1983: 3)
Institution (as an author)	Statistical Office of the Republic of Serbia, *Monthly statistical bulletin*, No. 11 (2011)	(Statistical Office RS, 2011)
Legal documents and regulations	Education Act, Official Gazette RS, No. 62 (2004)	**Footnote: Article** 12. Education Act, Official Gazette RS, 62/04
Court decisions	Case T-344/99 *Arne Mathisen AS v Council* [2002] ECR II-2905; or *Omojudi v UK* (2010) 51 EHRR 10; or Constitutional Court decision IU-197/2002, *Official Gazette RS,* No. 57 (2003)	**Footnote:** Case T-344/99 *Arne Mathisen AS v Council* [2002] or Constitutional Court decision IU-197/2002
Online sources	Wallace, A. R. (2001). *The Malay archipelago* (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15 November 2005, from http://www.gutenberg.org/etext/2530 ; or European Commission for Democracy through Law, *Opinion on the Constitution of Serbia*, Retrieved 24 May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	**In-text citation:** (Wallace, 2001) **Footnote:** European Commission for Democracy through Law, *Opinion on the Constitution of Serbia*, Retrieved 24 May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp