
UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

**ЗБОРНИК РАДОВА
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

БРОЈ 103 | ГОДИНА LXIII | 2024

FACULTY OF LAW
UNIVERSITY OF NIŠ

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

№ 103 | YEAR LXIII | 2024

Ниш/Niš 2024.

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

Ниш, 2024.

Издавач

Правни факултет у Нишу

За издавача

Проф. др Небојша Раичевић, декан

Главни и одговорни уредник

Др Мирослав Лазић,

редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

Уредништво

Др Наташа Стојановић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Ирена Пејић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Срђан Голубовић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Марија Игњатовић, редовни
професор Правног факултета
Универзитета у Нишу

Др Александар Мојашевић, редовни
професор Правног факултета
Универзитета у Нишу

Др Душица Миладиновић Стефановић,
редовни професор Правног факултета
Универзитета у Нишу

Научни савет

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

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

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

Др Хајрија Мујовић, научник саветник
Института друштвених наука у Београду

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

Др Владан Петров, редовни професор
Правног факултета Универзитета у
Београду

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

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

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

Међународни редакциони одбор

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

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

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

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

Dr Michael Geistlinger, професор Универзитета, Салцбург, Аустрија

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

Dr Mustafa Yasan, ванредни професор Правног факултета у Измиру, Демократски Универзитет, Турска

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

Др Златан Мешкић, редовни професор Правног факултета Принц Султан Универзитета у Ријаду, Краљевина Саудијске Арабије

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

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

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

Секретар Редакционог одбора: др Марија Драгићевић,
доцент Правног факултета Универзитета у Нишу

Лектура радова и превод резимеа: Гордана Игњатовић (енглески)

Лектура: Александра Гојковић (српски)

Технички уредник: Ненад Милошевић

Технички уредник онлајн издања: Владимир Благојевић

Штампа: Медивест Ниш

Тираж: 100

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

ЦЕНТАР ЗА ПУБЛИКАЦИЈЕ Правног факултета Универзитета у Нишу
18 000 Ниш, Трг краља Александра 11, тел. +381 18 200 501,
zbornik@prafak.ni.ac.rs
www.prafak.ni.ac.rs

COLLECTION OF PAPERS, FACULTY OF LAW, NIS

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

International Editorial Board

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

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 Čeranić, Associate Professor, Faculty of Law in East Sarajevo, Republic of Srpska, Bosnia and Herzegovina

Secretary of the Editorial Board: Dr Marija Dragičević

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-of-Law-Nis/?letter=C>

Central and Eastern European Online Library – CEEOL

САДРЖАЈ / CONTENTS

Уводна реч 11

I ЧЛАНЦИ / ARTICLES

Jasna Atanasijević,

Dejan Vučetić,

Has public policy-making become a fully-fledged function of Public Administration in the Republic of Serbia? 15

Да ли се креирање јавних политика развило у равноправну функцију јавне управе у Републици Србији?

Анђелија Тасић,

Мирослав Лазић,

Судска заштита стварних права 33

Judicial Protection of Real Property Rights

Марија Драгићевић,

Горан Обрадовић,

Конвенција Међународне организације рада број 190 о спречавању насиља и узнемиравања у свету рада – разлози за ратификацију – 53

The ILO Convention No. 190 concerning the Elimination of Violence and Harassment at Work: Reasons for ratification

Srđan Radulović,

Consent to Tattooing 81

Пристанак на тетовирање

Ivana Simonović,

The Autonomy of Will and the Patient's Right to Self-Determination: Legal Guarantees and (Bio)Ethical Dilemmas ...97

Аутономија воље и право на самоодређење пацијента: правне гаранције и биоетичке дилеме

Сара Митић, Принцип народног суверенитета кроз призму светоандрејске скупштине	115
<i>The Principle of National Sovereignty through the lens of Saint Andrew's Day National Assembly</i>	
Никола Милосављевић, Кумулација субјективних права интелектуалне својине са посебним освртом на кумулацију патента и права на индустријски дизајн**	131
<i>The Cumulation of Intellectual Property Rights, with specific reference to the cumulation of Patent and Design Rights</i>	
Цвјетана Цветковић Иветић, Лука Батуран, Локалне комуналне таксе као изворни приход јединица локалне самоуправе на територији аутономне покрајине Војводине.....	149
<i>Public Utility Fees as Own Revenues of Local Self-Government Units in the territory of Autonomous Province of Vojvodina</i>	
Стојана Петровић, Извршење на непокретности на којој није уписано право својине извршеника.....	169
<i>Enforcement Procedure on Unregistered Real Estate Ownership Right</i>	
Sanja Đorđević Aleksovski, General Principles of Law formed within the International Legal System: Foggy or forgotten concept?.....	191
<i>Општи принципи права створени у међународном правном систему – магловити или заборављен појам?</i>	
Dragana Bjelić Gaćeša, Challenges in exercising the right to annual leave for workers on long-term sick leave in the Republic of Croatia.....	211
<i>Izazovi u ostvarivanju prava na godišnji odmor radnika na dugotrajnom bolovanju u Republici Hrvatskoj</i>	

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

II РАДОВИ ДОКТОРАНАДА / PHD STUDENTS PAPERS

Бојана Арсенијевић, Анализа примене закона о несталим бебама.....	263
<i>Analysis of the Application of “the Missing Babies Act”</i>	
Упутство за ауторе / Guidelines for Authors.....	287

Уводна реч

Поштовани читаоци,

Представљамо вам број 103/2024 Зборника радова Правног факултета Универзитета у Нишу, у повећаном обиму 13 актуелних и квалитетних научних радова. Тежња да у сваком броју имамо и одређени број квалитетних радова еминентних научника на страном језику је остварена и у овом броју (6 радова). Такође, уврштена је и рубрика радова студената са докторских студија, која је и овом приликом постигла висок научни ниво. Концепција Зборника и убудуће остаје иста – објављивање радова на српском језику (ћирилицна и латинична верзија) и радова на енглеском језику који су пре свега намењени правничкој публици, али и са штивима интересантним и економистима, историчарима, социолозима и другима из претежно друштвено-хуманистичких наука.

У Нишу, децембар, 2024.

Главни и одговорни уредник

Проф. др Мирослав Лазић

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.

І ЧЛАНЦИ

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

DOI: 10.5937/zrgpfni-54519

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 of 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 “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

Knjil, 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.

Др Јасна Атанасијевић,

Ванредни професор,

Природно-математички факултет, Универзитет у Новом Саду

Др Дејан Вучетић,

Редовни професор,

Правни факултет, Универзитет у Нишу

ДА ЛИ СЕ КРЕИРАЊЕ ЈАВНИХ ПОЛИТИКА РАЗВИЛО У РАВНОПРАВНУ ФУНКЦИЈУ ЈАВНЕ УПРАВЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ?

Резиме

Овај рад испитује једну од основних функција јавне управе у Републици Србији - креирање јавних политика. Након кратког историјског осврта на реализацију ове функције током период социјалистичког управљања, и током транзиције 90-тих година XX века, анализира се нормативни оквир који је успостављен у последњој деценији, са фокусом на Закон о планском систему и пратеће подзаконске акте Владе. Ови прописи успоставили су темеље за модерно обављање функције креирање јавних политика у Србији. Кроз квалитативну анализу, укључујући нормативно-догматски приступ и анализу докумената, рад нуди препоруке за унапређење ове функције јавне управе, са акцентом на употребу аналитичких алата и системски приступ реформама.

Кључне речи: јавне политике, јавна управа, Србија, реформе, нормативни оквир, креирање јавних политика.

Др Анђелија Тасић,*
ванредна професорка,
Правни факултет Универзитет у Нишу
Република Србија
Др Мирослав Лазић,*
редовни професор,
Правни факултет Универзитет у Нишу
Република Србија

DOI: 10.5937/zgrfn1-54764

СУДСКА ЗАШТИТА СТВАРНИХ ПРАВА**

Апстракт: Правна заштита грађанских субјективних права је правна радња која се примењује када изостане добровољно вршење носиоца обавезе у грађанскоправном односу, што угрожава остваривање правног циља субјективног права. Повод за захтевање судске заштите је угрожавање или повреда неког субјективног права услед које је, по правилу, настала нека штета – имовинска или неимовинска. Стварноправне тужбе, према основу из кога се изводи захтев, деле се на својинске – петиторне (ревиндикациона, публицијанска, негаторна, конфесорна, заложна итд.) и државинске (посесорне) тужбе. Предмет овог рада је анализа својинских стварноправних тужби, сагледана кроз призму материјалноправних (ЗОСПО) и процесноправних одредаба (ЗПП).

Кључне речи: Вршење права, одступање од обавеза, заштита, судска заштита, материјалноправне карактеристике, процесноправне карактеристике.

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

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

** Допринос коауторке Анђелије Тасић представља резултат истраживања на пројекту „Одговорност у правном и друштвеном контексту“ који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду 2021–2025. године.

** Допринос коаутора Мирослава Лазића је настао као резултат финансирања од стране Министарства науке, технолошког развоја и иновација, по Уговору евиденциони број 451-03-65/2024-03/ 200120 од 05.02.2024. године.

1. Увод

Вршење грађанских субјективних права је понашање субјектата грађанскоправног односа у складу са овлашћењима и обавезама, што гарантује реализацију садржине субјективних права и остваривање правног циља (настанак, измена, пренос или престанак права). Правна заштита грађанских субјективних права се остварује у судском поступку када изостане добровољно вршење грађанских субјективних права.

У правној теорији је спорно да ли је право на правну заштиту елемент грађанског субјективног права које је повређено или представља посебно субјективно право. По једном учењу (монистичка, цивилистичка теорија), повредом субјективног права настаје тужба у материјалном смислу која није никакво посебно субјективно право, већ елемент постојећег субјективног права – захтев који се активира у случају повреде (Поповић, 1974 : 245, 259; Ковачевић Куштримовић, Лазић, 2008: 161, 388; Николић, 2013: 11, 223). Другачије учење, које преовлађује у теорији процесног права, сматра право на правну заштиту аутономним јавним субјективним правом које се гарантује свим правним субјектима. Титуларима права се признаје право на правну заштиту као индивидуално људско право из корпуса права на правично суђење гарантовано уставом и наднационалним прописима (Петрушић, 2024: 28, 29). Пажњу заслужује схватање да „сметањем државине настаје захтев као субјективно право... Речено уопште није условљено већинским ставом да државина није субјективно право, јер опет је државински захтев субјективно право...” (Кнежевић, Цветић, 2019: 1057).

Поред правне заштите на нивоу државе (национална заштита), ратификацијом Протокола 1 уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода¹, омогућена је додатна судска заштита права на имовину пред Европским судом за заштиту људских права у Стразбуру (ЕСЉП), у случају када је повреду права извршила јавна власт. „Свако физичко или правно лице има право на несметано уживање своје имовине. Нико не може бити лишен своје имовине, осим у јавном интересу и под условима предвиђеним законом и општим начелима међународног права”².

1 Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, донета је у Риму, 1950. године, а Протокол 1 1952. г. Србија је (као чланица Државне заједнице Србија и Црна Гора) Протокол 1 ратификовала 2003. године, а примењује се од 2004. године. *Сл. лист СЦГ – Међународни уговори*, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005 – испр. и *Сл. гласник РС – Међународни уговори*, бр. 12/2010 и 10/2015.

2 Чл. 1 Протокола.

2. Предмет, сврха и метод заштите стварних права

Стварноправна заштита је примарно усмерена на успостављање имовинског стања оштећеног лица какво је било пре повреде права (натурална реституција), а тек ако то није могуће онда на накнаду вредности ствари (новчана реституција). Основ ове заштите лежи у праву титулара стварног права да свако треће лице искључи од утицаја на ствар (*ius excludendi tercij*). Принцип слободног вршења грађанских субјективних права може бити ограничен једино законом у јавном интересу (експропријација или ограничавање садржине на појединим предметима (пољопривредно земљиште, шуме, културна добра итд.). Ограничење права у јавном интересу неупитно је и за Европски суд за људска права, уз нагласак да је потребно обезбедити законитост поступка и равнотежу између интереса заједнице и индивидуалних права појединаца³. „Ниво накнаде мора бити „сразмеран” у односу на вредност узете имовине, при чему се не захтева нити пуна накнада, нити иста висина накнаде за сваку категорију лишавања имовине”⁴. По ставу ЕСЉП, „појам добра (*les biens*) не подразумева само својину на телесним стварима, већ и право задржавања, потраживања, право на акције, на патенте, пензијско право, право на закупнину, на клијентелу и други економски интереси уживају заштиту”⁵.

Повод за захтевање судске заштите је угрожавање или повреда неког субјективног права услед које је, по правилу, настала имовинска или неимовинска штета. Повреда стварних права се врши непоштовањем обавезе уздржавања, тако што је треће лице титулару стварног права сметало (онемогућило или отежало) вршење неког овлашћења. Радње правне заштите се реализују у одговарајућем поступку правне заштите (парнични, ванпарнични, извршни). Поступак заштите се покреће тужбом која садржи одређени тужбени захтев. Тужилац може да захтева да суд утврди постојање, односно непостојање неког права, постојања чињеница,

3 Јан и други против Немачке од 30. јуна 2005, представке 46720/99, 72203/01 и 72552/01. <https://www.vrh.sud.rs/sites/default/files/attachments/JAN%20I%20DRUGI%20protiv%20NEMA%C4%8CKE.pdf>

4 Литгоу и други против Велике Британије, представке 9006/80 et seq., пресуда од 8. јула 1986, став 121, одбијена је жалба подносиоца представке да мере накнаде у случајевима национализације морају бити исте (тржишна вредност) за принудно откупљену земљу (Harris, O’Boyle, Warbrik, 533, цит према Крстић, Маринковић, 2016: 242).

5 Случај Gasus Dossier 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.

повреду права личности или истинитост, односно неистинитост неке исправе⁶. Тужилац може предложити да тужени уместо дуговане чинидбе плати одређени новчани износ или изврши другу чинидбу⁷.

Код судске заштите стварних права разликује се својинска (петиторна) и државинска (посесорна) заштита, тако у Немачкој, Лихтенштајну, Мађарској итд. (Водинелић, 2013: 280)⁸. У правној науци се различито разматрају класификације тужби, односно тужбених захтева, са одређеним разликама у материјалном и процесном грађанском праву. Најшире прихваћена подела у материјалном праву је подела тужби према врсти грађанског субјективног права (стварноправне, облигационоправне, наследне и др. тужбе). Стварноправне тужбе, према основу из кога се изводи захтев, деле се на својинске – петиторне (реивиндикациона, публицијанска, негаторна, конфесорна, заложна итд.) и државинске (посесорне) тужбе. У грађанској процесној теорији се врши подела тужби према садржини тражене правне заштите на: кондемпнаторне (тужбе за осуду на чинидбу), декларативне (тужба за утврђење) и конститутивне (тужба за преиначење). Међутим, посесорни и петиторни поступци су потпуно другачијег предмета доказивања, релевантних приговора и других карактеристика. Циљ ових тужби је да власник или други титулар стварног права добије одузету индивидуално одређену ствар (*in species*) или да спречи друге радње сметања стварног права. Исти циљ се понекад може остварити и поступком заштите државине. Међутим, „посесорна заштита државине се пружа по посесорним тужбама (§§ 858 и др. BGB⁹), независно од постојања тужиочевог овлашћења на државину и непостојања права туженог да задире у тужиочеву државину. Петиторна заштита државине (§1007 BGB) заштиту остварује на основу јачег права на државину... Израз посесорна заштита државине подесан је да означи разлику спрам сваке петиторне заштите државине која се пружа на основу повреде права на државину (по реивиндикацији, негаторији, конфесорији, кондикцији, верзијском захтеву, одштетном захтеву и др.)” (Водинелић, 2013: 278, 279). Сматрамо да су материјалноправне поделе погодније да укажу на бројне разлике између ових поступака заштите, иако је

6 Чл. 194 Закона о парничном поступку (ЗПП), *Сл. гласник РС*, бр. 72/2011, 49.2013 – одл. УС, 74/2013 – одл. УС, 55/2014, 87/2018 и 18/2020 и 10/2023 – др. закон.

7 Чл. 196 ЗПП.

8 „Али разлика између посесорне и петиторне заштите државине понегде значи и разлику између врста власти које заштиту пружају. У Мађарској, за посесорну заштиту државине надлежан државни орган је нотар при јединици локалне самоуправе, док се петиторна заштита државине остварује путем суда” (Водинелић, 2013: 280).

9 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), донет 1896. године са каснијим изменама и допунама.

државинска тужба кондемпнаторног¹⁰ карактера, као и све петиторне тужбе. Кондемпнаторним тужбеним захтевом се тражи да суд наложи туженом да у корист тужиоца нешто учини, пропусти или трпи.

Зато су однос петиторног и посесорног захтева различито регулисани у упоредном праву, а често постоји искључење кумулације ова два захтева, нпр. у Белгији¹¹. У нашем праву се петиторна и посесорна тужба не искључују, али се по њима предмети не могу спајати, већ се истовремено воде два одвојена поступка. Ипак, раније окончање петиторног поступка је разлог за приговор у државинском поступку (*petitorium absorbet possessorium*). Циљ и предмет заштите је исти – кондемпнаторни, иако се карактер фундаментално разликује. Зато се и даље држимо поделе стварноправних тужби на својинске (петиторне) и државинске (посесорне). Са процесног аспекта тужбе су јединствени инструмент који има различите тужбене захтеве.

3. Карактеристике својинских стварноправних тужби

У овом раду детаљније разматрамо својинску (петиторну) заштиту стварних права. Својинске (петиторне, *petitum*) тужбе за заштиту својине су: тужба за повраћај ствари по основу својине (*actio rei vindicatio*); тужба за повраћај ствари по државинском основу (*actio Publiciana*); тужба због сметања или узнемиравања својине (*actio negatoria*). Петиторне тужбе су и конфесорна тужба (*actio confesoria*) и заложна тужба (*actio pignoris*). Регулисане су Законом о основама својинскоправних односа (ЗОСПО)¹², али је сам поступак регулисан Законом о парничном поступку (ЗПП).

3.1. Тужба за повраћај ствари (реивиндикациона тужба)

Тужба за повраћај ствари – реивиндикациона тужба је петиторна тужба коју подиже власник против држаоца код кога се неовлашћено налази његова индивидуално одређена ствар захтевајући да му она буде

¹⁰ Државинска тужба није могућа у случајевима када је немогућ повратак у пређашње државинско стање (нпр. исечено је стабло), па се проблем решава утврђивањем радње сметања и забраном даљег сметања, а посебном тужбом се покреће поступак за накнаду штете.

¹¹ „Спајање је искључено у Француској, где је члан 1265 ЗПП изричит да то не допушта. У важећем немачком праву је допуштена кумулација посесорног и петиторног захтева у једној тужби. Али док једни сматрају да у том случају постоје два захтева и два предмета спора, други држе да је посредни један, а првима је важан аргумент да само тај став обезбеђује да се хитније поступа у посесорној ствари, што и тражи њена природа...” (Водинелић, 2013: 293, 294).

¹² *Сл. лист СФРЈ*, бр. 6/80 и 36/90, *Сл. лист СРЈ*, бр. 29/96 и *Сл. гласник РС*, бр. 115/2005 – др. закон.

враћена у државину како би реализовао овлашћења која му припадају. Петиторним тужбама се може захтевати заштита само поводом повреде овлашћења и обавеза поводом индивидуално одређене ствари (или индивидуализоване генеричке ствари) на којој тужилац има право својине.

Активно легитимисан субјект за подношење ове тужбе јесте власник ствари, односно сувласник или заједничар¹³. Сувласник, односно заједничар имају право на тужбу за заштиту права својине на целу ствар, а сувласник има право и на тужбу за заштиту свог права на уделу ствари¹⁴. На неки начин, ово је одступање од правила о нужним супарничарима, које постоји ако по закону или због природе правног односа тужбом морају да се обухвате сва лица која су учесници материјалноправног односа. Уколико нису сви нужни супарничари обухваћени, суд одбија тужбени захтев као неоснован (чл. 211 ЗПП). За обавезу обухватања свих нужних супарничара на страни тужиоца, у процесној литератури сматра се да тужбени захтев који истакне само један од власника повласног добра против власника послужног добра, треба „одбити од тражења” (Марковић, 1957: 217; потврдно о постојању активног нужног супарничарства и: Кеча, Кнежевић, 2022: 119)¹⁵. Активно легитимисан да поднесе тужбу је како власник који је имао државину па му је неовлашћено одузета, тако и власник који претходно није имао државину (нпр. стицалац својине на покретној индивидуално одређеној ствари фиктивном предајом). Пасивно легитимисан субјект, због права следовања стварних права, јесте оно лице код кога се ствар налази у фактичкој власти у моменту подизања тужбе, без обзира што је оно није одузело из државине тужиоца и без обзира колико је дуго било у државини ствари.

У складу са Законом о уређењу судова¹⁶ у првом степену надлежан је основни суд, осим ако вредност предмета спора не омогућава изјављивање ревизије (40 000 евра у динарској противвредности, *прим. аут*). Опште је правило да се вредност предмета спора ради наплате таксе утврђује

13 В. чл. 43 ЗОСПО.

14 Овај став потврђен је и у судској пракси: „Сувласник је активно легитимисан да захтев за заштиту права својине на заједничкој ствари и за њено враћање у државину постави у односу на целу сувласничку ствар” (Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж 4012/2021 од 8. 9. 2021. године).

15 Кључни аргумент против активног нужног супарничарства лежи у чињеници да се тако онемогућава остваривање права на правну заштиту једног од супарничара уколико остали титулари не желе да заштите своје право.

16 Чл. 25, ст. 1, т. 7 Закона о уређењу судова, „Сл. гласник РС”, бр. 10/2023.

према вредности коју предмет спора има у време подношења тужбе¹⁷. Вредност предмета спора у својинским и државинским парницама о непокретностима одређује се према тржишној вредности непокретности која је предмет спора¹⁸. Међутим, уколико је тужилац очигледно сувише високо или сувише ниско означио вредност предмета спора, суд ће, најкасније на припремном рочишту, а ако припремно рочиште није одржано, онда на главној расправи, пре почетка расправљања о главној ствари, брзо и на погодан начин да утврди вредност предмета спора¹⁹.

Искључива месна надлежност за суђење у споровима о праву својине и другим стварним правима на непокретности, споровима због сметања државине на непокретности, као и у споровима из закупних односа на непокретности, одређује се по подручју на коме се налази непокретност²⁰. Када су у питању покретне ствари важе правила о општој месној надлежности, према којима је надлежан суд места пребивалишта, боравишта или седишта туженог²¹, осим за ваздухоплове и бродове (према подручју уписника)²².

Право на подизање тужбе за заштиту својине „не застарева“²³, тачније није орочено преклузивним роковима, што се односи и на друга стварна права (друго је питање што стварне службености могу престати невршењем (3 године услед противљења власника послужног добра или 20 година обичним невршењем, што је потребно утврдити судском одлуком). Практично, овај захтев има власник који је лишен државине без правног основа.

ЗПП прописује обавезне и факултативне елементе тужбе. Обавезни елементи тужбе су: одређење стварно и месно надлежног суда, странака и њихових заступника, са подацима за идентификацију и местом пребивалишта, боравишта или седишта, предмет спора, одређени захтев у погледу главне ствари и споредних тражења, чињенице на којима тужилац заснива захтев, доказе којима се утврђују ове чињенице и потпис (чл. 98 ЗПП). Вредност предмета спора и правни основ јесу факултативни елементи тужбе.

17 Чл. 21, ст. 3 Закона о судским таксама, „Сл. гласник РС”, бр. 28/94, 53/95, 16/97, 34/2001 – др. закон, 9/2002, 29/2004, 61/2005, 116/2008 – др. закон, 31/2009, 101/2011, 93/2012, 93/2014, 106/2015 и 95/2018.

18 Чл. 26 Закона о судским таксама.

19 Чл. 33, ст. 3 ЗПП.

20 Чл. 51 ЗПП.

21 Чл. 39, 40 ЗПП.

22 Чл. 52 ЗПП.

23 Види чл. 37, ст. 2 и 3 ЗОСПО.

Основ и садржина тужбеног захтева одређују и предмет доказивања. Циљ својинске тужбе јесте повраћај ствари у државину власника по основу права својине. Терет доказивања обе чињенице на којима се темељи тужбени захтев – чињенице да је тужени власник ствари, као и оне где се ствар налази, је на тужиоцу – по принципу „ко шта тврди, то треба и да докаже”²⁴. Да би успео са тужбеним захтевом тужилац мора доказати: да има право својине и да се ствар коју треба предати налази код туженог.

Доказивање својине. Циљ ове тужбе није само утврђивање права својине, већ повраћај ствари. При одлучивању суд је везан тужбеним захтевом и не сме да прекорачи постављени захтев. Тако, ако неко тражи само утврђење права својине, не може се пресудом наложити и предаја ствари ако није захтевана. Суд, да би удовољио тужбеном захтеву за предају ствари, најпре мора да утврди да је тужилац власник ствари. Уколико је спорно ко је власник, то питање се поставља као претходно питање. Две су могућности – да суд ово условљавајуће питање размотри, што је у обавези да учини чак и да право својине није спорно („сваки захтев за осуду на чинидбу у себи прећутно садржи захтев за утврђење”), и о њему се изјасни у образложењу одлуке, или да, на захтев странке која је истакла међупредлог за утврђење као нови захтев за пресуду у току парнице, о овом питању мериторно одлучи²⁵. У првом случају одлука нема обавезујући карактер, јер је о питању права својине, суд, заправо, само заузео став, а у другом случају, кроз уношење у диспозитив пресуде, она постаје правноснажна, чиме се дефинитивно решава спор о постојању једног правног односа или права (Петрушић, 2024: 30). Свакако, уколико се треће лице јави као тужилац и тврди да има својину (нпр. савесни стицалац из начела поуздања, одржаја), суд мора поново да утврди ко је искључиви власник.

Тужилац приликом доказивања да је власник ствари може користити више доказних средстава из парничног поступка: јавне исправе, сведоци, саслушање странака, увиђај на лицу места итд. Не доказују се само чињенице које су општепознате и које је друга странка признала пред судом у току парнице, осим када суд и то сматра потребним. Доказивање зависи и од врсте ствари. Нпр. уколико је у питању непокретност, најједноставнији начин је доказивање изводом из катастра уколико је тужилац уписан као власник ствари. Уколико није уписан, а ванкњижни је власник, мора доказати постојање свих основа преноса својине од уписаног власника до њега као стицаоца (нпр. да је продавац ствар наследио од уписаног власника, а он је купио од њега). Ако се позива на стицање оригинарним

24 Чл. 231 ЗПП.

25 Чл. 195 ЗПП.

начином, нпр. одржајем, потребно је да докаже испуњеност претпоставки за оригинарни начин стицања (Лазић, 2024: 36). Отуда се овакве ситуације означавају као проблем тзв. „ђаволског доказивања” (*probatio diabolica*).

Доказивање државине туженог. Тужилац, да би успео са тужбеним захтевом мора да докаже да се ствар налази у фактичкој власти туженог, или да се налазила у моменту подизања тужбе па је лице сазнавши за спор, ствар отуђило или напустило. Ако тужени отуђи ствар или право о коме се води поступак, парница се може довршити међу истим странкама, осим ако, уз пристанак обе странке, на место туженог или тужиоца ступи прибавилац ствари или права²⁶. Међутим, када тужени држи ствари у туђе име, може именовати лице за које држи ствар (*nominatio auctoris*). Ако ауктор призна да тужени држи ствар у његово име и пристане да ступи у парницу на његово место (а тужилац се с тим сагласи) тужени се „ослобађа” поступка, а као друга страна у поступку јавља се ауктор²⁷.

Тужени може у својинској парници истицати две врсте приговора – дилаторне и перемпторне приговоре. Дилаторни приговор указује на преурањеност тужбеног захтева, а перемпторни на неоснованост (Николић, 2024: 376). Дилаторни приговори имају за последицу привремено одлагање усвајања тужбеног захтева као преурањеног, тј. неоснованог у моменту одлучивања. Суд доноси одлуку о одбијању тужбеног захтева, али се о новом и истоветном захтеву може поново одлучивати када престане право које овлашћује туженог на државину. Нпр. основ за овај приговор може бити важећи облигациони однос (закуп, остава, послуга...). Такође, то може бити важећи основ за овлашћење на државину по неком ограниченом стварном праву (ручна залога, плодуживање, употреба итд.).

Перемпторни приговори трајно одбијају тужбени захтев као неоснован, нпр. тужени истиче да је постао власник ствари одржајем или стицањем од невласника ако је у питању покретна ствар (*exceptio posterioris domini*); или да је ствар купио и да му је тужилац продао и предао туђу ствар у државину чији је власник продавац накнадно постао (*exceptio rei venditae et traditae*). Након доношења одлуке о овом питању, односно одбијања тужбеног захтева, ово питање се сматра коначно решеним. Перемпторни приговор би био позивање на начело поуздања у катастарску евиденцију од стране савесног стицаоца својине на непокретности (Лазић, 2023: 44).

На овом месту важно је поменути и доста комплексно питање права на дом, на начин како га одређује ЕСЉП, а прихвата га и Уставни суд. На основу критеријума ЕСЉП: „дом је физички ограђен простор где се одвија

26 Чл. 204 ЗПП.

27 Чл. 220 ЗПП.

приватни и породични живот. Реч је о простору са којима је одређено лице остварило довољно јаку и трајну повезаност, без обзира да ли борави у њему законито или не, као и без обзира да ли користи те просторије у својству власника или закупца²⁸. Да би тужени остварио своје право на дом, у теорији и судској пракси се поставило питање обавезе туженог да већ у првостепеном поступку истакне приговор да се користи својим правом на дом. Уставни суд је, међутим, стао на становиште да и сама околност да је тужени указивао на чињенично стање може да се подведе под значај приговора: „Наиме, подносиатељка је све време током поступка истицала да у предметном стану живи од 1972. године, да су ту рођене и њене ћерке, да редовно плаћа закупнину за тај стан и да је решењем суда – који замењује уговор о закупу предметног стана од 1992. године, донетим по предлогу њеног сада покојног супруга, утврђено да је она члан породичног домаћинства²⁹. Дакле, одлучујући о праву на дом, судови одлучују о два супротстављена права – праву својине, односно овлашћењу власника да користи своју ствар, и праву на дом. Право на дом, док траје, искључује право власника на повраћај државине ствари.

Уколико тужени изгуби парницу стиче одређене обавезе које се могу спровести добровољно у одређеном року или принудним путем. Тужени је обавезан да ствар врати у месту у коме се ствар налази у време доношења судске одлуке. Положај туженог у погледу обима враћања ствари зависи од његове савесности. Савесни држалац је лице које је оправдано веровало да ствар држи као власник или титулар другог права, односно да је имао овлашћење на државину. Савесност државине се претпоставља, а савесни држалац постаје несавестан од тренутка када му је тужба достављена, ако се не докаже да је био несавестан и пре тога. Савестан држалац враћа ствар у стању у коме се налазила у моменту подизања тужбе. Он као савестан држалац не дугује накнаду за коришћење ствари, као ни за умањење вредности ствари или за пропаст ствари. Плодови (убрани, потрошени, пропали) му припадају у потпуности, тако да враћа само плодове који нису убрани као саставни део ствари³⁰. Несавесни држалац враћа ствар са постојећим плодовима, а за убране, уништене, отуђене или потрошене плодове, дугује накнаду вредности. Обавезан је да накнади штету насталу погоршањем или пропашћу ствари, осим ако докаже да би штета настала и да се ствар налазила код власника.³¹

28 Подршка Европске уније Правосудној академији, Право на дом, <https://cref.eakademija.com/images/pdf-pravni-koncepti/Pravo-na-dom.pdf>, стр. 3, приступ сајту 9. II. 2024.

29 Уж - 2486/2017, детаљније: Чановић, 2021: 523, Тасић, 2022: 339.

30 В. чл. 38, ст. 1 и 2 ЗОСПО.

31 В. чл. 39, ст. 3 ЗОСПО.

Тужени који је изгубио својинску парницу и вратио ствар тужиоцу има право да од њега као власника ствари захтева накнаду трошкова које је имао око одржавања ствари. Трошкови се класификују као нужни, корисни и луксузни, а право на накнаду зависи од врсте трошкова и од савесности држаоца³². Право на накнаду трошкова у вези са одржавањем ствари је облигациони захтев и може се користити у преклузивном року од три године, од дана предаје ствари власнику. Савесни држалац има право да задржи ствар (*ius retentionis*) док му власник не накнади вредност трошкова.

3.2. Публицијанска тужба

Публицијанска тужба (*actio Publiciana*) је тужба за повраћај државине ствари коју подиже узупапиони држалац – савесни држалац ствари (својински држалац) који се налази у одржају (претпостављени власник), против лица које му је ствар неовлашћено одузело. Захтева се повраћај у државину обухвата индивидуално одређене (или индивидуализоване) покретне или непокретне ствари подобне за одржај (Лазић, 2024: 37).

Публицијанска тужба је намењена узупапионом држаоцу за време док траје стицање својине одржајем. Међутим, ову тужбу он може користити и касније, након протекла рока за одржај. Такође, ову тужбу може користити и власник ствари коме је иста одузета ако жели да избегне проблем доказивања права својине, доказујући само јачи основ државине у односу на туженог. Ако је тужба подигнута против власника ствари, власник ће добити спор истицањем приговора *exceptio iusti domini*. Пасивно легитимисано је лице које је одузело државину узупапионом држаоцу, односно свако треће лице код кога се та ствар налази у државини у моменту подизања тужбе.

Публицијанска тужба је веома корисна зато што омогућава постизање жељеног циља са олакшаним теретом доказивања, јер се за реализацију тужбеног захтева не тражи доказивање својине, већ узупапионе државине, односно јачег овлашћења на државину.³³ Ово је једна својинска (петиторна) тужба са државинским основом. Да би успео са тужбеним захтевом за повраћај ствари, тужилац не доказује да има право својине (без обзира да ли га има или нема), већ доказује правни основ своје државине подобне за редовни одржај на који се позива. Он мора доказати постојање законите својинске државине и праве државине. Савесност се претпоставља, тако да несавесност државине тужиоца доказује тужени. Ако се позива на стицање државине на основу ванредног

32 Чл. 38, ст. 6 ЗОСПО и чл. 39, ст. 5 ЗОСПО.

33 Чл. 41 ЗОСПО.

одржаја (за који се захтева само савесна државина), онда доказује само да је узупапиона својинска државина трајала неко време, јер се савесност претпоставља³⁴. Начелно, да би успео са тужбеним захтевом за повраћај ствари, тужилац треба да докаже да има бољи квалитет државине од туженог као држаоца ствари (или својину ако је власник ствари).

Код публицијанске тужбе се упоређују (рангирају) претходна државина тужиоца и државина туженог. Тако, ако је тужени „обичан” држалац (нпр. несавестан па нема услов за одржај), онда предност има тужилац као узупапиони држалац. Међутим, може се десити да и тужени има узупапиону државину, и тада се упоређује квалитет њихових државина³⁵. У сукобу државинских основа бољи је онај држалац који има државину подобну за стицање својине редовним одржајем (законита и савесна државина) у односу на узупапионог држаоца за ванредни одржај (савесна државина). Ако и тужилац и тужени имају квалификовану државину одговарајућу за стицање својине редовним одржајем, ствар ће припасти ономе који је до законите државине дошао на основу теретног правног посла управљеног на стицање својине (продаја или трампа). Ако су и у томе једнаки – обе државине су подобне за исти одржај – примењује се правило: *In pari causa, melior est conditio possidentis* – под истим условима држалац ствари треба да има бољи положај. То значи да ствар остаје код туженог и тужбени захтев ће бити одбијен.

Тужилац може имати исте захтеве као и код реивиндикационе тужбе у погледу враћања ствари и плодова, а тужени исте захтеве у погледу трошкова одржавања ствари. На захтеве за предају плодова и накнаду утрошених и пропуштених плодова, као и на захтеве туженог за накнаду трошкова (нужни, корисни и луксузни) сходно се примењују правила за реивиндикациону тужбу.

3.3. Тужба због узнемиравања власника

Тужба због узнемиравања (угрожавања) власника (*actio negatoria*, негаторна тужба) у вршењу својине на ствари је петиторна тужба коју подиже власник ствари (или претпостављени власник) против лица које га ограничава у вршењу неког својинског овлашћења – државине ствари или овлашћења употребе или прибирања плодова. Тужбеним захтевом се тражи престанак узнемиравања. Основ за подизање ове тужбе лежи у искључивости права својине. Власник ствари је овлашћен

34 У пракси обе стране учествују у поступку доказивања, а претпоставка савесности само олакшава правни положај. Тако, ако тужени оспорава савесност државине, тужилац је мора доказивати, макар пасивном одбраном – оспоравањем навода туженог.

35 Чл. 41 ЗОСПО.

да од коришћења ствари искључи свако треће лице. Отуда и право на захтев за престанак неоснованог узнемиравања од стране трећих лица, чак и онда када оно није, изричито, законом предвиђено³⁶.

Право на подизање негативне тужбе припада физичком или правном лицу коме је као власнику или претпостављеном власнику извршено ограничавање неког од својинских овлашћења³⁷. То је најчешће власник ствари, али то може бити и узупациони држалац, тзв. претпостављени власник. Тужба се подиже против лица које врши узнемиравање – чињењем или нечињењем ако је обавезан на чињење. Ако узнемиравање врши у име другог, он га може именовати (*nominatio auctoris*), тако да се надаље парница може водити против ауктора (преиначење тужбе).

Узнемиравање, односно ограничавање својине сметањем је, најчешће, на непокретним, али може се извршити и на покретним, индивидуално одређеним стварима (нпр. ометање употребе аутомобила, пољопривредних машина и сл.). Угрожавање својине и узнемиравање власника се може извршити на разне начине. То могу бити неосноване претензије трећих лица које су праћене коришћењем ствари, нпр. прелаз преко туђег земљишта, бацање отпада у туђу њиву, заузимање земљишта померањем међе, узимање резервног кључа аутомобила и сл. Често се узнемиравање својине на непокретностима врши прекомерним имисијама које долазе са суседовог земљишта (бука, дим, чађ). Власник (претпостављени власник) може подићи негативну тужбу ако су имисије прекомерне, односно такве да се њима отежава коришћење непокретности преко мере која је уобичајена с обзиром на природу и намену непокретности и на месне прилике, или којима се проузрокује знатнија штета³⁸. Сметање може бити извршено и вербалном радњом која је оправдано довела до реалног узнемиравања, односно довела је до одређеног сужавања својинског овлашћења (нпр. тврђење суседа да има право негативне службености видика, тј. да власник нема право градње зграде изнад одређене висине).

Узнемиравање као основ негативног захтева мора да има трајан карактер или да се понавља. Једнократно узнемиравање, нпр. пролаз преко плаца због тренутно поплављеног пута, није достојно заштите. Потребно је да је засновано одређено стање које се може квалификовати као трајно узнемиравање права својине.

Тужилац код тужбе за сметање својине треба да докаже:

36 У СГЗ није било посебних одредаба о овој тужби, осим у случају заштите власника од лица које тврди да на његовој ствари има право службености.

37 Чл. 42 ЗОСПО.

38 Чл. 5 ЗОСПО.

– да је власник или да је квалификовани (узукапиони) држалац ствари (својински држалац), без обзира да ли има или нема државину. Тужилац није дужан да доказује да тужени нема право по основу кога врши узнемиравање. Он доказује само да постоји угрожавање његовог права, а тужени доказује да је овлашћен на одређене радње на туђој ствари, нпр. да има службеност пролаза, да има овлашћење из суседских односа на основу судске одлуке и сл. Терет доказивања пада на туженог јер се својина сматра слободном од сваког ограничења, а ко тврди супротно, то мора и доказати.

– да је тужени извршио узнемиравање својине сужавањем неког својинског овлашћења. Тужилац је ометан у вршењу својине ако му се не омогућава потпуно вршење својинских овлашћења (држања, употребе и убирања плодова). Као сметање (узнемиравање) се квалификује свако неовлашћено задирање у својинска овлашћења власника или претпостављеног власника којим се не одузима државина ствари. Узнемиравање се врши неовлашћеном употребом туђе ствари, и то на два начина: тако да се не онемогућава нити сужава употреба ствари од стране власника (нпр. неко пролази кроз суседов плац само када је власник одсутан) и тако да се власник онемогућава да врши употребу у ранијем обиму или му се употреба отежава (нпр. истовар песка на улазу у двориште услед чега је отежан улаз у двориште, имисије са суседове парцеле – претерана бука, сливање отпадних вода и сл.). Према основу узнемиравања, узнемиравање може бити само фактичко (без истицања правних претензија) или и правно и фактичко (нпр. коришћење пута по основу тврдње да постоји службеност пролаза).

Негаторна тужба има за циљ престанак узнемиравања, као и забрану будућег узнемиравања ако се према приликама може очекивати да ће се оно поновити. Суд се мора кретати у границама тужбеног захтева. Тужилац може захтевати само да се престане са радњом сметања и отклоне средства сметања, а може захтевати и да се забрани будуће сметање ако се може очекивати његово понављање. Одлуком се налаже туженом да у одређеном року и о свом трошку поступи по пресуди. Ако не предузме одговарајуће радње добровољно, примениће се принудно извршење. Ако извршни дужник не испуни обавезу на чињење, нечињење или трпљење утврђену извршном исправом, суд може у извршном поступку, а на предлог извршног повериоца, да наложи извршном дужнику накнадни рок извршења, а затим и наплату судских пенала за сваки дан задоцњења³⁹. Поред налагања одређене радње ради отклањања сметања и уздржавања од будућег сметања по основу негаторне тужбе, могућа је и облигациона заштита у поступку за накнаду штете.

39 Чл. 340 Закона о извршењу и обезбеђењу.

И код негаторне тужбе се тужени може бранити дилаторним и перемторним приговорима, сходно правилима за реивиндикациону тужбу. Радње узнемиравања власника у вршењу својине морају да буду неосноване, односно противправне. Власник не може успети са тужбеним захтевом за сметање, ако тужени истакне приговор да врши радње на основу права, нпр. конституисане стварне службености⁴⁰, или на основу јавноправних прописа, нпр. спровођење каблова за пренос електричне енергије. То је перемторни приговор јер се ради о трајним правима. У случају да се ради о вршењу радњи на тужиочевој ствари по овлашћењу из личне службености плодуюживања или употребе, ради се о дилаторном приговору. Негаторна тужба се може користити и за заштиту од узнемиравања које не потиче од људске радње, нпр. ветар обори дрво у суседово двориште, а власник дрвета не жели да га уклони. Кривица лица које врши узнемиравање својине није услов за ефикасно коришћење негаторне тужбе.

3.4. Конфесорна тужба – тужбе за заштиту службености

Конфесорна тужба (*actio confessoria*) је петиторна тужба за заштиту службености. Основ ове тужбе је постојање овлашћења на државину, употребу или прибирање плодова по основу неке врсте службености – стварне или личне. Ако је то стварна службеност, користи је власник повласног добра као титулар стварне службености коме је власник послужног добра извршио сметање државине права одузимањем или ограничавањем стварне службености, нпр. службеност пута у прецизираним границама преко послужног добра.

Власник повласног добра може конфесорном тужбом захтевати да се према власнику послужног добра утврди⁴¹ постојање стварне службености или да власник послужног добра или треће лице као тужени престане са радњама којима се одузима или ограничава вршење стварне службености⁴². Активну легитимацију има и лице које има овлашћење на коришћење стварне службености (закупац, плодуюживалац итд.) добијено од власника повласног добра.

У правној теорији се сматра да би и зукапионом држаоцу права стварне службености који има државину подобну за одржај службености, до протекла рока одржаја требало дати могућност коришћења публицијанске конфесорне тужбе против лица које га омета одузимањем

40 Због трајности стварних службености и преноса са својином на повласном добру, сматрамо да се ради о трајном приговору.

41 Чл. 56 ЗОСПО.

42 Чл. 57 ЗОСПО.

државине права стварне службености (претпостављени титулар стварне службености). У току одржаја узускапиони држалац треба да ужива заштиту према свим трећим лицима, осим према власнику послужног добра који може користити негативну тужбу за заштиту својине. Основ за овакву тврдњу постоји у аустријском праву⁴³. Српски грађански законик није предвидео овакву могућност, али сматрамо да је треба дозволити. На узускапионог држаоца стварне службености се сходно примењују правила која важе за претпостављеног власника код публицијанске тужбе. Пасивно легитимисано је лице које је извршило одузимање или сметање службености, било као власник послужног добра, било као треће лице које врши сметање стварне службености.

Да би успео са тужбеним захтевом, тужилац мора да докаже да је титулар права одговарајуће стварне службености као власник или сувласник повласног добра или као овлашћени вршилац неког стварног права (плодоуживање, употреба, становање) или облигационог права (закуп). Такође, мора да докаже радњу сметања – одузимање или ограничавање у вршењу државине стварне службености од стране туженог.

Тужбом се тражи успостављање фактичког стања онаквог какво је било пре радње сметања и уздржавање од будућих радњи сметања. Ако је дошло до сужавања овлашћења на државину, титулари службености могу користити и државинску тужбу. Међутим, ако постоји сметање овлашћења на употребу или прибирање плодова, на располагању им је само конфесорна тужба.

3.5. Заложноправна тужба

Заложноправна тужба (*actio pignoris*) је петиторна тужба која служи за заштиту овлашћења заложног повериоца код ручне залоге (залогопримац) у случају када му заложни поверилац или треће лице неовлашћено одузме државину на предмету залоге. Залогопримац има само овлашћење да држи ствар ради чувања, а нема остала својинска овлашћења (употреба и прибирање плодова). Ова могућност враћања државине заложене ствари, петиторном или посесорном тужбом, је од значаја за постојање саме ручне залоге. Поверичево заложно право престаје трајним губитком државине, односно поново настаје када поверилац поврати државину ствари⁴⁴. Начелно, заштита је могућа и од узнемиравања држања ствари, иако заложни поверилац нема овлашћења коришћења заложене ствари.

43 § 523 АГЗ.

44 Чл. 986 ЗОО.

Заложну тужбу може користити залогопримац који је лишен државине права залог. Пошто само заложни поверилац код ручне залог (евентуално код заложног права на правима, нпр. државина менице или чека) има овлашћење на државину, а не и остали заложни повериоци (хипотекарни повериоци, повериоци код регистроване залог итд.), он може користити ову тужбу у случају када је лишен државине. Међутим, хипотекарни поверилац и заложни поверилац код регистроване залог могу користити тужбу за заштиту имовинских права у случају умањења вредности заложене ствари несавесним поступањем заложног дужника. Пасивно легитимисан је заложни дужник или треће лице које је извршило одузимање ствари.

Да би успео са тужбеним захтевом, заложни поверилац мора доказати постојање заложног права по основу кога има овлашћење на државину. Уколико има више заложних поверилаца, када залог престане за ранијег по рангу, настаје за каснијег по рангу. У том случају и он може захтевати предају ствари у државину по основу насталог овлашћења. Пошто се ради о петиторној тужби, тужилац је може користити против актуелног држаоца све до момента престанка заложног права.

4. Закључак

Поједини класични институти, попут својинскоправне заштите стварних права, одолели су тесту времена од римског права до данас. У раду је представљено пет тужби чији је циљ судска заштита стварних права – *actio rei vindication*, *actio Publiciana*, *actio negatoria*, *actio confessoria* и *actio pignoris*. Аутори су у раду настојали да, најпре, укажу на правни значај подела тужби према предмету, односно према садржини правне заштите, односно на материјалну и процесну поделу тужби. Указали су, даље, на поводе пружања правне заштите, а акценат су, када је реч о поступку, ставили на тужбу за повраћај ствари, најпотпуније уређену према ЗОСПО. Аутори су приметили да, иако је овај институт опстао у својој суштини, неке нове тенденције, попут права на дом, установљеног праксом Европског суда за људска права, а потврђеног одлукама Уставног суда Републике Србије, ако не доводе у питање сам концепт права својине, оно уводе ограничења у коришћењу сопствене ствари.

Литература и извори

- Публикације
Водинелић, В. В. (2013). *Чему посесорни поступак*, Правни записи, Београд, бр. 2, 2013.
Кеча, Р., Кнежевић, М. (2022). *Грађанско процесно право*. Београд.

Кнежевић, М., Цветић, Р. (2019). *Природа рокова за судску државинску заштиту (чл. 77 ЗОСПО)*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 3, 2019.

Ковачевић Куштримовић, Р., Лазић, М. (2008). Увод у грађанско право. Ниш.

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

Лазић, М. (2023). *Начело поуздања у регистар непокретности и уговорно стицање својине од књижног власника, први део, Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 100.

Лазић, М. (2024). *Начело поуздања у регистар непокретности и стицање својине одржајем на непокретним стварима, други део, Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 102.

Марковић, М. (1957). *Грађанско процесно право, књига 1, свеска 1, Београд*.

Николић, Д. (2024). *Увод у систем грађанског права, XVIII издање, Нови Сад*.

Подршка Европске уније Правосудној академији, Право на дом, <https://cref.eakademija.com/images/pdf-pravni-koncepti/Pravo-na-dom.pdf>.

Петрушић, Н. (2024). *Грађанско процесно право, парнично процесно право, Ниш*.

Поповић, М. (1974). *Појам субјективног права, Нови Сад*.

Станковић, О., Орлић, М. (1993). *Стварно право, Београд*.

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

Чановић, Ј. (2021). *Право на поштовање дома у пракси Уставног суда Републике Србије (Утицај праксе Европског суда за људска права)*. Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске Уније (2021). Крагујевац.

Прописи

Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), донет 1896. године са каснијим изменама и допунама.

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода са каснијим протоколима, укључујући Протокол 1, *Сл. лист СЦГ – Међународни уговори*, Бр. 9.2003, 5.2005 и 7.2005 – испр. и *Сл. гласник РС – Међународни уговори*, Бр. 12.2010 и 10.2015.

Закон о парничном поступку, *Сл. гласник РС*, Бр. 72.2011, 49.2013 – одл. УС, 74.2013 – одл. УС, 55.2014, 87.2018 и 18.2020 и 10.2023 – др. закон.

Закон о судским таксама, *Сл. гласник РС*, Бр. 28.94, 53.95, 16.97, 34.2001 – др. закон, 9.2002, 29.2004, 61.2005, 116.2008 – др. закон, 31.2009, 101.2011, 93.2012, 93.2014, 106.2015 и 95.2018.

Закон о уређењу судова, *Сл. гласник РС*, Бр. 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 polidatirij) 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"

ОРИГИНАЛНИ
НАУЧНИ РАД

Рад примљен: 11.12.2024.

Рад прихваћен: 17.12.2024.

Др Марија Драгићевић,*

Доцент,

Правни факултет, Универзитет у Нишу,

Република Србија

Др Горан Обрадовић,*

Редовни професор,

Правни факултет, Универзитет у Нишу,

Република Србија

DOI: 10.5937/zgrfn1-55346

КОНВЕНЦИЈА МЕЂУНАРОДНЕ ОРГАНИЗАЦИЈЕ РАДА БРОЈ 190 О СПРЕЧАВАЊУ НАСИЉА И УЗНЕМИРАВАЊА У СВЕТУ РАДА – разлози за ратификацију –**

Апстракт: Иако се много пута помиње у прописима Међународне организације рада, питање насиља и узнемиравања на раду све донедавно није било непосредна и главна тема ниједне конвенције ове важне међународне организације. Стога је Конвенција број 190 о насиљу и узнемиравању у свету рада изузетно важна, будући да је то први и једини међународни правни пропис који се непосредно бави насиљем и узнемиравањем на раду. Поред тога, ова конвенција има изузетно широко подручје примене у погледу лица и области на које се примењује. Њен циљ је да пружи заштиту запосленима и другим лицима од насиља и узнемиравања на раду у свим секторима, било да су приватни или јавни, у формалној или неформалној економији, у урбаним или руралним подручјима. У овој раду аутори разматрају Конвенцију број 190, њене основне карактеристике и дефиниције које даје, подручје примене, начин уређења поступка превенције и заштите од насиља и узнемиравања на раду. Након тога, аутори дају оцену да ли је, с обзиром на постојећи степен правне заштите запослених и других радно ангажованих лица од насиља и узнемиравања на раду у Републици Србији, један овакав акт потребан нашој земљи, те ако јесте шта би ново и боље донео

* marijad@prafak.ni.ac.rs, ORCID 0000-0002-2477-9835

* obrad@prafak.ni.ac.rs, ORCID 0000-0001-8770-493X

** Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства науке, технолошког развоја и иновација РС, по Уговору евиденциони број 451-03-65/2024-03/200120 од 5. 2. 2024. године.

нашем правном систему и заштити радно ангажованих лица у односу на постојеће стање.

Кључне речи: *Конвенција број 190, Препорука број 206, насиље, узнемиравање, злостављање, родно засновано насиље и узнемиравање, начело једнакости.*

1. Увод

Насиље, злостављање, узнемиравање и (сексуално) узнемиравање су значајан проблем на раду. Према студији Европског парламента, процењује се да 5–10% радне популације Европске уније у неком тренутку доживи насиље и (сексуално) узнемиравање (European Parliament, 2018: 8). С друге стране, подаци Међународне организације рада показују да 1 од 5 запослених (22,8% или 743 милиона) током радног века доживи насиље и узнемиравање на раду, при чему је скоро 1 од 10 запослених (8,5% или 277 милиона) је искусио физичко насиље и узнемиравање на раду, 1 од 5 запослених (17,9% или 583 милиона) је искусио психолошко узнемиравање на раду, а 1 од 15 запослених (6,3% или 205 милиона) је доживео неки облик сексуалног узнемиравања на раду (International Labour Organization, 2022: 8). Иако (сексуално) узнемиравање углавном погађа (младе) жене, мушкарци су, такође, редовно жртве насиља у узнемиравања, углавном као припадници рањивих група (особе са инвалидитетом или LGBT особе) (European Parliament, 2018: 8–9). Приметно је да је сексуално узнемиравање, такође, велики проблем у земљама које генерално пружају висок ниво заштите једнаког третмана мушкараца и жена (International Labour Organization, 2022: 8). Јасно је, дакле, да су насиље и узнемиравање важни проблеми који се јављају учестало у свакој друштвеној области. Осим што представља кршење основних људских права, насиље и узнемиравање угрожава једнаке могућности и третман у погледу запошљавања и занимања, неприхватљиво је и супротстављено основним циљевима радног права (достојанствен рад, морализовање радних односа итд.). Такође, оно може спречити особе да приступе, остану и напредују на тржишту рада, утичући, притом, на њихово здравље, породично и друштвено окружење. Стога, борба против насиља и узнемиравања на раду игра важну улогу у заштити основних људских права. И пре него што су поједини међународни и национални раднички покрети почели своју борбу, у оквиру Међународне организације рада је отпочет рад на усвајању међународних правних инструмената који ће се експлицитно и посебно бавити темом насиља и узнемиравања у свету рада (Petroglou, 2019: 16–17).

Прве дискусије су почеле 2013. године, а у новембру 2015. године је то питање Административни савет Међународне организације рада уврстио на дневни ред седнице Међународне конференције рада. На крају, овај процес је окончан 2019. године и резултирао је усвајањем два правна инструмента Међународне организације рада (међународна стандарда рада) – Конвенције број 190 о насиљу и узнемиравању¹ и Препоруке број 206 о насиљу и узнемиравању² – који регулишу насиље и узнемиравање у света рада. Конвенција број 190 јесте први међународни правни акт који се непосредно бави насиљем и узнемиравањем у свету рада и који успоставља минималне принципе и стандарде за превенцију и спречавање насиља и узнемиравања у свету рада, укључујући родно засновано насиље и узнемиравање. Њено усвајање представља прекретницу у борби против насиља, узнемиравања и дискриминације на раду – пракси и понашања која су, нажалост, и даље честа (Moreira Gomes, Da Silva Neto, 2022: 509). Основни значај Конвенције произилази већ из преамбуле у којој се, између осталог, насиље и узнемиравање квалификују као кршење или злоупотреба људских права и као претња једнаким могућностима, што се оцењује као неприхватљиво и неспојиво с достојанственим радом.³

Насиље и узнемиравање на раду је правно уређено и у Републици Србији, и то у више закона, међу којима су најзначајнији Закон о раду⁴ и Закон о спречавању злостављања на раду⁵. У овом раду, анализирајући одредбе Конвенције број 190 и Препоруке број 206, аутори настоје дати одговор да ли је, с обзиром на постојећи степен правне заштите запослених и других радно ангажованих лица од насиља и узнемиравања на раду у Републици Србији, један овакав акт потребан нашој земљи, те ако јесте, шта би ново и боље донео нашем правном систему и заштити радно ангажованих лица у односу на постојеће стање.

1 Violence and Harassment Convention, 2019 (No. 190). Преузето 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). Преузето 25. 10. 2024. https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:4000085:NO

3 Преамбула Конвенције број 190.

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

5 Закон о спречавању злостављања на раду, *Сл. гласник РС*, 36/2010.

2. Насиље и узнемиравање у нормативном оквиру Међународне организације рада

Међународна организација рада је 2019. прославила своју стогодишњицу. Од свог оснивања, на основу XIII дела Версајског мировног уговора, ова међународна организација је представљала примарно међународно тело посвећено усвајању међународних стандарда рада. Основни принципи ове организације су да је социјална правда од суштинског значаја за универзални и трајни мир и да свака особа има право на достојанствен рад. Ови основни принципи су утврђени још у Уставу Међународне организације рада, а накнадно су потврђени и експлицитно изражени у различитим важним декларацијама.⁶ Једна од најновијих, усвојена истовремено са Конвенцијом број 190, јесте Декларација стогодишњице Међународне организације рада за будућност рада, која посвећује велику пажњу једнакости могућности и третмана и заговара „свет рада без насиља и узнемиравања“ (International Labour Conference, 2019). Ова важна Декларација, заснована на свеобухватном извештају Глобалне комисије о будућности рада (Global Commission on the Future of Work, 2019), приказује будући пут за Међународну организацију рада и њене државе чланице и успоставља везу између достојанственог рада, основних стандарда рада и одрживости.⁷ Једнакост могућности и третмана у погледу запошљавања и занимања је једна од кључних тема Међународне организације рада и, стога, припада такозваним „основним принципима и правима на раду“, односно једном од четири основних принципа који чине основу минималног језгра заштите радничких права коју Међународна организација рада покушава да понуди. Основни принципи су даље разрађени у осам основних конвенција, при чему су две основне конвенције Међународне организације рада посвећене једнакости могућности и третмана, и то Конвенција бр. 100 о једнаком

6 Декларација о сврси и циљевима Међународне организације рада од 1944. године – Филадельфјска декларација (Declaration concerning the aims and purposes of the International Labour Organisation (ILO Declaration of Philadelphia), May 1944); Декларација Међународне организације рада о основним принципима и правима на раду од 1998. године (ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-up, June 1998); Декларација Међународне организације рада о социјалној правди у циљу праведне глобализације од 2008. године (ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization, June 2008).

7 Генерални директор Међународне организације рада је приликом усвајања Конвенције број 190 изјавио: „Оно што смо данас усвојили је мапа пута, компас који ће нас водити напред у будућности ове Организације, јер будућност рада је будућност наше Организације“. www.ilo.org/ilc/ILCSessions/108/media-centre/news/WCMS_711366/lang--en/index.htm.

награђивању мушке и женске радне снаге за рад једнаке вредности из 1951. године⁸ и Конвенција број 111 о дискриминацији у погледу запошљавања и занимања из 1958. године⁹. Значај ових конвенција у односу према насиљу и узнемиравању на раду је подвучен у новој Препоруци број 206, у којој се наводи да државе чланице треба да обезбеде да одредбе о насиљу и узнемиравању у националним законима, прописима и политикама узму у обзир једнакост и инструменте недискриминације Међународне организације рада, укључујући Конвенцију број 100 и Конвенцију број 111.¹⁰

Поред повреде права на једнакост, насиље и узнемиравање на раду представљају повреду и других социјалних права, пре свега повреду права на заштиту здравља и безбедности на раду, као и повреду приватности и уопште достојанства на раду. Пре усвајања Конвенције број 190, изворима права Међународне организације рада је била својствена само посредна заштита од узнемиравања на раду, која се гарантовала као интегрални део заштите безбедности и здравља на раду (Ковачевић, 2013: 468). У том смислу, за тему насиља и узнемиравања на раду важна је чињеница да је након усвајања горе поменутог извештаја Глобалне комисије за будућност рада, на нивоу Међународне организације рада одлучено да се истражи да ли би безбедни и здрави услови рада могли такође да буду укључени у „основне принципе и права“ Међународне организације рада. Иако се насиље и узнемиравање на раду не помињу експлицитно у главним конвенцијама и препорукама Међународне организације рада о безбедности и здрављу на раду, они се експлицитно помињу у Препоруци број 206, у којој се наводи да одредбе о безбедности и здрављу на раду и о насиљу и узнемиравању на раду садржане у националним законима, прописима и политикама треба да узму у обзир релевантне инструменте о безбедности и здрављу на раду Међународне организације рада, као што је Конвенција број 155 о безбедности и здрављу на раду из 1981. године¹¹ и Конвенција број 187 о промотивном оквиру за безбедност и здравље на

8 Equal Remuneration Convention, 1951 (No. 100). Преузето 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). Преузето 2. 11. 2024. https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312256:NO

10 Параграф 5. Препоруке број 206.

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

раду из 2006. године¹².¹³ Такође, вреди поменути да постоје наговештаји да ће два потоња, најопштија правна инструмента Међународне организације рада у области заштите безбедности и здравља на раду (Конвенција број 155 и Конвенција број 187), у будућности добити статус основних конвенција Међународне организације рада, чиме би се индиректно на ранг основних принципа подигла и заштита од насиља и узнемиравања на раду. У сваком случају, према Препоруци број 206, ратификација ових правних инструмената је важна како би се осигурало да су жртве насиља и узнемиравања адекватно заштићене и у складу са законима о условима рада (о безбедности и здрављу на раду).¹⁴ Од свих других конвенција Међународне организације рада, једина која експлицитно говори о (сексуалном) узнемиравању јесте Конвенција број 169 о староседелачким и племенским народима из 1989. године. Према њеним одредбама, радници који припадају староседелачким и племенским народима уживају једнаке могућности и једнак третман при запошљавању, као и заштиту од сексуалног узнемиравања.¹⁵ Имајући у виду наведено, нова Конвенција број 190 о насиљу и узнемиравању има за циљ да попуни празнину у нормативном оквиру Међународне организације рада и у оквиру међународног јавног права уопште у погледу насиља и узнемиравања на раду.

3. Нова конвенција Међународне организације рада о насиљу и узнемиравању у „свету рада“

Дана 21. јуна 2019. године, Међународна конференција рада усвојила је два инструмента за борбу против насиља и узнемиравања у „свету рада“. Конвенцију број 190 (правно обавезујући правни акт) и Препоруку број 206 (правно необавезујући правни акт који садржи смернице за унапређење спровођења одредаба Конвенције број 190) усвојио је „парламент Међународне организације рада“, и то огромном већином.¹⁶ Овај међународни законодавни процес је формално покренут

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

13 Параграф 5. Препоруке број 206.

14 Параграф 5. Препоруке број 206.

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

16 Конвенција број 190 усвојена је следећим бројем гласова: за је гласало 439, против 7 и уздржаних је било 30 чланова, док је за усвајање Препоруке број 206 гласало 397,

2015. године, а усвојени инструменти су резултат међународне сарадње и опсежних консултација са међународним организацијама, владама, синдикатима и другим друштвеним организацијама. Као што је напред поменуто, Конвенција број 190 се заснива на принципу једнакости могућности и третмана: једном од темељних принципа Међународне организације рада и, такође, једном од основних принципа међународних и регионалних уговора о људским правима и националних демократских правних поредака уопште. Важност овог принципа у борби против насиља и узнемиравања на раду се истиче на више места у Конвенцији број 190. Па се тако већ у преамбули Конвенције признаје да насиље и узнемиравање на раду могу представљати кршење или злоупотребу људских права и претњу једнаким могућностима, што је неприхватљиво и неспојиво са достојанственим радом. Поред тога, Конвенција се позива на Филаделфијску декларацију из 1944. године која потврђује да сва људска бића, без обзира на расу, пол или веру, имају право остваривати своју материјалну добробит и свој духовни развој у условима слободе и достојанства, економске сигурности и једнаких могућности.¹⁷ Такође, у посебном члану Конвенције број 190 повећеном основним начелима заштите од насиља и узнемиравања на раду, Конвенција прописује да све државе чланице имају обавезу да усвоје законе, прописе и политике којима се осигурава право на једнакост и недискриминацију у запошљавању и занимању, посебно за раднице, као и за друге рањиве групе или групе у рањивим ситуацијама које су несразмерно погођене насиљем и узнемиравањем у свету рада.¹⁸ Иако је нормативни принцип једнакости третмана у запошљавању и занимању јасан, из опсежног истраживања упоредног права које је спровела сама Међународна организација рада (тзв. Бели извештај), може се увидети да је правна заштита од насиља и узнемиравања на раду неретко фрагментована у различитим правним областима у законодавству бројних држава чланица (International Labour Conference, Report V(1), 2018: погл. 4 и 5). Конкретна права и забране су често укључене у различите законе: законе о раду, законе о једнакости могућности и третмана у запошљавању и занимању (недискриминацији) или кривичне законе, док су превентивне мере (обично одговорност послодавца) прописане законима о условима рада (безбедности и здрављу на раду) (International Labour Conference, Report V(1), 2018: пар.

против је било 12, а уздржаних 44 чланова. Видети: *Глобални мандат за спречавање и искорењивање насиља и злостављања у свету рада Конвенција МОП (бр. 190) и Препорука (бр. 206)*. Преузето: 22. 10. 2024. https://www.ramrrs.gov.rs/storage/documents/rZdXpzgJMuTolV_7PuThXCfedHVfknrBqlDzGV1Uu.pdf

17 Преамбула Конвенције број 190.

18 Чл. 6. Конвенције број 190.

188). Према тзв. Жутом извештају Међународне организације рада (који је представљао основу за развој интегрисаног приступа), уколико заштита од насиља и узнемиравања на раду није доступна у оквиру једног од наведених правних режима, то доводи до недовољне и непотпуне заштите жртава насиља и узнемиравања (International Labour Conference, Report V(1), 2018: пар. 189 и 265). Према наводима из овог истраживања, „интегрисан“ приступ се односи на координацију између различитих приступа спречавању и заштити од насиља и узнемиравања на раду, укључујући једнакост и недискриминацију, безбедност и здравље на раду, перспективе организације радног места, као и кривичног закона где је то прикладно, будући да насиље и узнемиравање може додирнути сваку од ових области. Ово из разлога што се само на тај начин може обезбедити да нема правних празнина у заштити коју жртве насиља и узнемиравања треба да уживају (International Labour Conference, Report V(2), 2018, пар: 59–60). Отуда, „интегрисан приступ“, заједно са инклузивним и родно одговорним приступом, чини начелну полазну тачку Конвенције број 190.

Основна сврха Конвенције број 190 је да призна и заштити право свакога на свет рада без насиља и узнемиравања.¹⁹ Осим што може довести до кршења људских права и угрозити једнаке могућности и достојанствен рад,²⁰ насиље и узнемиравање може негативно утицати на „психолошко, физичко и сексуално здравље, достојанство, породично и друштвено окружење“²¹ појединаца. Конвенција препознаје да насиље и узнемиравање утичу на квалитет јавних и приватних услуга, али и чињеницу да приступање и о(п)станак на тржишту рада, као и могућност напредовања на тржишту могу бити угрожени насиљем и узнемиравањем, и то нарочито женама.²² Према наводима из преамбуле Конвенције, родно зановано насиље и узнемиравање несразмерно утиче на жене и девојке, и стога је од суштинског значаја да се користи инклузиван, интегрисан и родно одговоран приступ, који се бави основним узроцима и факторима ризика, укључујући родне стереотипе, вишеструке и укрштајуће облике дискриминације и неједнаке родно засноване односе моћи.²³ Насиље и узнемиравање, такође, негативно утичу на организацију рада, односе на радном месту, ангажман радника, продуктивност рада и корпоративну репутацију.²⁴ Најзад, посебно значајно је да Конвенција напомиње да

19 Преамбула Конвенције број 190.

20 *Ibid.*

21 *Ibid.*

22 *Ibid.*

23 *Ibid.*

24 *Ibid.*

и насиље у породици може утицати на запошљавање, продуктивност, здравље и безбедност, те да владе, организације послодаваца и радника и институције тржишта рада могу помоћи, кроз остале мере, у препознавању, реаговању и решавању тог утицаја.²⁵

Номотехнички гледано, Конвенција број 190 се састоји од осам наслова који се сукцесивно баве дефиницијама (I), обимом (II) и основним принципима Конвенције (III), заштитом и превенцијом (IV), извршењем и правним лековима (V), смерницама, обуком, подизањем свести и методама примене. У оквиру овог рада, аутори ће се осврнути на дефиниције, подручје примене, те превенцију и заштиту, са крајњим циљем да дају одговоре на почетно истраживачко питање – треба ли Република Србија ратификовати Конвенцију број 190, и ако треба, који су основни разлози за то.

4. Дефиниција појма „насиље и узнемиравање“ у свету рада према Конвенцији број 190

Чињеница да су насиље и узнемиравање изузетно сложена појава, да обухватају широк спектар негативних понашања и пракси, те да се могу манифестовати на различите начине, чини сваки покушај да се ови појмови разграниче и одвојено дефинишу сложеном операцијом. Конвенција број 190 примењује интегрални приступ, при чему се под јединственим појмом насиља и узнемиравања на раду подразумева *„низ неприхватљивих понашања и пракси или њихових претњи, без обзира на то да ли су једнократна или поновљена, који имају за циљ, резултирају или би вероватно могле резултирати физичком, психолошком, сексуалном или економском повредом, а укључује родно засновано насиље и узнемиравање“*.²⁶

Поред тога, Конвенција број 190 дефинише и посебан појам „родно засновано насиље и узнемиравање“ у свету рада, одређујући га као *„насиље и узнемиравање усмерено на лица због њиховог пола или рода или које несразмерно погађа лице одређеног пола или рода, а укључује сексуално узнемиравање“*.²⁷

У наставку, Конвенција број 190 појашњава да се дефиниција оба термина може дати одвојено у националном законодавству, тако да државе чланице, ако им је воља, насиље и узнемиравање могу дефинисати у националним законима и прописима као јединствен појам или као одвојене концепте, али не смеју притом да доведу у питање дефиниције дате

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Чл. 1. ст. 1. тач. (а) Конвенције број 190.

²⁷ Чл. 1. ст. 1. тач. (б) Конвенције број 190.

у самој Конвенцији.²⁸ На овај начин, Конвенција даје широку и инклузивну дефиницију „насиља и узнемиравања“ у свету рада, обезбеђујући да највећи могући број радњи може потпасти под њену заштиту (физичко насиље, психичко узнемиравање, малтертирање, злостављање, сексуално узнемиравање итд.), али истовремено омогућујући да државе чланице Међународне организације рада задрже и неопходну флексибилност у спровођењу националне политике. Интегрални појам насиља и узнемиравања у суштини обухвата два одвојена, али функционално повезана појма, а то су (физичко) „насиље“ и (психичко) „узнемиравање“, које Конвенција број 190 дефинише као синониме (Каламатиев, Ристовски, 2022: 637). У неким ранијим правним инструментима Међународне организације рада, под појмом „насиље“ подразумевала се „свака радња, инцидент или понашање супротно разумном понашању, на основу којег је лице изложено нападима, претњама или повредама током рада или као директна последица његовог/њеног рада“ (International Labour Organization, 2003: 4). Међутим, паралелно са „физичким“ насиљем у свету рада, све чешће се појављује и „психичко“ насиље, односно узнемиравање. Научна и стручна литература не баштине општеприхваћену дефиницију овог појма, али се најчешће под тим појмом подразумева свако некоректно понашање које може да повреди личност, достојанство, физички или психички интегритет неког лица, вербалним злостављањем или другим радњама које, ако се посматрају засебно, нису тако озбиљне као насиље, али се њиховим понављањем успоставља агресија (Ковачевић, 2013: 473). Појам узнемиравање обухвата читаву серију понашања, укључујући психичко узнемиравање, дискриминаторско узнемиравање и сексуално узнемиравање (Ковачевић, 2013: 466). Наведени облици узнемиравања се успостављају понашањима којима се повређује достојанство и добробит запосленог, али се разликују разлози због којих се одговарајуће понашање предузима. Па тако, ако је радња узнемиравања мотивисана особинама, уверењем или неким другим личним својством запосленог које, иначе, представља основ дискриминације, тада се говори о дискриминаторском узнемиравању. С друге стране, сексуално узнемиравање представља нежељено понашање које има за последицу повреду достојанства у сфери полног живота. Најзад, психичко узнемиравање настаје у свим осталим случајевима, а може бити руковођено различитим мотивима, од намере послодавца да се реши запосленог за чијим радом је престала потреба, преко репресије према „непожељном“ раднику, одмазде према узбуњивачу, до изопачене жеље да се неко лице понизи и омаловажи (Ковачевић, 2013: 466–467).

28 Чл. 1. ст. 2. Конвенције број 190.

Конвенција број 190 даје, како је напред речено, јединствен појам „насиља и узнемиравања“ на раду обухватајући под тим појмом све напред наведене појмове, али оставља могућност државама чланицама да у својим националним законодавствима појмове насиља и узнемиравања дефинишу и као посебне концепте или више посебних концепата. Међутим, приликом дефинисања, државе не смеју да доведу у питање дефиниције дате у самој Конвенцији број 190, односно морају да уваже елементе појма насиља и узнемиравања који су дефинисани у Конвенцији.

У том смислу, ваља препознати неколико битних елемената појма насиља и узнемиравања дефинисаног Конвенцијом број 190. Пре свега, уочава се да понављање радњи није увек неопходан услов за квалификацију једног понашања као акта насиља и узнемиравања на раду. Радње насиља и узнемиравања могу бити појединачни акти или поновљени чин и продужено дело током времена. Конвенција број 190 инсистира на овом важном аспекту, на које се дуже време истиче у теорији радног права (Рељановић, Петровић, 2011: 189; Rittossa, Trbojević Palalić, 2007: 1334, Драгићевић, 2019: 298). Ово из разлога што је понављање као услов преузето из медицинских дефиниција, које злостављање на раду посматрају у оквиру својих истраживања и своде га на психичко злостављање као узрок настанка психосоматских и психосоцијалних обољења и промена (Кићановић, 2011: 10). Када је циљ/ последица узнемиравања стварање непријатељског, понижавајућег или увредљивог окружења, онда је понављање сасвим оправдан услов – чини се да се све ово не може постићи једном радњом, колико год она била интензивна и непријатна. Међутим, уколико се повређује достојанство нападнуте особе или њен физички интегритет, узнемиравањем на раду сматрају се и једнократна чињења која ће нужно довести до стварања нетрпељивог окружења на радном месту. Безначајније активности у својој укупности, услед учесталог и дуготрајног понављања, прерастају у узнемиравање, док активности којима се повређују изричито наведена људска права сама по себи довољно су тешка (Trbojević Palalić, 2007: 1334). Када је у питању узнемиравање путем дигиталних уређаја, оно се обично спроводи радњама које се понављају и одржавају током времена, али то може бити и појединачни чин, један изоловани или повремени напад (као што су случајеви сексуалног сајбер малтретирања), где један појединачни акт може бити великог штетног интензитета, као што је објављивање интимних фотографија или експлицитних видео-снимка које у трену може видети мноштво људи и који остају доступни током времена све док не буду избрисани. Стога, одредбе у законодавству које за квалификацију једног понашања као радње узнемиравања захтевају понављање, осим што су недовољно прецизне (у погледу учесталости

понављања и трајања недозвољеног понашања), без икаквог ваљаног разлога остављају ван домашаја закона једнократну радњу узнемиравања која има трајне последице (Рељановић, Петровић, 2011: 189).

Још један важан аспект дефиниције коју даје Конвенција број 190 је да се појам насиља и узнемиравања на раду објективизује, будући да елемент намерности у радњи узнемиравања губи на значају, односно намера извршиоца да нанесе штету није одлучујући или неопходан услов за класификацију одређеног понашања као насиља и узнемиравања на раду. Наиме, према дефиницији, насиље и узнемиравање на раду подразумева низ неприхватљивих понашања и пракси или њихових претњи који имају за циљ, резултирају или би вероватно могле резултирати неком повредом. Дакле, насиље и узнемиравање постоји, најпре, ако одређено понашање или пракса има за циљ доношење штете, тј. ако извршилац делује са намером да узнемираваном лицу нанесе штете. Међутим, поред тога, Конвенција број 190 предвиђа да насиље и узнемиравање може бити успостављено и понашањем које производи наведене последице, чак и ако их извршилац није желео. Ова нијанса је значајна с обзиром на то да подразумева одступање од критеријума који је до сада следила већинска судска пракса и доктрина, захтевајући намеру доношења штете. Према дефиницији коју даје Конвенција број 190, право на заштиту од насиља и узнемиравања на раду не може зависити од психолошких и субјективних фактора које је тешко контролисати. Постојање адекватне узрочно-последичне везе између неприхватљивог понашања и штетног резултата (повреде достојанства и добробити лица) који је законом забрањен је довољно за квалификацију таквог понашања као насиља и узнемиравања на раду.

С друге стране, штета односно штетан резултат, није суштински елемент или услов постојања узнемиравања на раду, јер је довољно да узнемиравачко понашање може да произведе штету односно повреду, било физичку, психичку, сексуалну или економску, без потребе да се она материјализује. За потребе квалификације једног понашања као узнемиравачког довољно је да се потврди постојање релевантног ризика да може доћи до настанка штете. И, у том смислу, дефиниција садржана у Конвенцији број 190 је јасна, будући да појам насиље и узнемиравање на раду означава скуп неприхватљивих понашања и пракси или њихових претњи који имају за циљ, резултирају или би вероватно могле резултирати неком физичком, психичком, сексуалном или економском штетом. На овај начин, Конвенција квалификује „објективну вероватноћу“ наступања штете као довољну за утврђивање насиља и узнемиравања на раду (Kocher, 2023: 3).

Такође, у Конвенцији број 190 морамо истаћи важну родну перспективу односно димензију коју овај међународни стандард успоставља, укључујући посебно издвојени и дефинисани концепт „родно заснованог насиља и узнемиравања“. Овај међународни стандард показује да постоји свест да женска популација у већој мери трпи ове облике насиља и узнемиравања, узимајући у обзир и све бројније случајеве насиља и узнемиравања који се над женама врше преко технолошких или дигиталних уређаја. У том смислу се указује да термин родно засновано насиље означава *„насиље и узнемиравање усмерено на лица због њиховог пола или рода или које несразмерно погађа лице одређеног пола или рода, а укључује сексуално узнемиравање“*.

Српско законодавство не дефинише експлицитно појам „насиље“ на раду или „родно засновано насиље“ на раду. Појам насиље се везује за област кривичног права и регулише се Кривичним закоником²⁹, док су његови специфични облици попут оног које се одвија унутар породице регулисани посебним законима, као што је Закон о спречавању насиља у породици³⁰. С друге стране, српско законодавство користи термине „узнемиравање“, „сексуално узнемиравање“ и „злостављање на раду“, и то: Закон о раду, као матични закон за област радних односа, користи термине и даје дефиниције појмова „узнемиравање“ и „сексуално узнемиравање“,³¹ док Закон о спречавању злостављања на раду, као посебан закон у овој области, користи термин и дефинише појам „злостављање на раду“, док у погледу појма сексуално узнемиравање упућује на дефиницију из Закона о раду.³² Притом, Закон о раду појмове „узнемиравање“ и „сексуално узнемиравање“ одређује као облике дискриминације, али не предвиђа и не регулише „род“ као посебан дискриминаторни основ различит од пола. Сексуално узнемиравање, у смислу овог Закона, јесте „свако вербално, невербално или физичко понашање које има за циљ или представља повреду достојанства лица које тражи запослење, као и запосленог у сфери полног живота, а које изазива страх или ствара непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење“.³³ Из наведеног произилази да Закон о раду препознаје само један облик сексуалног узнемиравања, и то непријатељско радно окружење, али пропушта да регулише сексуално узнемиравање које се појављује као „услуга за услугу“

29 Кривични законик, *Сл. гласник РС*, 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016, 35/2019 и 94/2024.

30 Закон о спречавању насиља у породици, *Сл. гласник РС*, 94/2016 и 10/2023 – др. закон.

31 Чл. 21. ст. 2. и 3. Закона о раду.

32 Чл. 6. и 3. Закона о спречавању злостављања на раду.

33 Чл. 21. ст. 3. Закона о раду.

(*quid pro quo*) (Каламатиев, Ристовски, 2022: 641). То је облик сексуалног узнемиравања који постоји када је одбијање или прихватање одређеног сексуалног предлога основ за доношење одлуке која утиче на рад (у вези са повећањем плате, напредовањем у каријери, продужењем уговора о раду и сл.) (Каламатиев, Ристовски, 2022: 641).

С друге стране, Закон о спречавању злостављања на раду не садржи своју дефиницију сексуалног узнемиравања, већ једноставно упућује да „одредбе овог закона примењују се и на случајеве сексуалног узнемиравања, у складу са законом којим се уређује рад“³⁴. На први поглед, реч је о грубом превиду законодавца, којем је било лакше да упути на други акт него да се у потпуности одреди према садржини појма узнемиравања и сексуалног узнемиравања (Рељановић, Петровић, 2011: 191). Међутим, такав начин законског уређења довео је до мешања и „поистовећивања“ ових појмова у пракси. Они, наравно, не представљају исти правни институт, будући да, с једне стране, постоје недвосмислени случајеви злостављања на раду (психичког узнемиравања на раду), и, с друге стране, исти такви случајеви дискриминације на раду (дискриминаторског узнемиравања на раду), док се сексуално узнемиравање налази у средишњем делу, те у зависности од ситуације, околности и мотива извршења одређене радње сексуалног узнемиравања, оно може бити квалификовано као облик дискриминације на раду или као вид злостављања на раду (Рељановић, Петровић, 2011: 191). Међутим, оваквом законском регулативом и недореченостима се најпре у теорији, а потом (што је по последицама још важније), и у судској пракси, ствара конфузија у процесу разграничења ових појмова, а самим тим и у процесу одређивања правног пута заштите лица од наведених нежељених понашања и пракси.

У погледу коришћења законске терминологије, у домаћој теорији радног права се с правом указује да израз „злостављање“ који је употребио Закон о спречавању злостављања на раду није примерен будући да овај израз означава рђаво и нечовечно понашање према другом, односно мучење и малтретирање другог и, као такав, користи се само за најтеже облике психичког узнемиравања (Ковачевић, 2013: 472). Стога, термин „злостављање“ се појављује као неодговарајућ за означавање бројних других случајева узнемиравања на раду, посебно оних који се сматрају блажим, али који се услед понављања могу претворити у малтретирање, па би ваљало размислити о његовој замени термином психичко узнемиравање на раду (Ковачевић, 2013: 472).

Осим примедби на рачун законских недоследности и употребљене терминологије, у погледу дефиниције појма „злостављања на раду“ коју даје Закон о спречавању злостављања на раду, ваља истаћи да је

34 Чл. 3. Закона о спречавању злостављања на раду.

понављање одређеног непријатељског или непожељног понашања битан елемент овог појма. То је истовремено један од главних критеријума по којима судска пракса оцењује да ли се једно понашање може означити као злостављање на раду.³⁵ Такво тумачење домаћих судова може довести до врло неправичних одлука, попут одбијања да се утврди да је запослени претрпео злостављање на раду у ситуацији када му је, примера ради, појединачним актом учињена повреда достојанства или добробити. Друго, Закон о спречавању злостављања на раду не даје ниједну смерницу за тумачење када се једно понашање може сматрати поновљеним, односно колико пута и у којим временским размацама би неко понашање требало да се понови да би се створило непријатељско, понижавајуће или увредљиво окружење, што је услов за постојање злостављања (Драгићевић, 2019: 299).

Имајући у виду све напред наведено, мишљења смо да је први разлог за ратификацију Конвенције број 190 управо увођење реда у законско дефинисање ових важних појмова, било као јединственог појма (концепта), како је то учинила Конвенција број 190, било као више одовојених појмова (концепата), уз поштовање напред анализираних критеријума/елемената одређених у дефиницијама које је дала предметна Конвенција. Посебно истичемо потребу измене одређења појма „злостављања“ тако што ће се као радња извршења насиља и узнемиравања на раду предвидети и појединачна радња. Ово, пре свега, из разлога што тренутна домаћа судска пракса једнократно негативно понашање којим се вређа достојанство, интегритет, част и углед запосленог не квалификује као злостављање на раду, без обзира колико је штетних последица изазвало, јер је важећи законски текст у томе ограничава (слично и: Каламатиев, Ристовски, 2022: 637). Такође, потребно је да се доследно дефинише концепт „родно заснованог насиља“ будући да је мало домаћих законских прописа који познају категорију „рода“ и „родног идентитета“. Најзад, ваљало би да се измени терминологија и да се терминолошки и појмовно ускладе Закон о раду и Закон о спречавању злостављања на раду.

5. Подручје заштите од насиља и узнемиравања у свету рада према Конвенцији број 190

Као општи извор права, Конвенција број 190 има своје персонално, просторно и друго (материјалноправно) подручје примене.

³⁵ Према ставовима домаћих судова: „да би одређено понашање било квалификовано као злостављање на раду које ужива судску заштиту, потребно је да се ради о понашању које се понавља у одређеном временском периоду, а не може се радити само о једном догађају“ (*Решења Апелационог суда у Београду, Гжл. 469/2014 од 12. 3. 2014. године*).

У одређивању круга лица која су обухваћена заштитом од насиља и узнемиравања, Конвенција број 190 примењује инклузиван приступ, стављајући под своје окриље раднике и друга лица у свету рада. Према одредбама ове Конвенције, заштиту од насиља и узнемиравања у свету рада уживају *запослени, у складу са начином на који су дефинисани у националном законодавству и пракси, затим лица која раде независно од њиховог уговорног статуса, лица на оспособљавању, укључујући приправнике, научнике, раднике којима је престао радни однос, волонтере, тражиоце запослења, лица која су поднела пријаву за запослење, те појединце који извршавају овлашћења, дужности или одговорности послодавца.*³⁶

Осим тога, Конвенција број 190 се односи на све секторе, било приватне или јавне, како у формалној тако и у неформалној економији, било у урбаним или руралним подручјима.³⁷ Иако је похвално што Конвенција укључује у подручје заштите и лица која раде у неформалној економији, у теорији је оваква одредба критикована као нереална, са аргументом да ће бити изузетно незахвална за примену у пракси, пре свега због тешкоће идентификовања одговорног послодавца, нарочито у фази превенције насиља и узнемиравања на раду (Molina, 2019: 416). С друге стране, Препорука број 206 указује да државе чланице треба да усвоје одговарајуће мере за секторе или занимања и радне аранжмане у којима може бити већа изложеност насиљу и узнемиравању, као што су ноћни рад, рад у изолацији, здравство, угоститељство, социјалне услуге, хитне службе, рад у кући, транспорт, образовање или забава, како би се обезбедило да и ова лица уживају адекватну заштиту.³⁸ Поред тога, истиче се и потреба да се усвоје законодавне или друге мере ради заштите радника миграната, посебно радница мигранткиња, без обзира на њихов статус, од насиља и узнемиравања у свету рада.³⁹ У циљу олакшавања транзиције из неформалне у формалну економију, Препорука број 206 упућује државе чланице да обезбеде ресурсе и помоћ радницима и послодавцима у неформалној економији, и њиховим удружењима, како би се спречило и процесуирало насиље и узнемиравање у неформалној економији.⁴⁰ Стога, чини се значајним што Конвенција број 190 и Препорука број 206 велики значај придају областима које је тешко контролисати и које се, по правилу, игноришу. Ово посебно из разлога што тешкоћа примене

³⁶ Чл. 2. ст. 1. Конвенције број 190.

³⁷ Чл. 2. ст. 2. Конвенције број 190.

³⁸ Чл. 9. Препоруке број 206.

³⁹ Чл. 10. Препоруке број 206.

⁴⁰ Чл. 11. Препоруке број 206.

прописа о заштити од насиља и узнемиравања у одређеној области није и не може бити оправдан разлог за искључење из подручја заштите од насиља и узнемиравања лица која раде у тим областима.

У погледу просторног подручја заштите од насиља и узнемиравања, Конвенција број 190 се примењује на насиље и узнемиравање „у свету рада“ које се дешава „током рада“, односно у радном времену (без обзира где се дешава – ван или унутар просторија послодавца), „повезано је са радом“ (дешава се поводом или у вези са обављањем престације рада) или „произилази из њега“ (односно када има свој узрок или порекло у престацији рада, без потребе да се насиље или узнемиравање дешава током рада или на радном месту).⁴¹ Конвенција број 190, дакле, успоставља одговорност послодавца у односу на понашање које се дешава током рада, у вези је с радом или је резултат рада, односно произилази из њега. Притом, Конвенција бој 190 је изричита у погледу одређивања простора/ просторија везаних за рад, наводећи да се Конвенција примењује на насиље и узнемиравање у свету рада које се догађа: а) на радном месту, укључујући јавне и приватне просторе када представљају радно место; б) на местима у којима је радник плаћен, користи одмор или оброк, или где користи санитарни чвор, просторије за умивање/прање и пресвлачење; ц) на службеним путовањима, на обукама, догађајима или друштвеним активностима; д) у оквиру комуникација које су везане за рад, укључујући и оне које се врше путем информационо-комуникационих технологија; е) у смештају који обезбеђује послодавац, и ф) приликом доласка на посао или одласка са посла.⁴²

Овде ваља приметити да је једно од подручја заштите од насиља и узнемиравања оно које се дешава током службених путовања, обука, догађаја или друштвених активности везаних за посао. Рекло би се да је узрок овако широког обухвата заштите од насиља и узнемиравања чињеница да је све већи број рекреативних активности запослених и других радно ангажованих лица које се одвијају у оквиру или ван радног дана, унутар или ван просторија послодавца. Конвенцију број 190 треба схватити тако да је подручјем заштите покривено и организовање спортских турнира, вежбање у теретанама које финансира послодавац или било коју другу врсту прослава у циљу побољшања комуникације, „радног окружења“ и добробити радника. Овај аспект заштите истиче веома дифузне контуре које тренутно постоје између друштвеног и радног окружења, односно тешкоће разграничења између посла и друштвених односа, између онога што представља личну и онога што

41 Чл. 4. ст. 2. Конвенције број 190.

42 *Ibid.*

чини радну сферу (De Vicente, 2020, 86). Поред тога, можемо уочити да је Конвенцијом број 190 изричито препозната и загарантована заштита од насиља и узнемиравања путем информационо-комуникационих технологија. У складу са наведеним, заштита несумњиво укључује дигитално узнемиравање на раду, које се може извршити на радном месту или ван њега, било средствима у власништву послодавца, било сопственим средствима радника. Употребљена формулација је веома широка „у оквиру комуникација које се односе на рад“, а релевантно је само да постоји нека значајна карика или тачка везе са радом. Сходно томе, сваки облик технолошке комуникације који би могао да угрози здравље, достојанство или интегритет радника био би вредан заштите ако је био у вези са радом. Овакав начин регулације простора који је обухваћен заштитом од насиља и узнемиравања на раду је веома важан, нарочито у светлу развоја догађаја након кризе изазване пандемијом ковида 19, када је насиље и узнемиравање путем савремених информационо-комуникационих технологија (преко WhatsApp-а, Skype-а и сл.) постало све учесталије. У овом контексту, ваља поменути да је недавно De Stefano написао важан извештај који је наручила Међународна организација рада о концепту „сајбер малтретирања и насиља и узнемиравања на послу уз помоћ информационо-комуникационих технологија“, у коме се истиче да је од суштинског значаја да се „свет рада“ тумачи у ширем смислу, јер се узнемиравање на интернет мрежи може десити у било које време и на било ком месту (De Stefano, 2020: 3). До насиља и узнемиравања може доћи у вертикалном односу (од стране менаџера, директора), у хоризонталном (од стране колега) и од стране трећих лица (примера ради, клијената, пацијената или корисника).⁴³ Конвенција број 190 на тај начин покушава да заштити све категорије радних односа унутар што је могуће потпуније формулисане ситуације која као једини услов захтева везу са радом/ послом. Кроз овај широки обим заштите, који покрива различите радње, различита места (физичка или онлајн) и различите врсте могућих жртава у „свету рада“, Конвенција број 190 настоји да успостави што потпунију заштиту узнемираваних лица.

Персонално подручје заштите од узнемиравања, сексуалног узнемиравања и злостављања на раду у српском законодавству зависи, пре свега, од правног прописа који дефинишу ове појмове. Па тако, док према Закону о раду заштиту од узнемиравања и сексуалног узнемиравања уживају само запослени и кандидати за запослење, Закон о спречавању злостављања на раду заштиту обезбеђује послодавцима, запосленима, лицама ангажованим ван радног односа, као што су лица

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

која обављају привремене и повремене послове или послове по уговору о делу или другом уговору, лица на допунском раду, лица на стручном оспособљавању и усавршавању код послодавца без заснивања радног односа, волонтери и свако друго лице које по било ком основу учествује у раду послодавца.⁴⁴ Овим приступом Закон о спречавању злостављања на раду је поприлично проширио делокруг своје примене, укључујући приправнике, волонтере, хонорарце и сва друга лица која по било ком основу учествују у раду послодавца. Међутим, у поређењу са кругом лица којима заштиту пружа Конвенција број 190, може се приметити да Закон о спречавању злостављања на раду не помиње категорију радника којима је престао радни однос, лица која имају статус кандидата за запослење односно тражиоца посла, као ни лица која врше овлашћења, дужности или одговорности послодавца. Ову потоњу категорију лица Закон о спречавању злостављања на раду меша са појмом послодавца. Међутим, у нашем праву то би били чланови органа управљања привредних друштава (директори), чији је статус регулисан Законом о раду и Законом о привредним друштвима⁴⁵, као и претпостављени, односно шефови и менаџери, који имају овлашћења да закључују правне послове или да доносе самосталне кадровске и организационе одлуке.

У погледу „места“ на коме се злостављање врши и времена када се врши, у домаћем законодавству постоји правна празнина, будући да Закон о спречавању злостављања на раду нема ниједне одредбе о томе, указујући једино да су то радње које су предузете на раду или у вези са радом.⁴⁶

Имајући у виду напред наведено, верујемо да би се ратификацијом Конвенције број 190 ове законске празнине попуниле, а заштита од насиља и узнемиравања проширила и употпунила, како проширивањем круга заштићених лица (на лица којима је престао радни однос, лица која траже посао и кандидате за запошљавање, и лица која врше овлашћења, дужности или одговорности послодавца), тако и предвиђањем простора на коме се заштита од насиља и узнемиравања примењује, укључујући формалну и неформалну економију, сва физичка и онлајн радна места, укључујући и приватне просторије када представљају радно место, као и сва друга места која су повезана за радом (места у којима радник користи одмор или оброк, санитарни чвор, свлачионице, места у којима радник борави за време службеног пута, за време обуке, других догађа

44 Чл. 2. Закона о спречавању злостављања на раду.

45 Закон о привредним друштвима, *Сл. гласник РС*, 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 и 109/2021.

46 Чл. 1. Закона о спречавању злостављања на раду.

или друштвених активности итд.). Посебно је важно да се заштита од насиља и узнемиравања прошири и на комуникацију која је везана за рад, а која се остварује путем информационо-комуникационих технологија, будући да се тако у оквир заштите укључује један важан простор у коме су запослени и друга радноангажована лица нарочито изложена ризику насиља и узнемиравања.

6. Превенција и заштита од насиља и узнемиравања у свету рада према Конвенцији број 190

Прва фаза заштите од насиља и узнемиравања на раду огледа се у превенцији. У том смислу, Конвенција број 190 обавезује чланице да „поштују, промовишу и осигурају свима право на свет рада без насиља и узнемиравања“.⁴⁷ Да би се ово остварило, Конвенција уводи обавезу држава чланица да, у складу са националним законима и околностима, те уз саветовање са репрезентативним организацијама послодаваца и радника, усвоје инклузиван, интегрисан и родно осетљив приступ спречавању и борби против насиља и узнемиравања.⁴⁸ Државе чланице морају, између осталог: законски забранити насиље и узнемиравање; обезбедити да се релевантне политике баве насиљем и узнемиравањем; развити свеобухватну стратегију за спречавање и борбу против насиља; предвидети санкције; развити алате и смернице, обавити едукацију и обуку, у приступачним форматима, ради подизања свести, те осигурати ефикасна средства инспекције и истраге случајева насиља и узнемиравања, укључујући инспекцију рада.⁴⁹ Према Препоруци број 206, овај интегрисани приступ значи да заштита од насиља и узнемиравања мора бити понуђена у контексту закона о раду, закона о условима рада (безбедности и здрављу на раду), закона о забрани дискриминације и кривичног закона. Законодавство о забрани дискриминације и уређењу безбедних и здравих услова рада сматра се кључним у вези са превенцијом насиља и узнемиравања, док се комбиновани приступ сматра најбољим у обезбеђивању заштите од насиља и узнемиравања за све раднике, укључујући и оне који раде у домаћинствима, у неформалном сектору и малим и средњим предузећима. Стога је неопходно да се, поред заштите у складу са законима о забрани дискриминације, психосоцијални ризици инкорпорирају у законодавство о безбедности и здрављу на раду држава чланица. Верује се да овакав приступ може најбоље спречити недостатке у правној заштити жртава и обезбедити да се не искључе одређени облици

47 Чл. 4. ст. 1. Конвенције број 190.

48 Чл. 4. ст. 2. Конвенције број 190.

49 Чл. 4. ст. 2. Конвенције број 190.

насиља и узнемиравања, као и одређене врсте починилаца или жртава. Поред тога, оваквим приступом се доприноси јасном идентификовању одговорности различитих актера – јавних и приватних послодаваца, запослених, синдиката, организација послодаваца и владиних институција.

Осим наведеног, важно је нагласити да Конвенција број 190 у фази превенције насиља и узнемиравања успоставља обавезу држава потписница да предузму одговарајуће мере за спречавање насиља и узнемиравања на раду, укључујући препознавање важне улоге јавне власти у подручју неформалне економије, затим утврђивање, у договору са организацијама послодаваца и запослених, сектора, занимања и радних аранжмана у којима су радници и друга лица више изложени насиљу и узнемиравању на раду, као и предузимање мера за ефикасну заштиту тих лица.⁵⁰

У погледу заштите од насиља и узнемиравања, Конвенција број 190 предвиђа успостављање механизма за обезбеђивање делотворног спровођења заштите од насиља и узнемиравања у свету рада, који ће гарантовати да се једном почињено насиље или узнемиравање на радном месту неће поновити. У том правцу, од кључног значаја јесте осигурање једноставног приступа одговарајућим и ефикасним правним лековима те сигурним, праведним и ефикасним механизмима извештавања и решавања спорова у случајевима насиља и узнемиравања у свету рада.⁵¹ Ово се, пре свега, односи на обавезу држава да успоставе жалбене и истражне поступке, као и механизме решавања спорова, и то интерне (на нивоу радног места и изван радног места) и екстерне (пред судом), заштиту од виктимизације или одмазде против подносиоца пријаве, жртава, сведока и узбуњивача, као и мере правне, социјалне, медицинске и административне потпоре за подносиоце пријава и жртве.⁵² Важна и значајна је и обавеза држава да обезбеде заштиту приватности жртава и поверљивост информација, у мери у којој је то могуће, али и да осигурају да се не злоупотребе захтеви за приватношћу и поверљивошћу. Онда када је то примерено, потребно је да државе предвиде санкције за случајеве насиља и узнемиравања у свету рада, као и да осигурају да жртве родно

⁵⁰ Чл. 8. Конвенције број 190.

⁵¹ *Ibid.* Правни лекови наведени у члану 10(б) Конвенције могу укључивати: (а) право на отказ уз накнаду; (б) враћање на рад; (ц) одговарајућу накнаду штете; (д) наредбе које захтевају предузимање мера са непосредном извршном снагом како би се осигурало да се одређено понашање заустави или да се промени политика или пракса; и (е) таксе и трошкове у складу са националним правом и праксом. Чл. 14. Препоруке број 206.

⁵² Чл. 9. Препоруке број 206.

занованог насиља и узнемиравања у свету рада имају ефикасан приступ родно осетљивим, сигурним и ефикасним механизмима за решавање притужби и спорова, подршци, услугама и правним лековима.⁵³ Посебно важна је и обавеза држава чланица да препознају утицај породичног насиља и да, колико је могуће, ублаже његов утицај на свет рада,⁵⁴ као и да осигурају да радници имају право да изађу из радне ситуације за коју имају разумно оправдање да сматрају како представља непосредну и озбиљну опасност за живот, здравље или сигурност због насиља и узнемиравања, без трпљења одмазде или других непримерених последица.⁵⁵

Постојећи правни оквир за превенцију и заштиту од узнемиравања, сексуалног узнемиравања и злостављања на раду у Републици Србији уређен је на површан начин. Према Закону о раду, као општи правни пропис у области радних односа, прописује обавезу послодавца за обезбеди услове рада и организује рад ради безбедности и заштите живота и здравља на раду,⁵⁶ Закон о безбедности и здрављу на раду од 2023. године⁵⁷ ниједном својом одредбом не говори експлицитно о опасностима и ризицима који могу довести до насиља и узнемиравања на раду. С друге стране, Закон о спречавању злостављања на раду предвиђа обавезу послодавца да запосленог, пре ступања на рад, писменим путем обавести о забрани вршења злостављања и правима, обавезама и одговорностима запосленог и послодавца у вези са забраном злостављања,⁵⁸ као и да, у циљу препознавања, превенције и спречавања злостављања, спроводи мере обавештавања и оспособљавања запослених и њихових представника да препознају узроке, облике и последице вршења злостављања.⁵⁹ Поред тога, ваља указати да подзаконски акт који прати овај Закон – Правилник о правилима понашања послодавца и запослених у вези са превенцијом и заштитом од злостављања на

53 Чл. 9. Препоруке број 206.

54 Одговарајуће мере за ублажавање утицаја насиља у породици у свету рада могу укључивати: (а) одсуство за жртве насиља у породици; (б) флексибилне радне аранжмане и заштиту за жртве насиља у породици; (ц) привремену заштиту од отпуштања жртава насиља у породици, према потреби, осим по основама које нису повезане са насиљем у породици и његовим последицама; (д) укључивање насиља у породици у процене ризика на радном месту; (е) систем упућивања на јавне мере за ублажавање насиља у породици, тамо где постоје; и (ф) подизање свести о последицама насиља у породици. Чл. 18 Препоруке број 206.

55 Чл. 10. ст. 1. тач. г) Конвенције број 190.

56 Чл. 16. ст. 1. тач. 2 Закона о раду.

57 Закон о безбедности и здрављу на раду, *Сл. гласник РС*, 35/2023.

58 Чл. 7. ст. 1. Закона о спречавању злостављања на раду.

59 Чл. 7. ст. 2. Закона о спречавању злостављања на раду.

раду – предвиђа дужност послодавца да спроводи мере обавештавања и оспособљавања запослених и њихових представника да препознају узроке, облике и последице вршења злостављања, и да запосленом пре ступања на рад достави обавештење о забрани вршења злостављања и правима, обавезама и одговорностима запосленог и послодавца у вези са забраном вршења злостављања.⁶⁰ Поред тога, Правилник је превидео и одређивање лица за подршку коме запослени који сумња да је изложен злостављању може да се обрати ради пружања савета и подршке, али не као дужност, већ као дискреционо право послодавца.

Међутим, у домаћим правним прописима нема ниједне одредбе о обавези послодавца да донесе политике (интерне акте) за заштиту од узнемиравања на радном месту; да обавештава и консултује представнике радника приликом доношења ових аката; да информише и оспособи лица која врше овлашћења, дужности и одговорности послодавца, укључујући и руководеће запослене. Поред тога, нашем правном систему недостају и одредбе о обавези послодавца да узме у обзир насиље и узнемиравање и повезане психосоцијалне ризике у управљању заштитом и здрављем на раду, као и да утврди опасности и процени ризике од насиља и узнемиравања, уз учешће радника и њихових представника, те да предузме мере за њихово спречавање и контролу. Велики недостатак је изостанак одредби о утврђивању сектора, занимања и радних аранжмана у којима су радници и друга лица више изложени насиљу и узнемиравању, као и о предузимању мера за ефикасну заштиту тих лица.

Поступак заштите од злостављања и узнемиравања у нашој земљи зависи од правног пута заштите који се, с једне стране, може спровести по одредбама Закона о раду и супсидијарно Законом о забрани дискриминације⁶¹ (ако је у питању дискриминаторско узнемиравање или сексуално узнемиравање као облик дискриминације), или по одредбама Закона о спречавању злостављања на раду (ако је у питању злостављање на раду). Закон о спречавању злостављања на раду успоставља потпунији систем пријављивања и решавања спорова о заштити од узнемиравања односно злостављања на раду, али је и он пун мањкавости, правно-техничке и правно-логичке природе. Домаћем систему заштите од злостављања на раду се може замерити да не осигурава делотворни механизам спровођења заштите од насиља и узнемиравања на раду, нити једноставан приступ одговарајућим и ефикасним правним лековима. Такође, замерка се може упутити и због чињенице да домаће законодавство не предвиђа заштиту од виктимизације или одмазде против подносиоца

60 Чл. 3–4. Правилника о правилима понашања послодаваца и запослених у вези са превенцијом и заштитом од злостављања на раду, *Сл. гласник РС*, 62/2010.

61 Закон о забрани дискриминације, *Сл. гласник РС*, 22/2009 и 52/2021.

пријаве, жртва, сведока и узбуњивача, нити мере правне, социјалне, медицинске и административне подршке за подносиоце пријаве и жртве, као ни заштиту приватности тих појединаца. Мањкавост домаћег законодавства је и у томе што не препознаје родно засновано насиље и узнемиравање у свету рада, као ни утицај породичног насиља на свет рада. Најзад, за делотворну заштиту од насиља и узнемиравања на раду домаћем правном систему је потребно јачање капацитета и надлежности инспекције рада предвиђањем, између осталог, да има овлашћења за издавање наредби које одређују мере с тренутном извршном снагом и наредби за прекид рада у случајевима непосредне опасност за живот, здравље или сигурност.⁶² Све наведено представља још један разлог због којег је важно да и наша земља ратификује Конвенцију, будући да би то била прилика да се све мањкавости домаћег система заштите од узнемиравања и злостављања на раду отклоне, те да се додатно ојача и прошири на лица, места и ситуације који су остали незаштићени.

7. Закључак

Због озбиљних последица по здравље и професионални развој узнемираваних лица, насиље и узнемиравање у свету рада се морају схватити озбиљно, а узнемиравани радници се морају заштити од таквих радњи. У овом раду, након разматрања питања насиља и узнемиравања у нормативном оквиру Међународне организације рада, разматрана је Конвенција број 190 о насиљу и узнемиравању у свету рада, први и једини документ који се директно бави насиљем и узнемиравањем у

62 Чл. 10. ст. 1. тач. х) Конвенције број 190. Према одредбама Препоруке број 206, инспектори рада и службеници других надлежних органа, према потреби, треба да прођу обуку у циљу идентификовања и решавања насиља и узнемиравања у свету рада, укључујући психосоцијалне ризике, родно засновано насиље и узнемиравање, и дискриминацију одређених група радника. Такође, у Препоруци се истиче да надлежност националних тела надлежних за инспекцију рада, безбедност и здравље на раду, једнакост и недискриминацију, укључујући родну равноправност, треба да обухвати насиље и узнемиравање у свету рада (Чл. 20. и 21. Препоруке број 206). Према подацима из приручника Комитета виших инспектора рада (SLIC – Senior Labour Inspectors Committee) о овлашћењима инспекција рада држава Европске уније, већина инспекција (24 од 28) има одређени степен надлежности и интервенције у вези са узнемиравањем на радном месту, иако многе имају овлашћења да интервенишу само у превентивним аспектима, а не по жалбама на узнемиравање. Инспекције рада Немачке, Италије, Литваније и Бугарске нису ни надлежне по овом питању, будући да је та надлежност поверена искључиво судовима или другим органима управе. Насупрот томе, само у 16 држава Европске уније инспекција рада има надлежност у случајевима насиља треће стране на раду. У преосталих 12 држава, сматра се да је за ову интервенцију надлежна искључиво полиција и други надлежни органи (Velázquez Fernández, 2019: 140–141).

међународној заједници. Њеним усвајањем међународна заједница је први пут добила један универзални међународни стандард посвећен теми насиља и узнемиравања на раду, и то упркос великој разноликости садржаја националног законодавства и великим културним разликама које произилазе из контекста радних односа у различитим земљама и регионима. Чињеница да је дефиниција насиља и узнемиравања на раду широка, да је персонално подручје примене Конвенције број 190 широко постављено и да обухвата све групе запослених и других радно ангажованих лица (пријављене-непријављене, раднике без обзира на уговорни статус, лица која траже посао, лица којима је престао радни однос итд.), да се бави свим ситуацијама у вези са насиљем и узнемиравањем на радном месту, као и да је простор на који се протеже њена заштита прилично широко одређен повећава вредност ове Конвенције. Премда домаће законодавство нуди солидан оквир заштите од насиља и узнемиравања у свету рада, потребно је усвојити интегрисан, инклузиван и родно осетљив приступ превенцији и заштити од насиља и узнемиравања на раду, како би се осигурало „право свакога на свет рада без насиља и узнемиравања“ (упореди члан 4. став 1. Конвенције). Процес ратификације је прилика да се преиспита национално законодавство у овој области, механизми превенције и заштите од насиља и узнемиравања на раду, као и њихова примена у пракси (слично и: Lerouge et al. 2023: 30; Učur, 2022: 870). У том смислу, уколико Конвенција број 190 буде ратификована, проширење и развој постојећих дефиниција и прописа учиниће национални правни оквир много компатибилнијим са правилима садржаним у Конвенцији број 190, а права радника на заштиту од насиља и узнемиравања биће много ефикасније законски заштићена.

Литература и извори

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.

Драгићевић, М. (2019). Техничке и правно-логичке мањкавости Закона о спречавању злостављања на раду. *Радно и социјално право*. 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.

Каламатиев, Т. Ристовски, А. (2022). Конвенција бр. 190 Међународне организације рада наспрам македонског правног оквира за заштиту од насиља и узнемиравања на раду. У: Перовић Вујачић, Ј. (Прир.). *Судски поступак – правда и правичност, Зборник радова 35. Сусрета Копаоничке школе природног права – Слободан Перовић*, том II, Београд: Копаоничка школа природног права – Слободан Перовић. 635–655.

Кићановић О. (2011). *Коментар Закона о спречавању злостављања на раду*. Београд: Социјално-економски савет Републике Србије.

Ковачевић, Љ. (2013). *Правна субординација у радном односу и њене границе*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

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.

Рељановић, М. Петровић, А. (2011). Шиканозно вршење права, дискриминација и злостављање на раду – законска регулатива и пракса. *Правни записи*. 1. 186–196.

Ућур, М. (2022). Конвенција MOR-а бр. 190 (2019) о искоринјивању насиља и узнемиравања треба ратифицирати. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*. Vol. 43. 3. 859–872.

Правни извори, правни документи и судска пракса:

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.

Глобални мандат за спречавање и искорењивање насиља и злостављања у свету рада Конвенција МОП (бр. 190) и Препорука (бр.

206). Преузето: 22. 10. 2024. <https://www.ramrrs.gov.rs/storage/documents/rZdXpzgJMuToIv7PuThXCFedHVfknrBqIDzGV1Uu.pdf>

Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 (No. 111).

Преузето 2. 11. 2024. https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEX_PUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312256:NO

Декларација Међународне организације рада о основним принципима и правима на раду од 1998. године (ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-up, June 1998).

Декларација Међународне организације рада о социјалној правди у циљу праведне глобализације од 2008. године (ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization, June 2008).

Декларација о сврси и циљевима Међународне организације рада од 1944. године - Филадельфиска декларација (Declaration concerning the aims and purposes of the International Labour Organisation (ILO Declaration of Philadelphia), May 1944).

Equal Remuneration Convention, 1951 (No. 100). Преузето 2. 11. 2024. https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEX_PUB: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.

Закон о безбедности и здрављу на раду. *Сл. гласник РС*. Бр. 35. 2023.

Закон о забрани дискриминације. *Сл. гласник РС*. Бр. 22 2009 и 52.

2021.

Закон о привредним друштвима. *Сл. гласник РС*. Бр. 36. 2011, 99. 2011, 83. 2014 – др. закон, 5. 2015, 44. 2018, 95. 2018, 91. 2019 и 109. 2021.

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

Закон о спречавању злостављања на раду. *Сл. гласник РС*. Бр. 36. 2010.

Indigenous and Tribal Peoples Convention, 1989 (No. 169), члан 20(д).

Преузето 2. 11. 2024. https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEX_PUB: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). Преузето 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). Преузето 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 Dragičević, 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

ОРИГИНАЛНИ
НАУЧНИ РАД

Рад примљен: 16.06.2024.

Рад прихваћен: 23.10.2024.

Prof. Srđan Radulović, LL.D.,*

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Priština- Kosovska Mitrovica,
Republic of Serbia

DOI: 10.5937/zrpfni-51668

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 become 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 Yakuza, 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 liability.

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 freedoms⁷, 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 guardian²⁹ 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, multidisciplinary 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 multidisciplinary 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., Pilića, 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 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, 13/2017-odluka US RS, 113/2017 and 95/2018-autentično tumačenje

Pravilnik o načinu ponašanju i ličnom izgledu policijskih službenika i drugih zaposlenih u Ministarstvu 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/Commissioner 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 tetovazama 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>

Др Срђан Радуловић,
Ванредни професор,
Правни факултет Универзитета у Приштини - Косовска Митровица,
Република Србија

ПРИСТАНАК НА ТЕТОВИРАЊЕ

Резиме

Са традицијом дугом више од пет хиљада година, тетовирање се сматра једном од најстаријих уметничких форми, а уз постепено развијање нових техника, материјала, стилова и приступа за решавање и најсложенијих техничких задатака, тетовирање је прерасло у изузетно цењен начин самоизражавања, како са тату-уметнике, тако и за поносне власнике нових тетоважа. Наравно, за сам процес тетовирања везано је небројено много правних дилема. Проблеми везани за ауторска права, здравље и безбедност, лиценцирање и регистровање, па и потенцијалну дискриминацију, само су неки од оних који окупирају пажњу правничке јавности. Са становишта права, ипак, централно питање, то јест кластер питања, односи се на пристанак на тетовирање. Бројна питања везана за аутономију личности, наиме, отварају се у моменту изражавања аутономије кроз пристанак на тетовирање, а питања која се тичу способности за самоопредељење кроз пристанак нарочито су значајна. Како у Републици Србији не постоји адекватна или барем довољно конкретна регулатива у овој области, у овом чланку, с ослонцем на технике аналитичког и предности нормативног метода, указујемо на дилеме у вези способности изражавања аутономије кроз пристанак на тетовирање и потенцијалне одговоре на њих.

Кључне речи: тетовирање, пристанак, уговор, пословна способност, аутономија личности.

UDK: 347.115:614.253.8+608.1:179.7

UDK: 342.726:616-052

ОРИГИНАЛНИ
НАУЧНИ РАД

Рад примљен: 11.11.2024.

Рад прихваћен: 24.11.2024.

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

DOI: 10.5937/zgrfn1-54702

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 necessitate 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 (Клајн-Татић, 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 Rummelink Commission, established in 1990 by the Netherlands' 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 Rummelink 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, euthanasia 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's 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 seem 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 Buddhism – 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 considered 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 *nomos* (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.

Клајн-Татић, В. (1994). Право умирућег пацијента да одбије употребу или да захтева обуставу медицинских мера којима се одржава у животу. *Анали Правног факултета у Београду*. 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 and 2022), 14 April 2023.; <https://www.wma.net/policies-post/wma-international-code-of-medical-ethics/>

Др Ивана Симоновић,

Доцент

Правни факултет Универзитета у Нишу

АУТОНОМИЈА ВОЉЕ И ПРАВО НА САМООДРЕЂЕЊЕ ПАЦИЈЕНТА: ПРАВНЕ ГАРАНЦИЈЕ И БИОЕТИЧКЕ ДИЛЕМЕ

Резиме

Невероватан напредак медицинске технологије и здравствене заштите омогућио је различите могућности продужења живота умирућег пацијената, чак дотле да се оправдано можемо запитати о вредности и смислу таквог живота. Вештачке мере одржања умирућих пацијента у животу учиниле су процес умирања дужим, истовремено суочавајући нас с дилемом оправданости окончања медицинске неге која не даје никакве резултате, те питањем ко о томе треба да одлучи.

Савремена парадигма односа лекар – пацијент почива на принципу аутономије воље и пацијентовом праву на самоодређење. Они могу дати смернице у тражењу одговора на постављена питања. У том кључу, пацијент не само да има право да одбије пружање медицинске неге или да захтева прекид већ започете (што је златни стандард бриге о пацијентима), већ му треба омогућити и право на тражење помоћи у умирању.

Мало је земаља у којима су еутаназија и различити облици помоћи у умирању законом дозвољени. У Србији санкционисани су као кривична дела. Нацртом Грађанског законика, ипак, установљава се ново субјективно (лично) право – право на достојанствену смрт (еутаназију), дозвољену под нарочитим условима, уз испуњење посебних људских, психо-социјалних и медицинских претпоставака. Пре законодавчеве коначне речи, неопходна је јавна информисана дебата о овом сложеном питању. Правни стручњаци свакако су позвани на учешће у промишљању предлога о чињењу еутаназије законски допуштеном, као што треба ослушнути и став грађана.

Кључне речи: право на живот, неповредивост (светост) људског живота, приватна аутономија, самоодређење, достојанство, еутаназија, пацијентова права, одбијање медицинске мере, палијативна нега, биоетичке дилеме.

UDK: 342.31(497.11)"1858/1859"

ОРИГИНАЛНИ
НАУЧНИ РАД

Рад примљен: 16.07.2024.

UDK: 323(497.11)"1858/1859"

Рад прихваћен: 13.10.2024.

Доц. др Сара Митић*,

Доцент,

Правни факултет, Универзитет у Нишу,

Република Србија

DOI: 10.5937/zgrfn1-52222

ПРИНЦИП НАРОДНОГ СУВЕРЕНИТЕТА КРОЗ ПРИЗМУ СВЕТОАНДРЕЈСКЕ СКУПШТИНЕ**

Апстракт: Власт која произилази из народа и власт која припада народу, начело настало након француске буржоаске и америчке револуције, нашло је свој израз на чувеној Светоандрејској скупштини 1858. године. Иако народна скупштина није била предвиђена важећим законодавством, Турским уставом (Хатишериф из 1838. године), сви политички актери, кнез, саветска олигархија и присталице династије Обреновића, видели су могући излаз из тренутне политичке ситуације у сазивању скупштине. Исходи Светоандрејске скупштине били су свргавање кнеза и фактичко развлашћење савета. Међутим, највећи значај ове скупштине било је управо јачање свести о народном суверенитету. „Разумите браћо, пројекат гласи, не да предлагете но да поставите закон. А кад народ може поставити Књаза, ваљда може и поставити закон“, говорио је Јеврем Грујић посланицима. Светоандрејска скупштина је, по свом нацрту, озаконила свој рад и усталила себе као један од органа врховне власти, а била је, у једном тренутку, и једина власт у земљи. Рад треба да сублимира све политичке догађаје који су претходили сазивању народне скупштине (владавина Уставобринитеља, Тенкина завера, доношење Закона о народној скупштини од 28. октобра 1858. године), њен сазив и ток догађаја (три дана револуције 10, 11. и 12. децембар), као и последице које су уследиле.

Кључне речи: принцип народног суверенитета, Светоандрејска скупштина, Закон о народној скупштини.

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

** Рад је изложен на међународној научној конференцији „Правни принципи у савременом праву“ која је одржана на Правном факултету Универзитета у Нишу, 19. априла 2024. године.

Рад је настао као резултат истраживања на пројекту „Одговорност у правном и друштвеном контексту“ који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду од 2021. до 2025. године.

I

Принцип народног суверенитета нашао је своје утемељење на Светоандрејској скупштини 1858. године. Народни суверенитет је принцип да власт државе и њене владе ствара и одржава сагласност народа, путем његових изабраних представника (Лукић, 1953: 34). Џон Лок не користи израз народни суверенитет, али је зато заговорник ограничене власти, а легитимитет власти је условљен пристанком народа (Лок, 2002: 45). За Русоа, суверенитет је неутуђив и недељив. По њему, једино општа воља може да управља снагама друштва. И зато Русо власт једног човека сматра негацијом опште воље (Русо, 1993: 43). Из истог разлога, за њега је суверенитет неутуђив. Воља може да буде општа, односно воља народног тела, у том случају је то акт суверенитета и представља закон, или није општа, па је то појединачна воља или акт извршних власти (Исто, 44).

Скупштина, као инструмент за остваривање начела народног суверенитета, није била предвиђена важећим законодавством. Наиме, Устав из 1838. године, познатији као Турски устав, није предвиђао народну скупштину. Такође, ни закони нису предвиђали скупштину као орган. Без обзира на ове околности, скупштинама у Србији се прибегавало услед различитих, најчешће тешких и негативних околности када су оне биле, практично, неминовност. Одлуке скупштине прихватала је и сама Порта. Пре сазивања Светоандрејске скупштине, три скупштине биле су сазване иако нису биле предвиђене као орган власти. Скупштина сазвана 1842. године требало је да потврди фактичко стање, односно свргавање кнеза Михаила са престола и проглашење Александра Карађорђевића. На тој скупштини прочитан је султанов берат о потврђивању кнеза Александра, али су због притиска Русије одлуке поништене па је читав поступак поновљен 1843. године. Године 1848. године на празник Петровдан сазвана је још једна скупштина која је добила назив управо по дану сазивања. Петровска скупштина била је сазвана због догађаја у револуционарној Европи, али се претворила у озбиљну критику власти.¹ Неки од захтева били су и захтев за слободом штампе, као и редовно одржавање скупштине (Ранђеловић, Бартуловић, 2012: 54-55). Обећање да ће се скупштине редовно одржавати није испуњено, а последице неодржавања скупштине најбоље ће се осетити на Светоандрејској скупштини.

¹ Изнети су захтеви да се неспособни чиновници отпусте из службе, да се за кривицу не премештају из места у место, да се вишим чиновницима смањи плати, да се чиновницима и свештенству забрани трговање, да се изврши увид у државне финансије.

II

Након абдикације кнеза Милоша Обреновића 1839. године², на престо је дошао његов старији син Милан који није ни стигао да влада јер је месец дана након ступања на престо умро. На престо је ступио кнез Михаило који је владао до 1842. године када је свргнут од стране Уставобранитеља и доведен кнез Александар Карађорђевић. Често се владавина кнеза Александра Карађорђевића везује за истинску владавину Уставобранитеља. Иако је уставобранитељски режим означавао потпуно нови начин владања, временом је расло незадовољство свих чинилаца у земљи. Смена на престолу требало је да осигура поштовање устава и закона, посебно заштиту приватних права грађана, пре свега права својине. Међутим, доласком на власт, њихови представници у све већем броју, пре него што су почели са применом закона за поштовање неприкосновености приватне својине, почели су да они сами имају што више приватне својине (Раденић, 1964: 7). У оптужби Савета против кнеза и његове камариле наводи се да су њихови приврженици злоупотребљавајући власт, постали власници или „ортаци у мејанама, дућанима и воденицама“, да су заузели „жирородне горе“, да су радили „банкарске послове“, да су се претворили у трговце. Злоупотребе су постојале у војсци, тополивицама, у барутанама, у школама, односно „у свим струкама државоправленија“ (Грујић, 1922: 237-238).

Становништво је било незадовољно, и сеоско и варошко. И често се из тог незадовољства извлаче закључци о томе које је становништво имало пресуднији утицај на последице које су се десиле на Светоандрејској скупштини. Како би се стекла права слика, ваља истаћи однос становника у селима и градовима. У периоду од 1834. до 1859. године број становника највише је растао у варошима. У укупно 37 вароши тај број је за 25 година порастао од 41 347 на 86 841, што у односу на целокупни пораст становништва од 668 592 на 1 078 281 значи двоструко веће повећање него у селима (Државопис Србије, 1863: 92-93). Богатства су стицана зеленашењем и трговином, али је са истовременим нагомилавањем богатства текао и процес осиромашења становништва у великим размерама. Занатлије,

2 Прва владавина кнеза Милоша Обреновића трајала је од 1815. до 1839. године. Након суспендовања Сретењског устава, уставно питање решено је у Цариграду. Турским уставом из 1838. године Совјет (Савет) постао је тело које је са кнезом делило законодавну власт. Совјет је имао надлежности и у организовању државне управе, а такође и значајне ингеренције у вршењу извршне власти. Међутим, посебна непогодност по Милоша био је члан 17 Устава који је прописивао доживотни и непокретни статус саветника. Устројенијем Совјета Књажевства србског 1839. године, кнежева власт још више је ограничена. Из тог разлога, а и након неуспешног покушаја преврата од стране његовог брата Јована, кнез Милош је абдицирао и напустио земљу.

мали трговци, чиновници осећали су се све сиромашнијим у поређењу са све богатијим грађанима. Њихови приходи и њихове потребе расли су у несразмерама које је било немогуће задовољити. Док је процес убрзане диференцијације био праћен повећањем утицаја капиталистичких елемената у варошима, у селима је узимао маха процес раслојавања који је слабио најутицајније, скупне и појединачне снаге друштва. Селјаци су били у све горем положају јер су све теже долазили до новца. Из тог разлога су многе породице биле присиљене да се задужују. Тако су постајали лак плен све бројнијих зеленаша (Раденић, 1964: 6). Посебан проблем предстаљао је висок и неправедно одређен износ пореза. На почетку владавине Уставобранитеља и кнеза Александра Карађорђевића, смањен је данак од шест на пет талира (Сборник закона и уредаба II, 1845: 195). Становништво се бунило и против овог износа. Наиме, порез је био јединствен, што значи да су га подједнако плаћали сиромашни и богати. То је посебно представљало терет за оне који су заостајали у општем развиту, а њихов број био је током времена све већи.

Илустрацију стања, непосредно пре Светоандрејске скупштине, пружају бројне жалбе³ које су различити органи слали другима. Окружно начелство у Ужицу Попечитељству унутрашњих дела ² о негативним последицама презадужености народа, август 1858. Окружно начелство описује лош положај грађана због презадужености, као и радње полиције и судова. Наводи се да ће једна четвртина породица у округу остати без крова над главом, а да су узрок томе високе и незаконите каматне стопе. Послови полиције се описују као даноноћно трчање из општине у општину у циљу пописивања, процењивања и продавања имања због дугова. Судови се, приликом извршења, изрицања пресуда и наплате дугова, нису држали законика о поступку судском, што је још више доприносило једном општом расулу (ДАС, МУД, ПФ VI бр. 140/1858). Попечитељство унутрашњих дела Совјету ² о тешкоћама које изазивају нечовечне казне шибањем, 26. април⁴ 1858. године. У представци се наводи да судови досуђују и казну шибања. Попечитељство наводи да оно није позвано да одлучује да ли је та казна морална, већ моли Совјет да размотри да ли треба да остане јер је у другим

3 Осим жалби и други документи показују незадовољство: Документ о узроцима народног незадовољства у крајинском округу ² поседи фетисламских Турака (ДАС, М. Ф. к бр. 746/1858), Имовно стање попечитеља и службеника Попечитељства унутрашњих дела (ДАС, МУД, ПФ. VII бр. 17/1858), Цене појединих артикала на београдској пијаци (ДАС, МУД, 7. X бр. 93/1858).

4 Датуми ће бити наведени по јулијанском календару јер се он примењивао у време о коме је реч. Грегоријански календар се примењује од 1919. године, када га је Краљевина Срба, Хрвата и Словенаца усвојила као званични. Иначе, разлика у календарима је данас тринаест дана, док је до XIX века та разлика износила дванаест дана.

државама укинута и за војне преступе. Посебно се истичу „тегобе“ које се појављују при извршавању ове казне. Наводи се да је тешко наћи људе који би извршавали казне јер и извршиоци и кривци „при шибању сви се тако гнушају“. Посебан проблем постојао је у Београду јер је полиција кажњавала грађане који не би желели да буду извршиоци ове казне. Говори се о томе да не би било добро ни војнике узимати као извршиоце казне. Зато Попечитељство предлаже Совјету да размотри замену казне шибањем неком другом (ДАС, МУД, Пф VII, бр. 67/1858). Друго лице исте медаље, а такође и положај обреновићевца, могу да се примете у положају лица над којима је била извршавана ова казна. Иначе, обреновићевци су постали једна партија након преврата 1839. и 1842. године када је нова власт почела са гоњењем Милошевих присталица, а онда и присталица династије Обреновића. Слободан Јовановић наводи да су обреновићевци бацани у рупе и оборе, злостављани секиром и топузом, пропуштани кроз шибу, убијани и њихови лешеви ударани на точак (Јовановић, 1990: 205)⁵.

III

Сукоби између кнеза и Савета започети још током прве владавине кнеза Михаила Обреновића (1839-1842), наставили су се и у време кнеза Александра Карађорђевића. Штавише, њихов сукоб прерастао је у отворену борбу још 1855. године, а током 1857. године, однос доживотног кнеза и доживотних саветника постао је још затегнутији. Стефан Стефановић Тенка, председник Савета, стајао је на челу завере⁶ против кнеза. План завереника био је да убију кнеза. Пронашли су сељака⁷ коме су дали новац и пушку, и послали га у Брестовачку бању да убије кнеза. Међутим, он се вратио у Београд и уцењивао заверенике. Вест је доспела до самих власти

5 Пример страдања под Уставобранитељима даје Павле Мирковић, трговац са капиталом од 100 дуката. Означен као Милошев присталица, везан од власти послат је Вучићу у Крагујевац, а одатле у Београд, где је провео пет месеци у тешком гвожђу. До Михаиловог пада био је остављен на миру. Након тога га власт поново затвара и удара му педесет штапа. На захтев Вучића, Павле бива везан и послат преко Ваљева у Шабац где га бацају у Вучићев обор. Из Шапца га пребацују у Београд (везаног) где остаје два месеца затворен. Онда га спроводе у Брусницу где пролази шибање од три стотине момака, девет пута једном за другим. Иначе, Павле је, по судској пресуди, био лишен свих покретних и непокретних добара (Јовановић, 1990, 205).

6 Поред Стефана Стефановића Тенке, у заверу су били уплетени и Цветко Рајковић, председник Врховног суда, као и тројица саветника који су раније били министри: Паун Јанковић Баћа, Павле Станишић, Радован Дамјановић.

7 Милосав Петровић, сељак из крагујевачког округа, требало је да изврши убиство. Он је иначе, био већ у притвору због убиства другог лица.

и завереници су били затворени (Јовановић, 1990: 158). Тенкина завера је изазвала велико гнушање у народу. Међутим, начин затварања лица која су потенцијално учествовала у завери изазвао је преокрет у осећањима публике.⁸ Одвођење у Гургусовац привукло је велику пажњу страних новина, па је Влада осећала потребу да се брани. Тако је Александар Карађорђевић од симпатичног владара кога су саветници хтели мучки да убију, постао антипатичан човек без срца и душе који савладане противнике ставља на огромне муке (Исто, 167). Сами завереници су покушали да цео Савет представе својим саученицима што је Влади и те како одговарало. Влада је позвала шест саветника и поставеовала их да дају оставке⁹ јер су се искомпромитовали у Тенкиној завери, што су они и учинили. Вансаветска опозиција је покушавала да убеди стране силе да је дошло до државног удара, с обзиром на то да је кнез „збацивањем“ шест саветника повредио сам Устав.¹⁰ Потом су учешће узеле Гарантне силе¹¹ и Порта, а резултат је био измирење кнеза са Саветом.

Након измирења кнеза са Саветом, Тома Вучић Перишић, председник Савета, и Илија Гарашанин, министар унутрашњих дела, постали су господари ситуације и били решени да протерају кнеза Александра. Њихова жеља за сазивањем скупштине није била довољна, потребна је била и жеља кнеза и Савета. Кнез није веровао Вучићу и Гарашанину (због потенцијалног збацивања), а Савет и кнежева група, која је у њему имала већину, бојала се скупштине због искуства са претходне (Петровске скупштине 1848. године). Тома Вучић Перишић отворено је почео да подбуњује народ, док је Илија Гарашанин радио

8 „Ја не знам како тај поступак међ вама тамо изгледа, ал мене је здраво потресло. Ја и као човек и као Србин волео би сто пута, да су примили казн смрти него што су таквом поруганију изложени. Књаз Милош истина је убио своје старешине, али никад нисам чуо да ји је пре тога у ђебета и шарено сукно увио. Они су гинули свакад као старешине народње у њиним ђурковима и послаћеним аљинама. Боља је смрт од неколико минута него она дугог мученија од зиме и мрза“, писао је Гарашанин из Париза (Јовановић: 1990: 165).

9 „Дајте оставке, или ево гвозђа на ноге, а боље дајте оставку па узмите пенсију, но да идете у кулу, па да ми после ваше жене и деца с молбом за милост и помоћ досађују“, речи представника Марковића према казивању Арсенијевића.

10 У већ помињаном члану 17 Турског устава стајало је: „Они 17 Членова Совјета неће моћи бити збачени без узрока, докле не би било доказано код моје високе Порте, да су се они учинили повини због каквог преступленија, или због нарушенија закона и уредба земаљски.“

11 До Париског уговора, Србија је имала сизерена ☐Турску и протектора ☐ Русију. Након Париског мира (којим је завршен Кримски рат), Србија је добила гарантне силе, потписнице Париског уговора. То су биле: Аустрија, Велика Британија, Француска, Пруска, Русија, Сардинија и Турска.

опрезније. Он није директно агитовао за скупштину већ је то препустио делу млађе интелигенције, који ће касније оформити либералну странку, и обреновићевцима (Јовановић, 1990: 204). Већ је било речи о третману која је ова политичка групација имала. Скупштину је тражио и један део млађе интелигенције, београдске. Рођени током доношења Хатишерифа, нису прошли кроз турско ропство. Однеговани у аутономној Србији, имали су више националне самосвести, националног поноса него њихови преци који су одрасли као турска раја. Нису се мирили са уставобранитељском политиком према Турцима која је према њиховом мишљењу била превише туркофилска. Није им одговарало ни понашање кнеза Александра Карађорђевића који је био само изборни, а не и наследни кнез и који није смео да се „испрси“ (Исто, 206-207).

IV

На формирање коначне одлуке за сазивање скупштине, значајна су писма која је Илија Гарашанин упућивао кнезу, окружним начелницима, као и одговори које је добијао. У писму¹² кнезу Александру Карађорђевићу, Илија Гарашанин извештава: „да народ скупштину жели и о овом гласови распростирали су се на више страна“ (ДАС, Из заоставштине Илије Гарашанина, 1073). У следећем писму од 26. јуна 1858, које Попечитељство унутрашњих дела шаље свим окружним начелницима, тражи да се утврди истинитост гласина о захтевима народа за сазивање скупштине (Исто). Након тога добија одговоре од десет окружних начелника. Одговори се крећу од тих да је скупштина неопходна (начелник руднички,¹³ начелник алексиначки, начелник гургусовачки, начелник чачански, начелник шабачки), преко тога да је скупштину разумно држати, али ако околности дозвољавају, боље је одложити скупштину за другу годину (начелник зајечарски), или оних који сматрају да је треба сазвати, али само ако то „доиста желе (по)једини поштени људи“ (начелник ћупријски), до оних који сматрају да Правитељство (начелник смедеревски) или кнез и Савет (начелник јагодински) треба да одлуче о држању Скупштине. Једино је окружни начелник из Лознице одговорио да народ није за скупштину и да он лично сматра да је не треба држати (Исто). У наредном писму од 7.

12 У писму се наводи само да је написано у Београду. „Без места и датума. Место сигурно“.

13 Началник руднички захтева да се судски поступак скрати како би грађани јефтине и брже долазили до својих права; да се порез праведније одреди „по имању, а не као сада по главама“, да се шумске и судске таксе појевтине, да се докторима одреде таксе за визите ван вароши и да се уопштено поступа праведније од стране власти (ДАС, из заоставштине Илије Гарашанина). Иначе, ови захтеви се понављају у многим одговорима начелника, а чуће се и на самој Скупштини.

августа 1858. које шаље кнезу, Гарашанин наводи да је послао окружним начелницима „распис“ о потреби да се народ умири пре одлуке о сазивању скупштине.¹⁴ Даље обавештава кнеза да сматра да је нужно да, макар, и усмено обавести Савет о „жељама народњим за Скупштину, па нека он међутим расуждава о том тако важном вопросу жеља народних“ (Исто). Усмена представка Гарашина наишла је на извесну опозицију. И овог пута није донето саветско решење о скупштини. Међутим, Гарашанин је одмах послао распис свим начелницима о предлогу упућеном Савету за сазивање скупштине. Дана 8. августа послао је писмо кнезу¹⁵ којим га обавештава о дискусији која је вођена у Савету и поново напомиње да је сазивање скупштине нужно (Исто). И следећег дана је послао писмо¹⁶ у којем је навео да се гласови за Скупштину у народу умножавају и да је у интересу мира и правног поретка да се што пре донесе одлука о томе да ли ће се држати скупштина (Исто). Кнез није био за сазивање скупштине, али је попустио јер није знао шта му је чинити ако Гарашанин да оставку. Истина, кнежева група је имала већину у Савету, али само док не би изашла на владу, тада би изгубила она четири члана који би били постављени за ministre и претворила би се у мањину. С друге стране, владати насупрот Савету, значило би нови државни удар, за шта кнез није имао храбрости након свих дешавања. Чим је добијен кнежев пристанак, Гарашанин је 3. септембра 1858. упутио Савету писмено образложење о потреби сазивања Скупштине где је, између осталог, навео да се Скупштина мора одржати јер народ губи поверење у владу, а ауторитет власти слаби.¹⁷ Савет је одмах решио да се Скупштина држи и саветско решење је кнез истог дана потврдио.¹⁸ Такође, Савет је изабрао комисију која је требало да изради пројекат закона о Скупштини (Јовановић, 1990: 210).

Закон,¹⁹ којим се није установљавала скупштина као орган власти, већ је било предвиђено да се одржи само један сазив, требало је да важи

14 Илија Гарашанин окружним начелницима ☐ распис о потреби да се народ умири пре одлуке о сазивању скупштине, Београд, 7. август 1858. године (ДАС, Заоставштина Илије Гарашанина).

15 Илија Гарашанин кнезу Александру – о дискусији у Совјету о питању сазива Народне скупштине, од 8. августа 1858. године (ДАС, Заоставштина Илије Гарашанина).

16 Илија Гарашанин кнезу Александру – о потреби да се што пре донесе одлука о сазивању Скупштине од 9. августа 1858. године (ДАС, Заоставштина Илије Гарашанина).

17 Попечитељство унутрашњих дела Совјету – образлаже потребу сазивања скупштине, Београд, 3. септембар 1858. године (Препис, АИИ, Инв. бр. 24/118 XXIV/3).

18 Кнез Попечитељству унутрашњих дела – да је сагласан са сазивом Скупштине, Београд, 3. септембар 1858. године (Препис, АИИ, Инв. бр. 24/122 XXIV/3).

19 Према Слободану Јовановићу: „Кад се 1858. поново повео говор о Скупштини, прва је мисао била, како да се спречи да и та нова Скупштина не постане неурачунљива

само за Светоандрејску скупштину и да након њеног распуштања и сам престане да важи. Закон о народној скупштини донет је 28. октобра 1858. године. Иначе, то је наш први закон о Скупштини. Мотивисан је „обичајем народним који од старина постоји, да се наш народ с времена на време сакупља на скупштину поради саветовања о општенародним делима“. Народна скупштина се састојала од народом изабраних²⁰ и посланика по положају,²¹ односно од 376 посланика из народног избора и 63 посланика по положају, у укупном збиру чак 459 чланова. Оваква скупштина била је скоро три пута већа од старе српске скупштине, већа за стотинак посланика од Велике скупштине по старом српском уставу (Јовановић, 1990: 213). Скупштина је имала право да даје своје мишљење о предметима за које кнез са Саветом нађе за добро да се преко министра предложи скупштини, изнесе пред владу тегобе које би народ имао и да предложи средства да се оне отклоне, износи жеље које би народ имао за подизање државног благостања, и начин на који би се те жеље извршиле и задовољиле. Скупштина је имала председника, потпредседника и два секретара. Скупштинске седнице могле су бити само јавне (Исто, 214). Дакле, није била замишљена као орган власти, већ као консултативно тело.

V

Светоандрејска скупштина²² отпочела је са радом 1858. године, на празник по коме је и добила име, 30. новембра/12. децембра, а завршила је свој рад 31. јануара/12. фебруара 1859. године. Одржано је 46 пленарних седница, а трајала је 60 радних дана. Светоандрејска скупштина имала је свој протокол, у који су завођени сви предлози и њене одлуке, свој печат и своју архиву. Донето је чак 385 одлука (Мартиновић, Брашић, 1937: 58–60).

револуционарна гомила као скупштине пре ње. Мислило се да ће бити најбоље, ако се, пре сазива Скупштине, изда један закон који ће тачно одредити њен састав и њен начин рада, који ће њену експлозивну гомилу стегнути у чврсте границе, и од њене хаотичне масе начинити организовано тело“ (Јовановић, 1990: 212).

20 Посланици из народног избора бирали су се по окружним варошима (непосредно) и по срезовима (посредно, преко повереника).

21 Посланике по положају чинили су: председници виших и нижих судова, управник града Београда, окружни начелници, окружни протојереји и из сваке епархије један настојатељ манастира.

22 Скупштина се састала 30. новембра на дан државне светковине. Тог дана била је уприличена служба у цркви, честитање у двору, а након тога је организован ручак за посланике код „Српске круне“. Затим се приступило конституисању Скупштине. Председник скупштине био је Миша Анастасијевић, потпредседник Стевча Михаиловић, секретари Јеврем Грујић и Јован Илић.

На Скупштини су изнети многи захтеви представника округа, варошког и сеоског становништва, као и појединачне жалбе. Примера ради, посланици ужичког округа захтевали су смањење дажбина, укидање кошева, мере против зеленаша, заштиту од злоупотреба (ДАС, бр. 232/1859); посланици подрињског округа изнели су жалбе против турског становништва, захватања земљишта од богаташа и превеликих дажбина (ДАС, С, број 248); црноречки округ предлагао је нове законске мере у разним областима, као што су проблеми преступника, данка, путева и шума (ДАС, С, бр. 344), посланици крајинског округа жалили су се на свештенике и представнике власти (ДАС, С, к бр. 353); посланици крушевачког округа захтевали су побољшање стања у трговини, земљорадњи, занатству, саобраћају (ДАС, С 226/1859). Градско становништво захтевало је: ограничавање права странцима (ДАС, С, бр. 150), заштиту интереса домаћих трговаца и занатлија, реформе у пореском систему, судству (ДАС, С, бр. 56), озакоњење права женске деце на пристојно издржавање и удомљење, права жена у задругама, регулисање верске обавезе, побољшање положаја учитеља и судија (ДАС, С, бр. 217). Становници сеоских општина изнели су жалбе на високе аренде на риболов, злоупотребе општинских кошева, ограничавање броја дућана, злоупотребе општинских извршних власти (ДАС, С, бр. 13); злоупотребе свештеника и судија, зеленашење, шумске уредбе, општинске и државне чиновнике (ДАС, С, бр. 255); на полицијске мере (ДАС, С, бр. 355). Иако су сви ови захтеви изнети, Скупштина није имала могућности да решава о свим. Из тог разлога је одлучено да једна ужа скупштинска комисија прегледа све предлоге и достави Савету и Влади оне које су важни на даље решавање.

Највећи значај ове скупштине било је управо јачање свести о народном суверенитету. Светоандрејска скупштина значајна је што је настојала да сама, по свом нацрту, узакони свој рад и устали своје постојање као један од органа врховне власти. На овој скупштини поднет је нацрт Закона о народној скупштини, који је саставио Андрија Стаменковић, а посланицима тумачио Јеврем Грујић, иначе секретар скупштине. „Разумите браћо, пројекат гласи, не да предлагете но да поставите закон. А кад народ може поставити Књаза, ваљда може и поставити закон. Уосталом, то је старинско право нашег народа: да на скупштини постави закон, како ће се управљати и судити, и да постави лица која ће управљати и судити.” (Нацрт Закона о Народној Скупштини са образложењима Јеврема Грујића, 1858). Закон је требало да донесе сама Скупштина, као носилац народне суверености. Дакле, без кнеза и савета који су били носиоци законодавне власти по важећем Уставу. Јеврем Грујић је то правдао на следећи начин: „Ако понекад ко узме или

му се повери, те уместо народа прописује законе, то не смета да онда и оно, кад, и што народ може и тене, да га одма и сам узакони. Сад можете поставити скупштински закон, а да га народ оће, ви знате боље но ми.“ (Исто). По овом нацрту, Скупштина је била састављена искључиво од изабраних посланика и састајала се сваке године (Исто, чл. 13–14). Без њеног пристанка нису могли да се донесу нити измене закони о кнезу, Савету, министрима, врховном суду и Народној скупштини (Исто, чл. 5). Такође, имала је право да укине сваки закон који би кнез и савет издали без ње, а који би по мишљењу скупштине био лош (Исто, чл. 10). Дакле, имала је потпуну законодавну власт. Скупштина је имала и пуно буџетско право. Такође, никакви нови порези нису могли да буду установљени без пристанка скупштине (Исто, чл. 8). Нацртом је предвиђена и министарска одговорност, и кривична и политичка (Исто, чл. 12), као и пуни имунитет народних посланика (Исто, чл. 32–33). Оваква скупштина била би прави репрезент народног суверенитета. Међутим, народна скупштина са оваквим надлежностима није одговарала конзервативним круговима којима је циљ био свргавање кнеза.²³ Они су издејствовали да се нацрт закона упуту једној комисији, која ће га у року од два дана прегледати и поднети скупштини своје мишљење. Поједине одредбе су промењене, а поједини изрази ублажени. Нпр., уместо „без претходног одобрења скупштине“ – „без претходног саслушања скупштине“, уместо „издајник је народа“ – „преступник је закона“. Од пуне законодавне власти скупштине није остало ништа (Рањеловић, Бартуловић, 2012: 56). Измењен нацрт закона Скупштина је усвојила 8. децембра.

VI

Десети децембар остао је упамћен као дан којим је отпочело кнежево свргнуће. Након говора председника Скупштине, реч су узимали посланици који су својим говорима позивали на одговорност кнеза Александра Карађорђевића. Када се атмосфера усијала до максимума, председник је упитао посланике да ли су за оставку, на шта су сви посланици одговорили позитивно. „Оставка, оставка“, одзвањало је

23 Различите ставове о Нацрту, имали су учесници у дешавањима, али је генералан став био негативан. Илија Гарашанин и Миша Анастасијевић нису били против идеје да се Скупштина држе редовно, али су били изненађени оваквим законом. Став београдске интелигенције који је био у либералној странци, замерао је Скупштини што покушава да присвоји себи законодавну власт која јој не припада и што скреће са пута законитости. Двор није одобравао либерални пројекат, али је био радостан што је искрсло друго питање које скреће пажњу са кнеза. Једино је Тома Вучић Перишић одобравао у свему овакав либералан закон. То је било у складу са његовим тежњама да нико не сме да буде слободоумнији од њега.

Скупштином. Председник је, затим, саставио један акт којим се кнез извештавао о скупштинској одлуци (Јовановић, 1990: 238). Кнезу је написано писмо у коме Скупштина, у име народа, тражи да кнез поднесе оставку, а да своју власт преда Скупштини. „Народна Скупштина се нада да ће Ваша Светлост уважити овај глас народа свог и за љубав среће, мира и спокојства отечества нашег и Вашег својевољно се одрећи владе, па као што вам је 1842. скупштина народна владу предала, тако да је и ви сад, Светли Књаже, скупштини и чрез њу народу повратите...“ Уз ово писмо била је приложена и оставка коју је кнез требало да потпише. Једна делегација однела је писмо кнезу, али је он одложио свој одговор за сутра. Али сутрашњи дан га није затекао у двору. Након разговора са саветницима, који су били солидарни са Скупштином, кнез се одвезао у град и ставио под заштиту београдског везира (ДАС, Заоставштина Илије Гарашанина, 1073). Једанаестог децембра, Скупштина се састала у девет ујутру. Посланици су били обавештени о кнежевом бекству, а Савет је и написмено изјавио своју солидарност са Скупштином. Након тога председник је предложио да се кнез збаци са престола као издајник, а Скупштина је то одмах усвојила. Убрзо затим повело се и питање ко ће бити нови кнез. „Хоћемо Милоша Обреновића“, чуло се и у Скупштини и на улици од окупљеног народа. Постигнута је сагласност да намесничку власт врши Скупштина до доласка Милоша Обреновића.²⁴ Затим је та одлука саопштена и народу. Дванаести децембар је отпочео у Скупштини свађом између председника и секретара Скупштине. Након решавања сукоба, појавио се нови проблем, растеривање Скупштине од стране војске. Заправо, поједини саветници су у касарни извикали повратак кнеза Александра Карађорђевића, док је народ на улицама клицао о Милошу Обреновићу. Војска је кренула ка Скупштини како би растерала народ. У ствари, мислило се да ће војска без наоружања успети да их натера на повлачење. Међутим, народ је успео да задржи војску и у победничкој раздраганости клицао „Живео Обреновић“ (Јовановић, 1990: 250–252). Занимљиво је поменути понашање Савета. Сутрадан, 13. децембра, Савет је послао Скупштини акт у коме је тврдио да су његови чланови силом доведени од војске у касарну и били принуђени да напишу писмо 12. децембра којим се кнез Александар позива натраг на престо. Још занимљивије, дванаестог децембра Савет је опозвао све што је радио

24 Све је ово било неправилно. Скупштина је требало да сачека потврду њене одлуке о збацивању кнеза Александра Карађорђевића од стране Савета. Заправо, није ни могла да проглашава новог кнеза док место старог кнеза не би било и формалноправно оглашено за упражњено. Даље, акт којим је проглашен Милош за кнеза није, такође, важио без саветске потврде, што значи да није ни могао бити саопштен народу док Савет није на то пристао.

на збацивању кнеза. Дакле, једном је тврдио да је био принуђен гомилом људи, други пут, војницима. Према речима Слободана Јовановића: „једно тело које, у року од двадесет четири часа, двапут опозива своје одлуке, и двапут признаје написмено да је радило под морање, такво тело врши над собом акт политичког самоубиства“ (Исто, 254). Тринаестог децембра, главни војни команданти дошли су у Скупштину и изјавили да се војска придружује народу чиме је кнез Александар Карађорђевић коначно изгубио сваку могућност да се врати на престо. Једино се могла очекивати помоћ од споља, пре свега од Аустрије и Турске. Порта је осуђивала активности Светоандрејске скупштине, али не због збацивања кнеза Александра за кога је сматрала да га је немогуће одржати, већ због начина рада. Аустрија, која је држала своје трупе близу Варадина, нудила је помоћ Порти у „одбрани града“. Међутим, став Француске и Русије које су сматрале да би таква интервенција била противна Париском уговору, спречила је аустријски предлог. Порта је потврдила фактичко стање и издала је берат којим је пристала на избор Милоша Обреновића за кнеза.

VII

Исходи Светоандрејске скупштине били су: свргавање кнеза Александра Карађорђевића, повратак Милоша Обреновића и фактичко развлашћење Савета. Међутим, највећи значај ове Скупштине било је јачање свести о народном суверенитету.

Иницијативе градског и сеоског становништва за сазивањем Скупштине, представке и жалбе које су подношне, а потом и одлуке које су доношене говоре у прилог томе. Неподношљиви услови у варошима и селима, као и свест тамошњег становништва да би проблеми могли да буду решени једино на Скупштини, значајни су, као и само заседање Скупштине. Истина, до сазива не би ни дошло без политичке игре оних којима је она потребна, али је одлучујући утицај, ипак, имао народ. На Светоандрејској скупштини изнети су захтеви за реформом закона о судском поступку, бољим обрачунавањем пореза, смањивањем судских и шумских такси итд. На овој Скупштини није донета само одлука о смени кнеза, већ и одлуке које су се односиле на забрану зеленашења, мање промене уставног карактера, а најављене су и бројне реформе у другим областима.

Светоандрејска скупштина значајна је што је настојала да сама, по свом нацрту, узакони свој рад и устали своје постојање као један од органа врховне власти. Иако су извршене битне измене закона и Скупштина није успела да се устали као обавезан орган, показала је да се без скупштине више не може. О томе сведоче и речи кнеза Милоша

Обреновића који је приликом распуштања Скупштине одредио њено ново одржавање о Малој Госпојини исте године. Светоандрејска скупштина је створила основу за поновно оживљавање народне скупштине и принципа народног суверенитета. Захваљујући њеном раду, касније је донет Закон о народној скупштини кнеза Михаила из 1861. управо на скупштини – Преображенској, а Устав из 1869. године, познатији као Намеснички, јој је коначно дао законодавну власт.²⁵

Литература и извори

- Грујић, Ј. (1922). Записи I, Српска краљевска академија, Београд.
Јовановић, С. (1990). Уставобранитељи и њихова влада (1838–1858), БИГЗ, Београд.
Лукић, Р. (1953). Теорија државе и права, Научна књига, Београд.
Lok, Dž. (2002). Dve rasprave o vladi, Utopija, Beograd.
Мартиновић, Ч., Брашић, Н. М. (1937). Југословенске народне скупштине и сабори, Издање Народне скупштине Краљевине Југославије, Београд.
Раденић, А. (1964). Светоандрејска скупштина, Научно дело, Београд.
Рањеловић, Н., Бартуловић, Ж. (2012). Основи уставне историје југословенских народа, Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Нишу, Ниш.
Ruso, Ž. Ž. (1993). Društveni ugovor, Filip Višnjić, Beograd.

Извори

- ДАС, бр. 232/1859.
ДАС, Из заоставштине Илије Гарашанина, 1073.
ДАС, М. Ф. к бр. 746/1858.
ДАС, МУД, 7. X бр. 93/1858.
ДАС, МУД, ПФ VI бр. 140/1858.
ДАС, МУД, ПФ VII, бр. 67/1858.
ДАС, МУД, ПФ. VII бр. 17/1858.
ДАС, С 226/1859.
ДАС, С, бр. 13.
ДАС, С, бр. 150.
ДАС, С, бр. 217.
ДАС, С, бр. 255.

²⁵ Види: Митић, С (2024). ОРГАНСКИ ЗАКОНИ – СРЕДСТВО ДИНАМИКЕ ПРИМЕНЕ УСТАВА – правноисторијски осврт. Тематски зборник радова Динамика савременог правног поретка, Косовска Митровица.

ДАС, С, бр. 344.

ДАС, С, бр. 355.

ДАС, С, бр. 56.

ДАС, С, број 248.

ДАС, С, к бр. 353.

Државопис Србије I. (1863). Београд.

Нацрт Закона о Народној Скупштини са образложењима Јеврема
Грујића. (1858).

Препис, АИИ, Инв. бр. 24/118 XXIV/3.

Препис, АИИ, Инв. бр. 24/122 XXIV/3.

Сборник закона и уредаба 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).*

Др Никола Милосављевић,*

Доцент,

Правни факултет, Универзитет у Крагујевцу,

Република Србија

DOI: 10.5937/zgrfn1-50937

КУМУЛАЦИЈА СУБЈЕКТИВНИХ ПРАВА ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА КУМУЛАЦИЈУ ПАТЕНТА И ПРАВА НА ИНДУСТРИЈСКИ ДИЗАЈН**

Апстракт: Кумулација субјективних права интелектуалне својине представља област све већег интересовања научне јавности. Кумулације могу бити од великог значаја имајући у виду нови технолошки развој и потребу да се интелектуалне креације заштите на адекватан начин. Међусобни односи између различитих права интелектуалне својине представљају област која није у довољној мери обрађена нити систематизована. Стога аутор у раду анализира постојећа знања о кумулацијама права интелектуалне својине, а након тога се фокусира на конкретну анализу кумулације патента и права на индустријски дизајн применом компаративног и правно-догматског метода. Аутор на овај начин жели да укаже на значај који кумулације могу имати за уређење односа у области интелектуалне својине и посебно за утврђивање обима заштите.

Кључне речи: кумулација, колизија, конвергенца, кумулација патента и права на индустријски дизајн, сличности и разлике патента и права на индустријски дизајн.

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

** Рад је резултат научноистраживачког рада аутора у оквиру Програма истраживања Правног факултета Универзитета у Крагујевцу за 2024. годину, који се финансира из средстава Министарства науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије.

1. Увод

Свако од субјективних права интелектуалне својине генерално гледано се карактерише бројним специфичностима, због којих она немају пуно заједничких карактеристика. Стога је далеко оправданије говорити о сличности и разликама између појединачних права него тражити заједничке елементе који су карактеристични за сва субјективна права интелектуалне својине. Сличности и разлике између појединачних субјективних права представљају предуслов за постојање поља преклапања у заштити између појединачних права интелектуалне својине. Како би ово потенцијално могло изазвати одређене тржишне, али и друге друштвене конфликте, потребно је односе између права засновати на принципима коегзистенције у заштити (Huber, 2015: 47). Стога постоји теоријска, али и практична потреба испитати међусобне односе, сличности и разлике као и преклапања у пољима заштите субјективних права интелектуалне својине.

Рад који следи је подељен на општи и посебан део. У општем делу се разматрају појам, разлози за постојање и дозвољеност кумулација у циљу постизања одређеног степена систематичности и стварања основе за даље разматрање. Након тога у посебном делу се анализа преноси на терен кумулације патента и права на индустријски дизајн како би се испитао њен значај и потенцијална опасност за конкуренцију.

2. О кумулацијама права интелектуалне својине уопште

2.1. Појам и врсте кумулације

У теорији постоји више термина којима се обележава преклапање у пољу заштите права интелектуалне својине. У англосаксонској теорији преовлађујући је појам „преклапање“ (енг. *overlap*) права. Међутим, континентално-европска теорија се претежно користи појмом „кумулација“ (енг. *cummulation*, нем. *Kumulation*, *Schutzkumulation*) права, као латинским термином. Поред тога, често коришћени термини су конгруенца (енг. *concurrence*, нем. *Kongruenz*) и конвергенца (енг. *convergence*, нем. *Konvergenz*) права интелектуалне својине. Неретко се користи и појам конфликт права интелектуалне својине (енг. *conflict*, нем. *Gegensatz*, *Konflikt*) или колизија права интелектуалне својине (енг. *collision*, нем. *Kollision*). Међутим, иако су сви наведени појмови донекле везани за преклапање у пољу заштите различитих права интелектуалне својине, теоретичари се не слажу у потпуности око њиховог значења.

Дерклаје (*Derclaye*) сматра да је појам преклапање (*overlap*) или кумулација (*cummulation*) најшири, и да под њим треба разумети

целокупну појаву при којој се више права интелектуалне својине примењује на исти физички објекат, због постојања делимичне или потпуне сличности материјалног права. Притом врши разликовање симултане кумулације или конгруенције (*simultaneous cummulation, concurrence*), код које се оба права интелектуалне својине примењују или могу применити истовремено, и сукцесивне кумулације (*subsequent, consecutive, a posteriori cummulation*), код које се примењује најпре једно, па друго субјективно право интелектуалне својине на исти предмет заштите. Сем тога, дефинише и појам тзв. негативног преклапања (*negative overlap*), код кога једно право може да опстане, али му друго својим условима заштите или обимом то онемогућава. Од овога се разликује појам „сукоба или конфликта правних режима“, који користи за означавање ситуације када у случају постојања симултане кумулације примена различитих права интелектуалне својине доводи до резултата који не могу бити усклађени. Осим три наведене – главне врсте преклапања – наведени аутор разликује и друге врсте кумулације. Тако постоји субјективна кумулација (*subjective cummulation*), код које два или више права интелектуалне својине регулишу исту материју, али та права припадају различитим особама, док код објективне кумулације (*objective cummulation*) више права регулише исту материју, али она не припадају различитим, већ истим лицима. С друге стране, појам конвергенца (*convergence*), аутор објашњава као појаву да два права интелектуалне својине имају не само сличну материју коју штите, већ су и њихова правила уједначена. Разликује се асиметрична, симетрична и негативна конвергенца. Под асиметричном конвергенцом (*asymmetric convergence*) овај аутор разуме појаву да се два субјективна права слажу у циљу њиховог прописивања и делимично у резултатима заштите, али се не слажу у свим деловима (нпр. имају различита ограничења). Симетрична конвергенца (*symmetric convergence*), коју назива и позитивном конвергенцом (*positive convergence*), с друге стране, подразумева да се права интелектуалне својине не слажу само у погледу предмета, услова заштите и садржине, већ и у погледу ограничења. Коначно, негативна конвергенца (*negative convergence*) или конвергенција искључења (*exclusionary convergence*), није антоним позитивне конвергенце, већ подразумева ситуацију где ниједно од права интелектуалне својине не штити одређени предмет заштите услед чега он остаје у јавном домену (Derclaye, 2011: 3–4).

Динвуди (*Dinwoodie*), с друге стране, појам конвергенце (*convergence*) сматра најширим, и разликује конвергенцију типа А, Б, Ц и Д. Под конвергенцом тип А подразумева преклапање (*overlap*) у погледу заштићене материје, односно да два или више права интелектуалне својине штите исту материју, до које долази због ширења заштите

права изван њихових традиционалних области и пролиферацијом нових права. Конвергенца тип Б се односи на природу субјективних права. Ова конвергенца заправо подразумева приближавање између права интелектуалне својине у погледу функција које она обављају на тржишту и до које долази због тога што се правима интелектуалне својине приписују и функције које до тада нису имала. Конвергенца тип Ц подразумева сличност права интелектуалне својине у погледу норми, односно правног регулисања. У законодавству постоји тренд ослањања на друга права интелектуалне својине у регулисању, па су често и норме које постоје сличне у различитим правним режимима, где постојећи модели за једно право интелектуалне својине бивају коришћени и за друга права интелектуалне својине. Коначно, конвергенцу типа Д, аутор другачије назива кумулацијом права (*cummulation of rights*), под којом подразумева појаву да је могуће исту материју штитити са више права интелектуалне својине. Иако, се суштински ова конвергенца односи на конвергенцу тип А, разлика је у томе што прва само подразумева просто преклапање у заштити, док се ова тиче дозвољености тог преклапања у заштити према закону (Dinwoodie, 2005: 6–12).

Кведвлиг (*Quaedvlieg*) разликује два основна појма: конгруенцију (*concurrence*) и конвергенцу (*convergence*). Под првим се подразумева конкуренција субјективних права у истом предмету заштите, односно да више права може да заштити исти предмет заштите. Притом, аутор разликује ситуацију у којој различита права интелектуалне својине штите различите аспекте истог физичког објекта и ситуацију где више права интелектуалне својине штите исти аспект физичког објекта. С друге стране, конвергенца подразумева ситуацију где се режими права интелектуалне својине приближују, како би се остварила већа хармонија у примени права. Аутор разликује позитивну и негативну конвергенцу. Позитивна конвергенца (*positive convergence*) подразумева ситуацију где не постоји само конкуренција више режима у погледу предмета заштите, већ и да се правни режими приближавају (конвергирају), у хармонизовани или униформни облик заштите. Суштински овим се омогућава кумулација (*cummulation*), односно да се исти предмет заштите штити са више права интелектуалне својине. Негативна конвергенца (*negative convergence*) с друге стране подразумева ситуацију да потенцијално конкуришући режими конвергирају, односно се усаглашавају у искључивању из заштите одређених предмета заштите. Аутор притом прави разлику између апсолутне и релативне негативне конвергенце. Апсолутна конвергенца подразумева да се сва права интелектуалне својине слажу у томе да одређени предмет заштите не треба заштитити, због чега он остаје у јавном домену. Релативна негативна конвергенца подразумева да су

правила тако уређена да само једно право интелектуалне својине штити одређени предмет заштите, док су сви остали искључени. За разлику од Дерклаје, овај аутор ипак сматра да је негативна конвергенца антоним позитивној (Quaedvlieg, 2004: 23–27).

Кур (*Kur*) се претежно користи појмом кумулација (нем. *Kumulation, Überlagerung*) под којим подразумева примену различитих права интелектуалне својине на исти предмет заштите. Поред већ поменуте разлике на сукцесивну и симултану кумулацију, у истом значењу као код Дерклаје, Кур прави разлику и између кумулације у ширем смислу, кумулације у ужем (средњем) смислу и кумулације у најужем смислу. Кумулација у ширем смислу (*Kumulation in weiterem Sinne*) се дешава у свим ситуацијама када се два или више права односе на исти физички објекат. Кумулација у ужем или средњем смислу (*Kumulation im mittleren Sinne*) постоји у случају када постоји не само сличност у погледу физичког објекта на који се права интелектуалне својине односе него и у погледу аспекта који је заштићен, али не и у погледу објекта заштите. Коначно, кумулација у најужем смислу (*Kumulation im engsten Sinne*) постоји онда када постоји преклапање и у погледу аспекта физичког објекта на које се право интелектуалне својине односи, али и у погледу самог објекта заштите (Kur, 2018: 330).

У нашој правној теорији је одомаћен појам кумулације. Под њом се подразумева да постоје два или више права интелектуалне својине са истим предметом заштите. Такође, разликује се сукцесивна кумулација и симултана кумулација. Према ставу заузетом у нашој теорији може бити дозвољена само сукцесивна кумулација, док се у случају симултане титулар мора одлучити за утужење по једном праву (Миладиновић, 2009: 125). Поред овог појма, наше право познаје и појам колизије права, под којим се подразумева ситуација да се један предмет заштите штити са више права интелектуалне својине која припадају различитим лицима, али да се превага даје титулару ранијег права (Влашковић, 2011: 230). Ради јасноће, а и следећи примере из наше правне теорије, ми ћемо у раду као општи појам користити појам кумулације, док ћемо субјективну кумулацију називати колизијом, а објективну кумулацијом у ужем смислу ради разликовања.

2.2. Разлози и допуштеност кумулације

Разлози за појављивање кумулације могу бити различити. У теорији се често идеализује да у периоду када су постојали само ауторско право, патент и жиг нису постојала преклапања. Увођењем *sui generis* права ова слика почиње да се мења, јер је дошло до дисбаланса у односима између основних права (Derclaye, 2011: 312, Dinwoodie, 2005: 7, Quaedvlieg, 2004:

24). Питање је колико је ово схватање оправдано. Није јасно зашто би се наведена три права сматрала основним. Право на индустријски дизајн је, као *sui generis* право, настало готово у исто време када и наведена права. Сем тога, акреација, односно стварање нових права би начелно допринело бољем прилагођавању односа између права. Други разлог који се такође наводи јесте чињеница да су права интелектуалне својине почела да обухватају материју која традиционално не спада у материју права интелектуалне својине (Dinwoodie, 2005: 6). Тако су под ауторско право, помало вештачки, подведени рачунарски програми, док је обим жига све шири. Ово би донекле могло да објасни разлог повећаног броја кумулација, будући је граница међу правима све нејаснија. Кур истиче да кумулације начелно не морају бити ни позитивна ни негативна појава, али да настају уколико постоји одређени дисбаланс у прописивању појединих права у погледу услова заштите, обима, садржине или другог. Стога је у решавању кумулације најпре неопходно покушати вратити баланс у односе међу правима, па тек уколико то не успе, посезати за легислативним забранама (Kur, 2008: 616). Осим тога, исти аутор на другом месту указује да дисбаланс може постојати и у погледу функције коју одређено субјективно право има у правном систему (Kur, 2001: 24–25). Ипак постоје два основна економска разлога због којих долази до кумулација. Један је жеља титулара да максимизују економски ефекат признатих права и убирају додатне приходе, а други се тиче све већег повезивања маркетинга и културе (Quaedvlieg, 2004: 24–25).

Осим терминолошког и казуистичког појашњења, на овом месту је неопходно да се осврнемо и на питање пожељности и допуштености кумулације. Треба рећи да ни у једном закону не постоји начелна забрана свих кумулација нити су оне начелно дозвољене за сва права интелектуалне својине (Kur, 2008: 615). Могућност кумулације се решава на нивоу сваке појединачне кумулације. Потребно је анализирати кумулацију свих права понаособ, будући да је свака од њих посебна појава. Друго је питање да ли су кумулације као појава пожељне са тржишног и општег друштвеног аспекта. Основни проблем који се са становишта пожељности појаве истиче јесте чињеница да се омогућавањем кумулације спречава прелазак интелектуалних добара у јавни домен, чиме се суштински спутава један од ефеката или циљева признања права интелектуалне својине, а то је привредни и технички развој. Наиме, део права интелектуалне својине који се односи на иновације, има предвиђене рокове трајања са јасним циљем да заштићено добро, након намиривања трошкова развоја и истраживања, пређе у јавни домен. Тиме се оставља простор за даљи привредни и технички развој, будући да се постојеће иновације користе за развијање нових (Geier, 2015: 122–125, Derclaye, 2011: 307, Ohly, 2018:

116). Поред тога, у теорији је указано да осим техничког развоја, који је по својој природи линеаран, постоји и тзв. културни развој, који је за разлику од техничког цикличан, будући да се стара достигнућа увек изнова обнављају. Док се технички развој обезбеђује патентом, културни развој се обезбеђује ауторским правом и правом индустријског дизајна. Како би овај развој неометано текао, потребно је да по истеку рока заштите предмети заштите пређу у јавни домен, како би се користили за даљи развој. Стога сукцесивна кумулација, која се најчешће остварује жигом, довела би до тзв. „расхлађујућег дејства“ (енг. *chilling effect*) по привредни развој, будући да би даљи развој био успорен (Senftleben, 2021: 202). Прелазак духовних добара у јавни домен је неопходан и са становишта интереса јавности, јер је неопходно омогућити да закони конкуренције сниже цену производу, како би постао доступан најширем могућем кругу потрошача (Derclaye, 2011: 307). Затим, кумулација може бити проблематична и са тзв. економског аспекта. Наиме, рок трајања права интелектуалне својине је прописан имајући у виду неопходност намирења трошкова развоја и истраживања. Циљ признавања привременог монопола јесте првенствено у томе да се ови трошкови надокнаде. Губљењем или ублажавањем својства привремености, може лако доћи до тога да се овај позитивни монопол изметне у негативни, који је потенцијално опасан за конкуренцију. На овај начин се омогућава титулару да он прибира екстра приходе, који нису били неопходни за намирење трошкова развоја и истраживања, чиме он постепено може доћи до монополске позиције у одређеном привредном сектору. Често је у теорији занемарен и ефекат правне несигурности коју кумулације стварају. Конкуренти никада не могу бити у потпуности сигурни да ће, након што је заштита за право истекла, моћи да се користе и имитирају заштићено добро. Увек постоји опасност да ће их титулар истеклог права по основу неког другог права тужити и онемогућити у коришћењу добра (Geier, 2015: 98–101). Даље, постојање кумулације у виду колизије може довести до одређених поремећаја на тржишту, имајући у виду да је неодржива ситуација да на истом предмету заштите два или више лица остварују симултану заштиту, те је ову ситуацију неопходно решити (Ohly, 2018: 11). Симултана кумулација може бити спорна и са аспекта проширивања обима заштите. Наиме, као и рок трајања, и обим заштите је прописан имајући у виду циљеве и функције сваког специфичног права. Омогућавањем потенцијално ширег обима, у оквирима другог права интелектуалне својине од матичне области за тај предмет заштите, могу се остварити одређени негативни ефекти.

Сва ова потенцијално негативна дејства нису довољна за генералну забрану свих облика кумулације. Напротив, кумулација је чак третирана

као пожељна будући да се тиме више излази у сусрет титуларима права. Стога се, уместо опште забране, предвиђају само појединачне забране у оним ситуацијама када је то неопходно ради заштите конкуренције или другог заштићеног интереса. Ипак, према једном од ставова могуће је поставити неколико принципа на којима је засновано третирање и ограничавање кумулација уопште. Реч је о принципу приоритета, према коме се предност даје ранијем праву у односу на касније, принципу слободе кретања роба и услуга и принципима слободе трговине и слободе предузетништва (Derclaye, 2011: 309). Сви наведени принципи морају бити узети у обзир приликом прописивања права и посебно култивисања односа права интелектуалне својине са другим правима.

3. Кумулација права на индустријски дизајн и патента

3.1. Сличност патента и права на индустријски дизајн

Сличност можемо посматрати како са аспекта предмета заштите, али и на нивоу природе права, услова, обима, поступка и рока заштите и другог. Ипак сличност односно разлика зависи и од конкретног правног система који се обрађује, те оно што је сличност у једном систему може бити разлика у другом и обрнуто.

Предмети заштите индустријског дизајна и патента имају одређене додирне тачке иако се у основи разликују. Предмет заштите патента је проналазак, односно привредно применљиво упутство о нужним и довољним условима који су потребни да се силом природног каузалитета оствари последица која представља ново решење техничког проблема (Шокињов, 2023: 36). Патентом се, поред уређаја, могу штитити и хемијске супстанце, микроорганизми, биолошки материјали, проналасци поступака и проналасци примене. За већину ових проналазака је релативно тешко уочити сличност са дизајном. Међутим, када је реч о малом патенту одређене сличности се могу уочити. Чланом 163 Закона о патентима, пре последњих измена, било је дефинисано да је предмет проналаска који се штити малим патентом решење које се односи на конструкцију неког производа или распоред његових саставних делова.¹ И у упоредном праву се може наићи на сличне дефиниције. Тако је предмет заштите корисног модела (како се другачије назива мали патент) према финском праву

¹ Чл. 163, ст. 2 Закона о патентима, *Сл. гласник РС*, бр. 99/2011, 113/2017 – др. закон, 95/2018, 66/2019. Ова дефиниција је избрисана новелама из *Сл. гласник РС* бр. 123/2021. Имајући у виду да је наведена дефиниција представљала главни критеријум разликовања патента и малог патента према садашњем решењу је нејасно шта ће се штитити патентом, а шта малим патентом, будући да дефиниција из чл. 163, ст. 1 Закона о патентима суштински одговара и проналаску који се штити патентом.

техничко решење које је отелотворено у облику или изгледу уређаја, који је комерцијално употребљив. Грчко право предвиђа да је предмет корисног модела нови, индустријски применљиви, тродимензионални објекат специфичног изгледа или облика, попут алата, инструмента, уређаја, или њихових делова. По италијанском праву корисним моделом се штите нови облици којима се остварује посебна ефективност или ергономичност на машини или делу машине, опреми, алатима или предметима уопште, било обликом, позиционирањем, конфигурацијом или комбинацијом делова. Шпанско право предвиђа заштиту корисним моделом за инструменте, апаратуру, алате, механизме, предмете или делове предмета, који се штите због свог спољног изгледа или функције (Suthersanen, 2000: 368–388). Дизајн представља дводимензионални или тродимензионални изглед целог производа.² Имајући у виду да се у дефиницији дизајна из хармонизованог права не инсистира на естетским елементима, овај појам је ближи појму предмета малог патента, будући да се и један и други односе на структуру и изглед производа. Другим речима, на нивоу простог језичког тумачења, готово да се не би могла уочити разлика између предмета малог патента (корисног модела) и индустријског дизајна, будући да и један и други представљају нов, специфичан изглед одређеног производа. Треба нагласити да изглед производа такође потенцијално може бити заштићен и патентом ако су за то испуњени услови. Ова сличност омогућава да се у неким правним системима предмет заштите малог патента и патента штити и правом на индустријски дизајн. Осим тога, Законом о правној заштити индустријског дизајна је призната могућност да се пријава за признање права на дизајн претвори у патентну пријаву или пријаву малог патента,³ што такође сведочи о сличности предмета заштите.

Више сличности можемо регистровати на осталим нивоима поређења. Разлог за ово је чињеница да је правна заштита индустријског дизајна изграђивана са ослонцем на патентни систем заштите. Тако у погледу услова заштите, новост је призната као услов за признање патента и услов за признање права на индустријски дизајн. И у једном и у другом случају се подразумева да такав облик до сада није био познат, тј. да се не налази у стању технике односно дизајна. У америчком праву и системима који примењују потпуни патентни приступ у заштити, поред услова новости, сличност постоји у погледу инвентивног нивоа, односно неочигледности, који се као услов примењује у оба система. Коначно,

² Чл. 2, ст. 1 Закона о правној заштити индустријског дизајна, *Сл. гласник РС*, бр. 104/2009, 45/2015 и 44/2018 – др. закон.

³ Чл. 35 Закона о правној заштити индустријског дизајна, *Сл. гласник РС*, бр. 104/2009, 45/2015 и 44/2018 – др. закон.

раније италијанско право, шпанско, немачко па и југословенско право је предвиђало и постојање услова индустријске применљивости као услова за признање права на индустријски дизајн, а исти услов је предвиђен и за заштиту проналаска патентом.

Можда и највећу сличност између права на индустријски дизајн и патента можемо уочити у области поступка заштите. Наиме, у системима попут нашег, америчког или британског, сличност је више присутна. Поступак признања права на индустријски дизајн је суштински патентни поступак, у коме препознајемо готово све фазе и радње поступка заштитне патента уз одређене примесе којима се он прилагођава дизајну као предмету заштите. У системима депозита, каква је већина европских система, много је теже уочити сличност. Генерално гледано, и овај систем је грађен по угледу на поступак заштите патента, с тим да је у мањој или већој мери, поступак суштинског испитивања ограничен. Ипак, поступак заштите малог патента је у већини система уређен тако да је изостављано суштинско испитивање, те би стога опет на нивоу малог патента било лакше уочити сличност. Такође и код појединачних института поступка попут права првенства, права из пријаве, формалног испитивања, испитивања новости, у одређеној мери и код садржине пријаве могу се уочити извесне сличности.

Оригинарни субјект права на индустријски дизајн и патента је лице које је створило проналазак односно дизајн. Ипак, како се и једна и друга творевина првенствено експлоатише у привреди, то је и у једном и у другом случају остављена могућност да се као подносилац пријаве и носилац права јави друго лице, које не мора доказати основ за подношење пријаве већ само дати изјаву о томе. У погледу титулара дизајна насталог у радном односу, идентитет је потпун, имајући у виду да је предвиђена сходна примена правила из патентног права, што није реткост ни у другим правним системима.

Овлашћење на коришћење индустријског дизајна је слично овлашћењу носиоца патента на коришћење проналаска, премда је шире по дејству, док такође постоји и могућност располагања правом на индустријски дизајн под истим условима као и патентом. Сличност се види и у једином личноправном овлашћењу које је поверено и аутору дизајна и проналазачу, а то је да буду у пријави исправама и регистру наведени као аутор односно проналазач. Обим поверених овлашћења у оквиру садржине права на индустријски дизајн је уређен по угледу на патентни систем. Право на индустријски дизајн представља „потпуни монопол“ као и патент. Прописивање овакве заштите, а не само заштите од копирања, је условљено спроведеним поступком суштинског испитивања и посебно решершом на новост. У том домену је можда и најважнија

разлика у односу на мали патент, будући да до спровођења поступка суштинског испитивања, права из малог патента нису утужива. Сличност у погледу обима права би се евентуално могла огледати и у томе што је обим патента, као и права на индустријски дизајн, одређен елементима пријаве. У случају патента то је патентни захтев, а у случају права на индустријски дизајн – приказ. Ограничења се у приличној мери поклапају будући да је каталог ограничења грађен по угледу на патент. Тако, код оба права препознајемо ограничење употребе за личне и некомерцијалне сврхе, у експерименталне сврхе, за потребе међународног саобраћаја, као и право ранијег корисника. Трајање права и начин престанка су на приближан начин уређени, будући да патентно право траје 20 година, а право на индустријски дизајн најдуже 25 година.

3.2. Разлике патента и права на индустријски дизајн

Видели смо да патент и право на индустријски дизајн имају бројне тачке додира. Међутим, присутне су и разлике, што на крају крајева и резултира признавањем *sui generis* права на индустријски дизајн у већини правних система. Уколико ово детаљније размотримо, уочићемо да у свим оним аспектима у којима налазимо сличност права на индустријски дизајн и патента можемо наћи и разлике.

Највећа разлика се суштински огледа у предмету заштите. Као што смо навели, проналазак који је предмет заштите патента представља решење техничког проблема. Дизајн је с друге стране дводимензионални или тродимензионални изглед целог производа. Јасно је да је предмет заштите патента значајно шири. Проналасци попут хемијских супстанци и микроорганизама остају недостижни за заштиту правом на индустријски дизајн, а такође се не могу штити ни проналасци поступка.⁴ У домену малог патента се могу наћи извесне сличности, будући да се он односи на структуру или распоред елемената или изглед производа, а то важи и за проналазак структуре зашћен патентом, када су испуњени услови. Ипак ради јасног раздвајања, како би се одређени изглед, односно распоред или конструкција елемената квалификовао за заштиту, он мора представљати решење одређеног техничког проблема. Ту се у циљу разликовања дизајна и проналаска управо уводи услов нефункционалности, а којим се заправо забрањује да дизајн има искључиво технички карактер. У америчком праву је чак потребно утврдити да је дизајн орнаменталан, односно естетски, што је један од услова прописаних за заштиту патентном за дизајн. Појачан захтев у домену естетичности у америчком праву, иако

4 Интересантна је међутим могућност да се патентом могу заштити поступци за добијање одређеног дизајна. (Derclaye, 2011: 77).

је погубан за модеран дизајн, индукован је чињеницом да је и дизајн заштићен патентом, те је потребно направити оштрију границу како не би дошло до преклапања. Европски системи дозвољавају функционалност у одређеној мери, а према дефиницији из европских прописа естетичност или орнаменталност није постављена као услов. Отуда је у праву Европске уније мало мање јасна граница између проналаска који се односи на изглед производа и структуру и дизајна, али се она може утврдити у сваком конкретном случају применом објективних околности случаја како је наведено у пресуди *Doceram*.⁵ Поред тога, меркантилни приступ у регулисању дизајна и оцена изгледа са аспекта информисаног корисника указују да је оваква позиција дизајна ближа естетским него функционалним карактеристикама, које нису искључене у потпуности. Ипак, ово је довољно да се направи разлика између примарно техничког проналаска и примарно естетског дизајна.

Разлике у погледу предмета заштите диктирају и разлике у погледу услова заштите. Тако поред поменутог услова орнаменталности из права САД, као и услова естетичности који се раније тражио и према немачком и италијанском праву, разлике постоје и у погледу услова индивидуалног карактера, који је у праву Европске уније осмишљен и прилагођен тако да одговара самој природи дизајна, и ни у ком случају не може бити примењен у патентном праву. Неки од правних система предвиђају услов оригиналности уместо услова индивидуалног карактера, који је карактеристичан за ауторско право, али не и за патентно. Такође, сметње које се односе на колизију са другим ранијим правима, као ни услов нефункционалности нису присутне у патентном праву. Поред тога одређене разлике постоје и у погледу услова новости. Новост у патентном праву је апсолутна, док је у праву индустријског дизајна делимично релативизирана. Ограничења која су уведена правом Европске уније, а која се односе на стање дизајна, указују да се оно посматра знатно уже у односу на стање технике из патентног права. Док је за проналазак потребно да никада и нигде није постао доступан јавности, за признање права на индустријски дизајн је довољно да није постојала разумна могућност да пословни кругови специјализовани за дату област сазнају за поменуте догађаје у стандардним токовима пословања на одређеној територији, што је оправдано природом индустријског дизајна. Наиме, док се проналасци у области технике у одређеној мери могу и претпоставити, развој дизајна је повезан са уметничком слободом аутора дизајна, те стандард новости не сме бити тако оштар као у патентном праву (Derclaye, 2011: 77–83). Осим тога, у патентном праву важи фикција да у стање технике улазе и

5 Case C-395/16 *DOCERAM GmbH v CeramTec GmbH* [2018] – у даљем тексту *DOCERAM*, тач. 37.

пријаве поднете пре дана подношења пријаве за проналазак чија се новост испитује, док се код утврђивања стања дизајна ова фикција не примењује.

И у погледу поступка признања права на индустријски дизајн се могу препознати бројне разлике без обзира на чињеницу да је овај поступак ослоњен на патентни поступак. Тако је у патентној пријави могуће навести, макар хипотетички, неограничен број захтева, док се пријавом индустријског дизајна може тражити признање до највише сто предмета заштите. Право конвенцијског приоритета по Париској конвенцији за патентну пријаву траје годину дана, док за пријаву права на индустријски дизајн траје шест месеци. Можда и највећа разлика у односу на патентни поступак јесте чињеница да се пријава за регистрацију индустријског дизајна не објављује за разлику од патентне пријаве. Поред тога, постоји могућност одложеног објављивања пријаве права на индустријски дизајн, а у неким правима и тајног депозита, што није предвиђено као могућност у поступку заштите проналаска. У системима депозита разлика постоји и утолико што је суштинско испитивање ограничено на одређени мањи број услова, без испитивања новости, што није случај у патентној пријави, али јесте у пријави малог патента. Моменат којим настаје право се такође разликује, будући да патент настаје даном објављивања признатог права, док право на индустријски дизајн настаје даном доношења решења.

У погледу обима права разлика се огледа у чињеници да код права на индустријски дизајн нема примене теорије о техничким еквивалентима, иако је раније, нарочито у немачкој теорији, било покушаја да се она примени. Овај институт је повезан са техничком функцијом проналаска, те отуда није могао наћи своју примену у праву на индустријски дизајн.⁶ Најбитнија разлика која се тиче обима јесте ограниченост обима патента на одређени производ. Иако у овом случају није реч о начелу специјалности, будући да је за признање патента ирелевантно како се проналазак користи на тржишту, обим патентног права подразумева увек тачно одређени производ. Од времена хармонизације, право на индустријски дизајн се може односити на све производе. Отуда је обим права на индустријски дизајн учињен чак и ширим од свог узора у патентном праву. У погледу ограничења, поред оних ограничења која су заједничка, и код патента и код права на индустријски дизајн налазимо специфична ограничења. Тако код права на индустријски дизајн је прописано ограничење у циљу наставе и подучавања,⁷ док се код патента прописују ограничења у вези са биолошким материјалом, принудна лиценца, принудна лиценца за увоз лекова у земље које имају проблема са јавним здрављем, принудна

6 У америчком праву има и схватања да је примена еквивалената могућа и код дизајна за патенте (Du Mont, Janis, 2013: 876).

7 Наведено ограничење је сродно ауторском праву.

лиценца у корист оплемењивача биљне сорте, принудна лиценца у јавном интересу.⁸

3.3. Кумулација патента и права на индустријски дизајн

Преклапање у заштити суштински подразумева ситуације да предмет заштите једног права буде заштићен другим и обрнуто. Анализиране сличности и разлике указују да постоји могућност за кумулације између патента и права на индустријски дизајн. Ипак, треба признати да оне нису тако честе као што је то случај у односу ауторског права и права на индустријски дизајн, као и у односу права на индустријски дизајн и жига.

Када је реч о сукцесивној кумулацији, њене могућности су ограничене на случај раније регистрације патента, а након тога касније регистрације права на индустријски дизајн за исти предмет заштите. Ово првенствено због оштрије примене услова новости у патентном праву. С друге стране, каснија регистрација дизајна начелно није немогућа, будући да је услов новости блаже примењен. Чак и у ситуацији када су пословни кругови били у могућности да се упознају с ранијим проналаском, услов новости у праву индустријског дизајна је ограничен на случајеве идентичног дизајна или пак разлике у небитним детаљима. Ипак, овде треба имати у виду и примену услова индивидуалног карактера, који је знатно оштрији стандард. Осим тога, као што смо раније навели, препрека је и услов нефункционалности, који не допушта заштиту правом на индустријски дизајн за дизајн који је искључиво условљен техничком функцијом (Declaré, 2011: 79–82). У којим случајевима ће се сматрати да постоји искључива условљеност техничком функцијом је одређено условима из пресуде *Doceram*, и суштински подразумева да се неће дозволити заштита за дизајн чијом би се монополизацијом оштетила конкуренција. Отуда, иако сукцесивна кумулација није немогућа, она је ограничена с једне стране потребом испуњења услова индивидуалног карактера, и посебно условом нефункционалности. Коначно, сукцесивна кумулација је онемогућена и због тога што је законом изричито предвиђено да није дозвољено заштитити дизајн којим се повређује раније право индустријске својине.⁹ Међутим, ова сметња је предвиђена изричито нашим правом, али не и правом дизајна Европске уније са којим је наш закон хармонизован. Ова празнина права Европске уније није била случајна. Наиме, колизија која

8 Интересантно је да у британском праву постоји могућност да се Круна, односно држава, користи дизајном уколико је то у јавном интересу, што представља специфичан вид принудне лиценце, која није карактеристична за право индустријског дизајна (Bently, Sherman, Gangjee, Johnson, 2018: 800).

9 Чл. 9, ст. 1, тач. б) Закона о правној заштити индустријског дизајна, *Сл. гласник РС*, бр. 104/2009, 45/2015 и 44/2018 – др. закон

евентуално може постојати између права на индустријски дизајн и патента је решена одредбама о услову нефункционалности. Европски законодавац је стога уважио специфичности које постоје за свако преклапање између различитих права интелектуалне својине са правом на индустријски дизајн и на различити начин та преклапања регулисао. Отуда је и наш законодавац морао водити рачуна о овоме приликом транспоновања, а не да генералном одредбом реши колизију права на индустријски дизајн са свим осталим правима интелектуалне својине.

Симултана кумулација даје донекле веће могућности. Ако би могли да претпоставимо ситуацију да се најпре поднесе патентна пријава, а након тога и пријава права на индустријски дизајн, у системима у којима се не проверава постојање услова новости и индивидуалног карактера приликом подношења пријаве, начелно би одмах могло да настане право. Чак и у системима са пуним суштинским испитивањем би ово било могуће, ако пословни кругови нису могли да се упознају са патентном пријавом, премда је пракса наших судова другачија, те и патентне пријаве спадају у стање дизајна.¹⁰ Међутим, симултана кумулација, чак и да је могућа, не би ништа драстично изменила имајући у виду да је обим заштите начелно исти. Једино би донекле антикомпетитивни ефекат могла да има чињеница да се право на индустријски дизајн може супротставити и употреби на производима који нису исти као пријављени, што не би важило за патент, односно мали патент. Такође, рок заштите би трајао пет година дуже, а у односу на мали патент чак 15 година дуже, што ипак није занемарљиво са конкуренцијског становишта (Derclaye, 2011: 83).

Ограничена сличност предмета заштите, различитост у условима заштите, као и примена услова нефункционалности у праву индустријског дизајна, као што видимо, воде ограниченој могућности кумулације права на индустријски дизајн и патента. Начелно гледано, заштита патентом и правом на индустријски дизајн је суштински алтернативна. Титулар се може одлучити за један или други пут. Ипак, у британском праву постоји једна занимљива могућност. Наиме, право на нерегистровани дизајн британског права представља изглед било ког облика или конфигурације (унутрашњи и спољашњи) целог или дела производа. Једини услов који је изричито признат је оригиналност, с тим да се захтева да дизајн не представља *commonplace* у области дизајна, што значи да се мора разликовати у односу на до сада познате дизајне. Овакво регулисање даје могућност да се овим правом заштите и проналасци који би били штићени малим патентом, али и дизајн. Отуда овде имамо право које би уједно могло да штити и једну и другу врсту предмета заштите (Togremans, 2019: 376).

10 Одлука Управног суда I-4 У 2520/2010(2008).

4. Закључак

На основу изложеног могуће је извести неколико закључака. Прво, кумулације представљају појаву која по себи није нужно ни позитивна ни негативна, али која потенцијално може угрозити конкуренцијске односе на тржишту. Ипак, немају све кумулације једнако дејство, те се регулацији сваке од њих мора приступити на посебан начин. Поједини ефекти кумулација ће бити позитивни док ће други бити негативни. Ово стога захтева да се пажљивим регулисањем задрже позитивна дејства, а спрече негативна, или да се бар ограниче на одређени период.

Када је реч о кумулацији патента и права на индустријски дизајн, утврђење је да постоји висок степен конвергенце, односно сличности у погледу начина регулисања патента и права на индустријски дизајн. Притом постоје значајне разлике између предмета заштите ова два права, али и извесне сличности нарочито када се у обзир узме предмет заштите малог патента. Ово стога отвара могућност да до кумулација дође. Ипак постојања високог нивоа конвергенце, као и услова новости и нефункционалности у праву индустријског дизајна тренутно искључује могућност настанка негативних ефеката кумулације. Ипак, ово не значи да се у будућности не могу јавити негативни ефекти кумулација и да у тим ситуацијама ново регулисање неће бити неопходно.

Литература и извори

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

Влашковић, Б. (2011). Обим заштите жига и права на индустријски дизајн и њихова колизија. У М. Мићовић (Прир.). *XXI век – век услуга и услужног права*. Крагујевац: Правни Факултет Универзитета у Крагујевцу. Т. II. 215–233.

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

Dinwoodie, G. (2005). Concurrence and Convergence of Rights: the Concerns of the U.S. Supreme Court. У Grosheide, F. и Adelman, M. (Прир.). *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 Annäherung und Überlagerung von Schutzrechtstypen. У Schicker, G. (Прир.). *Geistiges Eigentum im Dienst der Innovation*. Baden Baden: Nomos. 23–51.

Kur, A. (2008). Cumulation of IP Rights Pertaining to Product Shapes – An ‘Illegitimate Offspring’ of IP Law. У Ghidini G. (Прир.). *Intellectual property and Market Power*. Buenos Aires: Teudeba. 613–633.

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

Миладиновић, З. (2009). *Право интелектуалне својине*. Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу.

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

Quaedvlieg, A. (2004). Concurrence and Convergence in Industrial Design: 3-dimensional Shapes Excluded by Trademark Law. У Grosheide, F. и Adelman, M. (Прир.), *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.

Шокињов, С. (2023). *Право индустријске својине*. Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу.

Закон о правној заштити индустријског дизајна, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009, 45/2015 и 44/2018 – др. закон

Закон о патентима, *Службени гласник РС*, бр. 99/2011, 113/2017 – др. закон, 95/2018, 66/2019 и 123/2021

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

Одлука Управног суда I-4 У 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)

ПРЕГЛЕДНИ
НАУЧНИ РАД

Рад примљен: 08.07.2024.

Рад прихваћен: 06.12.2024.

Др Цвјетана Цветковић Иветић,*

Доцент,

Правни факултет, Универзитет у Новом Саду

Др Лука Батуран,*

Доцент,

Правни факултет, Универзитет у Новом Саду

DOI: 10.5937/zgrfn1-52042

ЛОКАЛНЕ КОМУНАЛНЕ ТАКСЕ КАО ИЗВОРНИ ПРИХОД ЈЕДИНИЦА ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ НА ТЕРИТОРИЈИ АУТОНОМНЕ ПОКРАЈИНЕ ВОЈВОДИНЕ**

Апстракт: Тренд ка фискалној децентрализацији, који је присутан у савременим државама, подразумева постојање изворних прихода јединица локалне самоуправе. За ову категорију прихода својствено је да локалне власти одређују њихову висину, потпуно самостално, или пак придржавајући се законских ограничења. У изворне приходе јединица локалне самоуправе у Републици Србији спадају и локалне комуналне таксе. У раду се аутори баве финансијском аутономијом јединица локалне самоуправе управо кроз призму локалних комуналних такса, тј. њиховом издашношћу, с тим да ће истраживање бити ограничено само на јединице локалне самоуправе које се налазе на територији АП Војводине. Такође, аутори ће настојати и да идентификују факторе који утичу на њихову висину, односно на њихову издашност.

Кључне речи: локалне комуналне таксе, такса за истицање фирме на пословном простору, такса за држање моторних друмских и прикључних возила, такса за држање средстава за игру.

* c.cvjetkovicivetic@pf.uns.ac.rs, ORCID 0000-0003-0000-8099

* l.baturan@pf.uns.ac.rs, ORCID 0000-0002-0315-2486

** Рад је настао као резултат рада на пројекту „Припадност и расподела јавних прихода и јавних примања у оквирима система финансирања јединица локалне самоуправе у Републици Србији и Републици Српској“, који се финансира од стране АП Војводине (Покрајинског секретаријата за високо образовање и научноистраживачку делатност).

1. Увод

Фискална децентрализација, под којом се подразумева преношење јавних функција и јавних прихода са виших на ниже нивое власти, веома је важан механизам путем којег се обезбеђује демократичност једног друштва. Захваљујући фискалној децентрализацији јединице локалне самоуправе бивају у прилици да одлучују о приходној и расходној страни својих буџета, што је и оправдано, пошто ће њихови резиденти бити погођени наведеним одлукама (Цвјетковић, 2015: 30). И у Европској повељи о локалној самоуправи наглашено је да један део средстава локалних власти мора потицати од локалних фискалитета, чије стопе, у границама закона, имају право да одреде саме јединице локалне самоуправе.¹ Дакле, ова повеља полази од тога да би аутономија локалних власти била угрожена уколико би се оне финансирале искључиво путем уступљених прихода и трансфера.

Уређивање фискалних односа између различитих нивоа власти спада у једно од кључних уставно-политичких питања, и у великој мери зависи од специфичности сваке државе. Када је у питању Република Србија, пореским реформама, започетим још током деведесетих година 20. века, настојала се ојачати финансијска аутономија локалних заједница (Анђелковић, 2008: 42, 48). У основи тих реформи лежали су превасходно економски, али и политички и други разлози (Алексић, 2018: 243–245). Што се тиче економских разлога за ширење фискалних овлашћења локалних нивоа власти, они се свде на вођење политике јавних прихода која најбоље одговара потребама и интересима локалних резидената, подстицање „хоризонталне“ конкуренције између локалних власти у погледу обезбеђивања локалних јавних добара, уз што је могуће ниже трошкове, подстицање иновација и експеримената на локалном нивоу и сл. (Arends, 2020: 602–604).

Значајан корак у правцу даљег јачања фискалне децентрализације представљало је доношење Закона о финансирању локалне самоуправе,² и то из разлога јер је овим законом повећан број изворних прихода локалних власти (прихода које уводе, односно које утврђују и којима слободно располажу јединице локалне самоуправе).³ Наиме, управо су изворни

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

2 Закон о финансирању локалне самоуправе, *Службени гласник РС*, бр. 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 Закон о финансирању локалне самоуправе дефинише изворне приходе као приходе чију стопу, односно начине и мерила за утврђивање висине износа, утврђују јединице локалне самоуправе, при чему се законом може ограничити висина пореске стопе,

приходи од суштинске важности за обезбеђивање аутономије локалних власти, која даље води ка повећању, како политичке, тако и економске одговорности, тј. одговорности носилаца локалне власти за економске услове унутар локалне заједнице (Кристић, 2006: 65). Треба истаћи и да су пре доношења овог закона локалне комуналне таксе биле изворни приход општина и градова, с тим да се њихов број временом смањивао,⁴ а све како би се растеретио привредни сектор и поједноставио фискални систем. Видимо да управо код локалних комуналних такса долази до изражаја конфликт између потребе локалних власти за што већим изворним приходима, тј. потребе за обезбеђивањем финансијске аутономије, с једне стране, и потребе да привредни субјекти буду конкурентни, с друге стране.

Циљ овог рада је да се утврди фискални значај локалних комуналних такса, с тим да ће истраживање бити ограничено само на јединице локалне самоуправе које се налазе на територији АП Војводине.⁵ До података о њиховој издашности доћи ће се анализом одлука о завршним рачунима буџета за 2022. годину. Како би се утврдило да ли правна регулатива утиче на издашност локалних комуналних такса, биће анализирани и одлуке којима се уводе ове дажбине, и то у укупно 20 јединица локалне самоуправе.⁶ У раду смо настојали и да утврдимо да ли постоји корелација између развијености јединица локалне самоуправе и висине прихода прикупљених од таксе за истицање фирме на пословном простору. Као показатељ развијености користили смо бруто домаћи производ по глави становника, односно систематизацију јединица локалне самоуправе на

односно утврдити највиши и најнижи износ накнаде, односно таксе. Вид. чл. 1, ст. 1, тач. 1) Закона о финансирању локалне самоуправе.

4 Својевремено је у српском фискалном систему постојало чак 16 локалних комуналних такса. Губитак прихода локалних власти, услед њиховог укидања, компензовао се повећањем уступљених прихода.

5 Реч је о 45 јединица локалне самоуправе, и то: Сомбор, Апатин, Оџаци, Кула, Суботица, Бачка Топола, Мали Иђош, Кањижа, Сента, Ада, Чока, Нови Кнежевац, Кикинда, Нови Бечеј, Нова Црња, Житиште, Зрењанин, Сечањ, Опово, Ковачица, Панчево, Ковин, Бела Црква, Вршац, Алибунар, Пландиште, Шид, Ириг, Рума, Сремска Митровица, Пећинци, Инђија, Стара Пазова, Бач, Бачка Паланка, Бачки Петровац, Врбас, Србобран, Бечеј, Темерин, Нови Сад, Тител, Сремски Карловци, Жабал и Беочин.

6 Биће анализирани одлуке о локалним комуналним таксама у десет јединица локалне самоуправе у којима су оне најиздашније и десет јединица локалне самоуправе у којима ове таксе имају најскромније учешће у укупним буџетским средствима. Ово се не односи на локалну комуналну таксу за држање средстава за игру, с обзиром на то да је њен фискални значај приказан у свега неколико јединица локалне самоуправе које се налазе на територији АП Војводине.

територији Републике Србије по овом критеријуму, а која је спроведена у Уредби о утврђивању јединствене листе развијености региона и јединица локалне самоуправе.⁷ Наиме, у овој уредби, на основу развијености, све јединице локалне самоуправе разврстане су у пет група. Када су у питању јединице локалне самоуправе које се налазе на територији АП Војводине, у првој групи (оне чији је степен развијености изнад републичког просека) налази се њих 11, у другој (оне чији је степен развијености у распону од 80% до 100% републичког просека) њих 15, у трећој (недовољно развијене јединице локалне самоуправе, тј. оне чији је степен развијености у распону од 60% до 80% републичког просека) њих 18, а у четвртој (изразито недовољно развијене јединице локалне самоуправе, тј. оне чији је степен развијености испод 60% републичког просека) само једна јединица локалне самоуправе. Јединице локалне самоуправе из прве групе означаћемо као „развијене“, из друге као „средње развијене“, а из треће и четврте групе као „неразвијене“.⁸

2. Појам и врсте локалних комуналних такса

Таксе представљају врсту јавних прихода којим држава од лица под њеном пореском влашћу принудно узима новчана средства, као цену за конкретну услугу коју му пружају њени органи (Поповић, 1997: 870). Висина таксене обавезе би требало да зависи од укупних трошкова пружања услуга, користи коју има таксени обвезник од учињених услуга, као и од постојања општег интереса за конкретну услугу или радњу (Радичић, Раичевић, 2008: 168). Међутим, таксени обвезник не би требало у потпуности да сноси трошкове пружене јавне услуге, већ би један део тих трошкова требало да се финансира и из осталих јавних прихода, првенствено пореза.

Закон о буџетском систему таксе дефинише као врсту јавних прихода која се наплаћује за непосредно пружену јавну услугу, спроведени поступак или радњу, коју је пружио, односно спровео корисник јавних средстава. Прописано је и да се таксе могу уводити само законом, да се њихова висина може прописати у самом закону, односно да се законом могу овластити органи локалне власти да утврде њихову висину. Закон о буџетском систему прописује и то да висина таксе мора да буде примерена трошковима пружања јавне услуге, односно спровођења поступка или

7 Уредба о утврђивању јединствене листе развијености региона и јединица локалне самоуправе за 2014. годину, *Службени гласник РС*, бр. 104/2014.

8 Од 19 јединица локалне самоуправе из девестираних подручја (пета група), ниједна се не налази на територији АП Војводине.

радње, да се такса, по правилу, утврђује у апсолутном износу, као и то да се за једну јавну услугу може наплаћивати само једна такса.⁹

У финансијској литератури таксе се класификују по различитим критеријумима. За предмет овог рада релевантна је подела на републичке, покрајинске и локалне таксе, као и подела на административне, судске и комуналне. Прва подела као критеријум разликовања узима ниво власти који уводи таксу, односно ниво власти којем припадају наплаћени приходи, а друга врсту органа који врши захтевану услугу (Поповић, 1997: 873).

Теоретски, под локалне комуналне таксе могле би се подвести само оне таксе које утврђују и наплаћују локалне власти за пружање неке јавне услуге, али суштински, тј. у пракси оне веома често нису у директној вези са одређеном јавном акцијом или услугом (Radvan, 2019: 151). Имајући то у виду, локалне комуналне таксе нису ништа друго него порези схваћени у најужем смислу речи. Наиме, њихово плаћање није директно повезано са коришћењем јавног добра или чињењем конкретног облика јавне услуге, већ је њихов основ „само пуко заснивање пословне активности, односно обављање одређене делатности, с једне стране, или, пак, поседовање одређеног добра које је предмет таксирања, с друге стране” (Кристић, 2006: 88). Руководећи се тиме, локалне комуналне таксе можемо поделити на оне које по својим карактеристикама представљају: а) порезе на пословне активности, и то: на обављање пословних активности уопште или на обављање само одређених облика пословних активности; б) порезе на поседовање појединачних облика имовине; в) накнаде за коришћење јавних површина (Кристић, 2006: 87).¹⁰

Закон о финансирању локалне самоуправе локалне комуналне таксе одређује као врсту дажбина, односно фискалитета које уводе скупштине јединица локалне самоуправе за коришћење права, предмета и услуга.¹¹ У Републици Србији јединице локалне самоуправе могу да уведу локалне комуналне таксе за: 1) истицање фирме на пословном простору; 2) држање моторних друмских и прикључних возила, осим пољопривредних возила и машина; 3) држање средстава за игру („забавне игре”).

Обвезник локалне комуналне таксе је корисник права, предмета и услуга за чије је коришћење прописано плаћање локалне комуналне таксе. Обавеза плаћања таксе настаје даном почетка коришћења права, предмета или услуге за чије је коришћење прописано плаћање локалне

9 Чл. 17 Закона о буџетском систему, *Службени гласник РС*, бр. 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 У српском фискалном систему тренутно нема локалних комуналних такса са карактеристикама накнаде за коришћење јавних површина.

11 За коришћење тих права, предмета и услуга не може да се уводи посебна накнада.

комуналне таксе и траје све док траје коришћење права, предмета или услуге.¹²

Ако се по страни остави одредба која ограничава висину таксе за истицање фирме на пословном простору и таксе за држање моторних друмских и прикључних возила, као и одредба која установљава ослобођење од плаћања таксе за коришћење права, предмета и услуга од стране државних, покрајинских и локалних органа и организација, Закон о финансирању локалне самоуправе оставља велики простор локалним властима приликом уређења основних елемената локалних комуналних такса. Томе у прилог говори и решење да јединице локалне самоуправе могу утврдити локалне комуналне таксе у различитој висини, зависно од врсте делатности, површине и техничко-употребних карактеристика објеката, величине правног лица, и по деловима територије, односно у зонама у којима се налазе објекти, предмети или врше услуге за које се плаћају таксе.¹³ Што се тиче јединица локалне самоуправе које се налазе на територији АП Војводине, неке од њих су „искористиле” ову одредбу, и то приликом утврђивања таксе за истицање фирме на пословном простору и таксе за држање средстава за игру.

2.1. Такса за истицање фирме на пословном простору (фирмарина)

Такса за истицање фирме на пословном простору (фирмарина) уведена је од стране свих јединица локалне самоуправе које се налазе на територији АП Војводине. Фирма је сваки истакнути назив или име које упућује на то да правно или физичко лице обавља одређену делатност. Закон о финансирању локалне самоуправе предвиђа да ће се такса плаћати само за једну фирму у ситуацијама када се на једном пословном објекту налази више истакнутих фирми истог обвезника, као и да ће се за сваку фирму истакнуту ван пословног објекта такса плаћати за сваку истакнуту фирму.¹⁴ Пошто се њеним плаћањем не добија никаква специјална услуга заузврат, ова такса није ништа друго него порез на обављање пословних активности.

Године 2012. српски законодавац је значајно реформисао ову локалну комуналну таксу. Циљ ових реформи био је да се ограниче могућности за произвољности, које су се састојале, пре свега, у прописивању јако високих износа фирмарина од стране појединих јединица локалне самоуправе, посебно оних већих и развијенијих. Такође, тим реформама

¹² Чл. 14–15 Закона о финансирању локалне самоуправе.

¹³ Чл. 17 Закона о финансирању локалне самоуправе.

¹⁴ Чл. 16 Закона о финансирању локалне самоуправе.

настојали су се заштитити обвезници „мале“ економске снаге. Сходно томе, предузетници и мала правна лица која имају годишњи приход до 50.000.000 динара ослобођени су плаћања фирмарине, с тим да се то ослобођење не односи на предузетнике и мала правна лица која обављају делатности: банкарства; осигурања имовине и лица; производње и трговине нафтом и дериватима нафте; производње и трговине на велико дуванским производима; производње цемента; поштанских, мобилних и телефонских услуга; електропривреде; казина, коцкарница, кладионица, бинго сала и пружања коцкарских услуга и ноћних барова и дискотека (у даљем тексту: законом изузете делатности).¹⁵

Када су у питању мала и средња правна лица, као и предузетници који имају годишњи приход преко 50.000.000 динара (осим предузетника и правних лица који обављају законом изузете делатности), јединице локалне самоуправе могу увести фирмарину на годишњем нивоу највише до две просечне зараде, док за велика правна лица (осим правних лица која обављају законом изузете делатности) тај лимит износи три просечне зараде. Када су у питању мала, средња и велика правна лица, као и предузетници који обављају законом изузете делатности, максимални износ фирмарине коју могу увести јединице локалне самоуправе је десет просечних зарада.¹⁶ Важно је истаћи да лимит од три, односно десет просечних зарада може бити прекорачен, али само уз претходну сагласност министарства надлежног за послове финансија¹⁷

У погледу издашности фирмарине, постоје значајне разлике између јединица локалне самоуправе које се налазе на територији АП Војводине. Тако, на једном полу се налази Бачки Петровац, у којем је ова такса у 2022. години у укупним буџетским средствима учествовала са 2,29%, а на другом Житиште и Мали Иђош, у којима је то учешће износило свега 0,29%. Ако се имају у виду подаци о издашности фирмарине у свих 45 јединица локалне самоуправе које се налазе на територији АП Војводине, долазимо до тога да је њено просечно учешће у укупним буџетским средствима у 2022. години износило 0,91%.¹⁸ Пре него што су постављена

15 Када су у питању поједине делатности, јасно је зашто се налазе у овој групи (нпр. јер је реч о друштвено непожељним делатностима), док код неких других делатности мотиви сврставања у ову групу нису најјаснији.

16 Под просечном зарадом, у овом контексту, сматра се просечна зарада по запосленом остварена на територији јединице локалне самоуправе у периоду јануар–август године која претходи години за коју се утврђује фирмарина, према подацима републичког органа надлежног за послове статистике.

17 Чл. 15а Закона о финансирању локалне самоуправе.

18 Прво је утврђен фискални значај фирмарине у свакој јединици локалне самоуправе која се налази на територији АП Војводине, а онда је утврђен „просечни проценат“.

ограничења у погледу висине фирмарине, њен удео у укупним средствима локалних власти на територији Републике Србије износио је око 1,8%, с тим да су у том погледу, као и сада, постојале значајне разлике између јединица локалне самоуправе (Levitas, 2009: 15).

Имајући у виду податке о издашности фирмарине у општинама и градовима на територији АП Војводине, све јединице локалне самоуправе смо поделили у две групе: оне у којима је издашност ове таксе испод просека и оне у којима је издашност изнад просека (0,91%). У првој групи се налазе 23 локалне самоуправе (Апатин, Суботица, Бачка Топола, Мали Иђош, Нови Кнежевац, Сента, Нова Црња, Житиште, Зрењанин, Сечањ, Опово, Ковачица, Ковин, Бела Црква, Алибунар, Пландиште, Шид, Ириг, Србобран, Темерин, Тител, Нови Сад и Сремски Карловци), а у другој 22 (Сомбор, Кула, Кањижа, Оџаци, Чока, Ада, Кикинда, Нови Бечеј, Панчево, Вршац, Сремска Митровица, Рума, Пећинци, Инђија, Стара Пазова, Бач, Бачка Паланка, Бачки Петровац, Врбас, Бечеј, Жабалъ и Беочин).

У групи јединица локалне самоуправе у којима је издашност фирмарине испод просека доминирају „неразвијене“ јединице локалне самоуправе (њих 14 (13 из треће групе – Мали Иђош, Нова Црња, Житиште, Сечањ, Пландиште, Ковачица, Ковин, Бела Црква, Алибунар, Шид, Ириг, Србобран и Тител, као и једна из четврте групе – Опово), тј. 60,87%), док су развијене“ (њих три – Суботица, Сента и Нови Сад, тј. 13,04%) више изузетак. „Средње развијених“ у овој групи има шест (Апатин, Бачка Топола, Нови Кнежевац, Зрењанин, Темерин и Сремски Карловци, тј. 26,09%).

Када се посматрају јединице локалне самоуправе у којима је издашност фирмарине изнад просека, међу њима има много више „развијених“ (њих осам – Кањижа, Панчево, Вршац, Пећинци, Стара Пазова, Беочин, Бачка Паланка и Врбас, тј. 36,36%), а мање „неразвијених“ (њих пет – Оџаци, Чока, Нови Бечеј, Жабалъ и Бач, тј. 22,73%). Што се тиче „средње развијених“, њих у овој групи има девет (Кула, Сомбор, Ада, Кикинда, Сремска Митровица, Рума, Инђија, Бачки Петровац и Бечеј, тј. 40,91%).

Следећи корак је био да утврдимо да ли је увођење највиших законом допуштених износа фирмарине својствено за обе групе јединица локалне самоуправе, те је у том смислу пажња била усмерена на подзаконске акте десет локалних самоуправа у којима је фирмарина у 2022. години била најиздашнија (Бачки Петровац (2,29%), Инђија (1,80%), Врбас (1,79%), Ада (1,62%), Сремска Митровица (1,36%), Сомбор (1,34%), Нови Бечеј (1,29%), Стара Пазова (1,28%), Бач (1,27%) и Жабалъ (1,24%)), и на десет јединица локалне самоуправе у којима је учешће фирмарине у укупним средствима било најниже (Житиште (0,29%), Мали Иђош (0,29%), Сечањ (0,39%), Нови

Кнежевац (0,39%), Опово (0,42%), Апатин (0,43%), Сремски Карловци (0,46%), Бела Црква (0,49%), Нова Црња (0,52%) и Суботица (0,54%).

Анализа подзаконских аката десет локалних власти у којима је фирмарина била најиздашнија показала је следеће: а) само једна јединица локалне самоуправе (Врбас) је прекорачила највише законом допуштене износе фирмарине. Наиме, за велика правна лица и привредне субјекте који обављају законом изузете делатности прекорачен је законски лимит од три, односно десет просечних зарада, с тим да је за то добијена сагласност надлежног министарства; б) само једна јединица локалне самоуправе (Бач) је прописала највише законом допуштене износе фирмарине од две, три, односно десет просечних зарада; в) износи фирмарине за предузетнике, мала и средња правна лица чији је укупан приход већи од 50.000.000 динара крећу се у распону од 11.727 динара (у Сомбору у насељеним местима ван града Сомбора у трећој зони) до 110.000 динара (у Врбасу, и то за средња правна лица);¹⁹ г) за велика правна лица најнижи износ фирмарине се среће у Сомбору (17.590 динара у трећој зони у насељеним местима ван града Сомбора), а највиши у Врбасу (751.480 динара), и то за велика правна лица која обављају делатност производње уља и масти. Из наведеног видимо да се у одабраном узорку јединица локалне самоуправе среће и решење да се велика правна лица која обављају тачно одређене делатности (производња шећера, прерада и конзервисање меса, саобраћај, итд.) издвајају из општег режима, и то на начин да се за њих прописују прилично високи износи фирмарине. Не можемо се отети утиску да је то издвајање било мотивисано настојањем да се оптерете тачно одређени привредни субјекти „велике“ економске снаге; д) код привредних субјеката који обављају законом изузете делатности заиста је широк распон у којем се креће висина фирмарине. Оно што се може уочити код њих јесте да се неретко јединице локалне самоуправе опредељују за одређивање различитих износа у зависности од врсте делатности која потпада под ову категорију, односно у зависности од врсте и величине правног лица које обавља законом изузету делатност (нпр. у Жабљу мала правна лица и предузетници који обављају делатност дискотека, поштанских, мобилних и телефонских услуга плаћају фирмарину у износу од 10.000 динара, док за средња и велика правна лица која обављају наведене делатности фирмарина износи 25.000 динара, односно 490.000 динара); љ) поред врсте делатности (нпр. у Врбасу) и величине правног лица (нпр. у Ади), од „додатних“ критеријума приликом одређивања висине фирмарине користи се и зона у којој се делатност обавља (нпр. у Инђији и Новом Бечеју); е) што се тиче олакшица, поред

19 Релативно високи износи фирмарина срећу се и у Сомбору (98.077 динара у екстра зони), Бачу (две просечне зараде), итд.

оних законом установљених, срећу се и пореска ослобођења за уметничке и старе занате, послове домаће радиности, као и порески кредит за новоосноване привредне субјекте (нпр. у Сомбору).

Анализа подзаконских аката десет локалних власти у којима су приходи од фирмарине најскромнији показала је следеће: а) ниједна од њих није увела највише законом допуштене износе фирмарина; б) у једној од њих (Опово) правна лица и предузетници који први пут оснивају предузеће, односно радњу, ослобођени су плаћања фирмарине у трајању од једне године рачунајући од дана регистрације делатности. Штавише, у једној од њих (Мали Иђош), током 2017. и 2018. године фирмарина није ни наплаћивана; в) што се тиче фирмарине за предузетнике, мала и средња правна лица која имају укупан приход већи од 50.000.000 динара, она се креће у распону од 10.000 динара (толико износи у Апатину за предузетнике у последњој, четвртој зони) до просечне зараде у Сремским Карловцима;²⁰ г) када су у питању велика правна лица, фирмарина се креће у распону од 34.200 динара (у Суботици у четвртој зони) до две просечне зараде у Сремским Карловцима; е) код привредних субјеката који обављају законом изузете делатности, фирмарина се креће у распону од 10.000 динара (у Новој Црњи за обвезнике који обављају делатност ноћних барова и дискотека) до 5 просечних зарада у Сремским Карловцима. Као што видимо, и у овој групи јединица локалне самоуправе срећу се оне које прописују различите износе фирмарине у зависности од врсте законом изузете делатности. Поред тога, приликом одређивања висине фирмарине поједине јединице локалне самоуправе из ове групе водиле су рачуна и о зони (нпр. Апатин) у којој се обавља делатност, као и о врсти, односно величини привредног субјекта (нпр. Опово).

Из наведеног видимо да су јединице локалне самоуправе из одабраног узорка одређивале висину фирмарине формално уважавајући законом предвиђене критеријуме, за разлику од ранијег периода, када су поједине локалне власти користиле и критеријуме који нису били прописани законом (нпр. организациони облик пословања, број запослених и сл.), због чега је и интервенисао Уставни суд (Кристић, 2006: 87).

2.2. Такса за држање моторних друмских и прикључних возила, осим пољопривредних возила и машина

Такса за држање моторних друмских и прикључних возила, која се плаћа приликом њихове регистрације, није ништа друго него порез

²⁰ 60.422 динара је износила просечна зарада исплаћена у периоду јануар–август 2021.

на поседовање појединачних облика имовине. Уведена је од стране свих општина и градова на територији АП Војводине.

Законом о финансирању локалне самоуправе установљени су највиши износи ове таксе, који су различити за различите категорије моторних возила. Ти износи су следећи:

- за теретна возила:
 - за камионе до 2 t носивости до 2.360 динара,
 - за камионе од 2 t до 5 t носивости до 3.150 динара,
 - за камионе од 5 t до 12 t носивости до 5.490 динара,
 - за камионе преко 12 t носивости до 7.840 динара;
 - за теретне и радне приколице (за путничке аутомобиле) до 780 динара;
- за путничка возила:
 - до 1.150 cm³ до 780 динара,
 - преко 1.150 cm³ до 1.300 cm³ до 1.550 динара,
 - преко 1.300 cm³ до 1.600 cm³ до 2.350 динара,
 - преко 1.600 cm³ до 2.000 cm³ до 3.150 динара,
 - преко 2.000 cm³ до 3.000 cm³ до 4.740 динара,
 - преко 3.000 cm³ до 7.840 динара,
- за мотоцикле:
 - до 125 cm³ до 630 динара,
 - преко 125 cm³ до 250 cm³ до 930 динара,
 - преко 250 cm³ до 500 cm³ до 1.540 динара,
 - преко 500 cm³ до 1.200 cm³ до 1.910 динара,
 - преко 1.200 cm³ до 2.350 динара;
- за аутобусе и комби бусеве по регистрованом седишту до 70 динара;
- за прикључна возила: теретне приколице, полуприколице и специјалне теретне приколице за превоз одређених врста терета:
 - 1 t носивости до 640 динара,
 - од 1 t до 5 t носивости до 1.090 динара,
 - од 5 t до 10 t носивости до 1.490 динара,
 - од 10 t до 12 t носивости до 2.060 динара,
 - носивости преко 12 t до 3.150 динара;
- за вучна возила (тегљаче):
 - чија је снага мотора до 66 kW до 2.350 динара,
 - чија је снага мотора 66–96 kW до 3.150 динара,
 - чија је снага мотора 96–132 kW до 3.960 динара,
 - чија је снага мотора 132–177 kW до 4.740 динара,
 - чија је снага мотора преко 177 kW до 6.290 динара;

- за радна возила, специјална адаптирана возила за превоз реквизита за путујуће забаве, радње и атестирана специјализована возила за превоз пчела до 1.550 динара.

Највиши износи локалне комуналне таксе за држање моторних друмских и прикључних возила усклађују се годишње, са годишњим индексом потрошачких цена. Приликом тог усклађивања полази се од последњих објављених усклађених највиших износа локалне комуналне таксе. У случају да јединица локалне самоуправе пропише више износе ове таксе од износа прописаних у закону, примењиваће се највиши износи прописани законом.²¹

Фискални значај таксе за држање моторних друмских и прикључних возила, осим пољопривредних возила и машина, не може се сагледати у свих 45 јединица локалне самоуправе. Наиме, само њих 28 је у одлукама о завршним рачунима буџета за 2022. годину приказало колико је средстава прикупљено од ове таксе, док су остале то учиниле у оквиру синтетичког конта 714500²² – Порези, таксе и накнаде на употребу добара, на дозволу да се добра употребљавају или делатности обављају, а који садржи аналитичка конта којима се књиже порези, таксе и накнаде на моторна возила, порези на употребу, држање и ношење добара, републичке таксе и накнаде на посебне производе и посебне активности, накнаде за коришћење добара од општег интереса, концесионе накнаде и боравишне таксе, општинске и градске накнаде, општинске и градске комуналне таксе, накнаде за коришћење државних путева и накнаде за коришћење општинских путева и улица.²³ Анализа завршних рачуна буџета тих 28 јединица локалне самоуправе нам је показала да је њено просечно учешће у укупним буџетским средствима у 2022. години износило 0,97%. Сходно томе, можемо разликовати јединице локалне самоуправе у којима је то учешће изнад и испод просека. У прву групу спада њих 15 (Алибунар (1,01%), Бачка Баланка (1,10%), Бачки Петровац (1,07%), Србобран (1,14%), Апатин (1,15%), Вршац (1,15%), Рума (1,16%), Оџаци (1,20%), Сремска Митровица (1,24%), Бечеј (1,31%), Ковачица (1,29%), Кањижа (1,37%), Сомбор (0,98%), Врбас (0,99%) и Сента (1,36%)), а у другу њих 13 (Сечањ (0,44%), Мали Иђош (0,60%), Ковин (0,46%), Нови Кнежевац (0,67%), Чока (0,70%), Бела Црква

21 Чл. 15в Закона о финансирању локалне самоуправе.

22 Штавише, у Пландишту у завршном рачуну буџета за 2022. годину приказани су само укупни приходи и примања према економској класификацији на троцифреном нивоу, тако да су приходи од таксе за држање моторних друмских и прикључних возила приказани у оквиру групе 714 – порез на добра и услуге.

23 Вид. чл. 17 Правилника о стандардном класификационом оквиру и контном плану за буџетски систем, *Службени гласник РС*, бр. 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%), Бач (0,78%), Кула (0,78%), Тител (0,83%), Ириг (0,86%), Ада (0,90%), Опово (0,92%) и Нови Бечеј (0,95%).

Анализа подзаконских аката 20 јединица локалне самоуправе (десет у којима је ова такса у 2022. години била најиздашнија и десет у којима је била најмање издашна) нам је показала да се локалне власти нису одређивале за увођење највиших законом допуштених износа. Могло би се рећи и да у погледу висине ове таксе не постоје значајне разлике између јединица локалне самоуправе из одабраног узорка. Мишљења смо да висина ове таксе не утиче на њену издашност, јер јединицама локалне самоуправе и није остављена превелика слобода у погледу њеног распона.

2.3. Такса за држање средстава за игру („забавне игре“)

Такса за држање средстава за игру није ништа друго него порез на обављање одређених облика пословних активности. Упркос законској могућности, она није уведена од стране свих јединица локалне самоуправе које се налазе на територији АП Војводине (Суботица, Кањижа, Кула, Пландиште и Житиште).

Иако је свега неколико њих у својим завршним рачунима приказало учешће ове таксе у укупним буџетским средствима, можемо закључити да је њен фискални значај изузетно скроман, скоро па безначајан. Тако, у Сомбору учешће ове таксе у укупним буџетским средствима у 2022. години износило је 0,00036%, у Вршцу 0,00055%, у Бачкој Паланци 0,0011%, у Бачу 0,0017%, у Руми 0,0022%, у Бачком Петровцу 0,0020%, у Старој Пазови 0,0037%, а у Сенти 0,0076%.

Разрада елемената ове таксе извршена је у одговарајућим подзаконским актима скупштина локалних власти. У сваком од тих аката прецизирано је шта се све сматра средствима за игру („забавним играма“) за потребе примене ове таксе. Највећи део њих под „забавне игре“ подводи игре на рачунарима, симулаторима, видео-аутоматима, флиперима и другим сличним направама које се стављају у погон помоћу новца или жетона, као и пикадо, билијар, стони фудбал и друге сличне игре (нпр. дечији аутомобили и клацкалице, коњићи и друге сличне направе које се стављају у погон помоћу новца или жетона), у којима се учествује уз наплату, а у којима учесник не може остварити добитак у новцу, стварима, услугама или правима, већ само право на једну или више бесплатних игара исте врсте. Мањина су јединице локалне самоуправе у којима се ова такса плаћа на томболу, слот и покер апарате (Бачки Петровац, Ириг, Нови Кнежевац и Нова Црња). У свим јединицама локалне самоуправе са територије АП Војводине, а које су увеле ову таксу, она се плаћа по апарату за забавне игре. Таксени обвезник је лице које држи апарате за игру, односно приређује забавне игре у простору. Одговарајућим

подзаконским актима утврђена је висина ове таксе, која се може плаћати у дневном или пак месечном износу, с тим да су се поједине јединице локалне самоуправе определиле за прописивање различитих износа, у зависности од зоне у којој се приређују тзв. забавне игре (нпр. Сомбор и Бачка Топола) и врсте средстава за игру (нпр. Нова Црња). Поједине јединице локалне самоуправе установиле су одређене пореске олакшице код ове таксе (нпр. у Сомбору се умањује за 30% обвезницима којима је држање забавних игара основна делатност, а у Чоки за 50% обвезницима који имају пословне просторије на селу).

3. Закључак

Иако српски законодавац формално говори о таксама, код фирмарине, таксе за држање моторних друмских и прикључних возила и таксе за држање средстава за игру суштински се ради о порезима. Томе у прилог говори не само одсуство непосредне противнакнаде, него и околност да њихова висина често зависи од економске снаге таксених обвезника, што код такса не би требало да буде случај.

Како би поједноставио фискални систем и смањιο фискално оптерећење пословног сектора, али и ограничио могућности за произвољно поступање локалних власти, српски законодавац је значајно реформисао локалне комуналне таксе. Промене су се састојале, првенствено, у свођењу система локалних комуналних такса на свега три таксе, ограничавању висине фирмарине и њеном неплаћању од стране обвезника „мале“ економске снаге. Пошто је наведеним реформама смањен фискални значај локалних комуналних такса, као изворних прихода локалних власти, можемо констатовати да су оне довеле у питање њихову финансијску аутономију. Наиме, иако се губитак изворних прихода по овом основу компензовао повећањем учешћа локалних власти у уступљеним приходима, наведено решење довело је до сужавања њихове финансијске аутономије, која без адекватних сопствених средстава остаје само празно слово на папиру.

Ако се имају у виду подаци о издашности локалних комуналних такса, а до којих се дошло у овом раду, можемо закључити да је њихов допринос финансијској аутономији општина и градова са територије АП Војводине прилично скроман. Истраживање је показало да у погледу издашности фирмарине постоје значајне разлике између јединица локалне самоуправе које се налазе на територији АП Војводине. Утврдили смо и да се, у највећем броју случајева, најразвијеније јединице локалне самоуправе могу похвалити релативном издашношћу таксе за истицање фирме на пословном простору. Наиме, од 11 „развијених“ јединица

локалне самоуправе са територије АП Војводине, у њих осам приходи од фирмарине су изнад просека, а у њих три испод просека. С друге стране, ако се посматра 19 „неразвијених“ јединица локалне самоуправе које се налазе на територији АП Војводине (из треће и четврте групе), у њих 14 приходи од фирмарине су испод просека, а у њих пет изнад просека. Од 15 „средње развијених“ јединица локалне самоуправе са територије АП Војводине, у њих девет фирмарина је изнад просека, а у њих шест испод просека.

Анализа подзаконских аката 20 јединица локалне самоуправе са територије АП Војводине нам је показала да су се локалне власти ретко опредељивале за увођење највиших законом допуштених износа фирмарине, односно за прекорачење тих износа. Оне које су тако поступиле могу се похвалити релативном издашношћу фирмарине (једна од њих је „развијена“, а једна „неразвијена“). Све јединице локалне самоуправе из одабраног узорка придржавале су се законских норми, у смислу да су приликом одређивања висине фирмарине користиле критеријуме установљене законом (врста делатности, зона у којој се делатност налази и величина правног лица). Оно што је уочљиво јесте да су поједине од њих привилеговале одређене законом изузете делатности, у смислу прописивања ниских износа фирмарине. Такође, уочено је да су неке делатности, које се не могу окарактерисати као законом изузете делатности, издвојене из општег режима, и то на начин да су за њих установљени прилично високи износи фирмарине. Иако начелно основ за такво поступање постоји у закону, који допушта да се приликом одређивања висине локалних комуналних такса прописују различити износи у зависности од врсте делатности, не можемо се отети утиску да су таква решења постављена како би се оптеретили, односно привилеговали тачно одређени привредни субјекти. Дакле, иако су се променама Закона о финансирању локалне самоуправе несумњиво смањиле могућности за произвољно поступање приликом увођења фирмарине, оне и даље постоје, јер се у неким јединицама локалне самоуправе за одређене делатности циљано прописују јако високи, односно ниски износи фирмарина. У вези са претходно наведеним, може се поставити питање да ли се ради о дискриминаторном третману, односно да ли има основа за интервенцију Уставног суда.

У погледу утицаја висине фирмарине на њену издашност, дошли смо до закључка да оне јединице локалне самоуправе у којима је издашност испод просека нису уводиле максимално допуштене износе фирмарина, па чак ни фирмарине које су блиске том износу. Дакле, највиши износи фирмарина који се срећу у овој групи јединица локалне самоуправе су знатно нижи од највиших износа фирмарина који су прописани у

јединицама локалне самоуправе које се могу похвалити релативном издашношћу ове дажбине. Само илустрације ради, у Врбасу, у којем је издашност изнад просека, средња правна лица плаћају фирмарину у износу од 110.000 динара, а у Сремским Карловцима, локалној самоуправи у којој је издашност фирмарине испод просека, око 60.000 динара. Учили смо и да су поједине јединице локалне самоуправе које се не могу похвалити издашношћу фирмарине показале прилично немаран однос према њеној наплати (нпр. нису је наплаћивале током одређеног временског периода, установљавале су пореско ослобођење за новоосноване привредне субјекте у првој години пословања). Да ли је такво поступање део тактике помоћи привредном сектору или део стратегије ослањања на трансфере централне власти, ради добијања политичке подршке код локалних гласача, остаје нејасно.

Дати недвосмислен одговор на питање који су то фактори који утичу на издашност фирмарине није једноставно, јер она зависи од дејства већег броја фактора. Приликом тумачења резултата који су добијени довођењем у везу развијености општина и градова и фискалног значаја фирмарине, треба имати у виду да је подзаконски акт којим је спроведена систематизација локалних власти на основу развијености донет пре десет година и да су се ствари у међувремену промениле, у смислу да су поједине јединице локалне самоуправе успеле да „привуку“ привредне активности на своје територије.

У погледу таксе за држање моторних друмских и прикључних возила, међу јединицама локалне самоуправе са територије АП Војводине не постоје толике разлике у погледу издашности као што је то случај код фирмарине. Чини се да код ове таксе издашност зависи, пре свега, од броја регистрованих моторних друмских и прикључних возила.

Што се тиче таксе за држање средстава за игру, њен фискални значај је заиста маргиналан, па се може поставити питање да ли су трошкови њеног утврђивања и наплате већи од прикупљених прихода. Поред тога, у појединим случајевима се због непрецизног дефинисања јавља и дилема шта се све подводи под „забавне игре“, што ствара правну несигурност код обвезника. Због претходно наведеног, али и потребе да се поједностави фискални систем, њено неувођење од стране појединих локалних самоуправа је потпуно разумљиво. Отуда сматрамо да укидање таксе за држање средстава за игру у Закону о финансирању локалне самоуправе не би био погрешан потез, односно да њено укидање не би представљало меру којом би се још више ослабила финансијска аутономија локалних власти.

На крају закључујемо да српском законодавцу није било једноставно постићи баланс између потребе да се поједностави фискални систем

и смањи фискално оптерећење пословног сектора, с једне стране, и потребе за што већим изворним приходима, с друге стране. Имајући у виду природу локалних комуналних такса и чињеницу да њихово плаћање наилази на отпор пореских обвезника, и то, првенствено, због непостојања специјалне противуслуге заузврат, мишљења смо да у будућности централна власт неће мењати регулативу у правцу повећања њихове издашности. Реалније је очекивати да ће напори бити усмерени ка повећању фискалног значаја неких других изворних прихода, пре свега пореза на имовину.

Литература и извори

Алексић, В. (2018). Фискална децентрализација у Републици Србији. *Мегатренд ревија*. 3(XV). 241–260.

Анђелковић, М. (2008). Фискална децентрализација у Републици Србији. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 51(LI). 41–52.

Arends, H. (2020). The Dangers of Fiscal Decentralization and Public Service Delivery: A Review of Arguments. *Politische Vierteljahresschrift-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.

Кристић, С. (2006). *Изворни приходи у систему финансирања локалне самоуправе у Републици Србији*. Београд: Палго центар и Стална конференција градова и општина.

Поповић, Д. (1997). *Наука о порезима и пореско право*. Будимпешта – Београд: Open Society Institute/Constitutional and Legislative Policy Institute и Савремена администрација.

Радичић, М., Раичевић, Б. (2008). *Јавне финансије – теорија и пракса*. Београд: Дата статус.

Radvan, M. (2019). Municipal Charges on Communal Waste: Do They Compete with Immovable Property Tax. *Journal of Financial Management Property and Construction*. 2(XXIV), 148–165.

Цвјетковић, Ц. (2015). *Порез на имовину у статистици*, докторска дисертација. Београд: Правни факултет у Београду.

Закон о буџетском систему. *Службени гласник РС*. Бр. 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).

Закон о финансирању локалне самоуправе. *Службени гласник РС*. Бр. 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).

Уредба о утврђивању јединствене листе развијености региона и јединица локалне самоуправе за 2014. годину. *Службени гласник РС*. Бр. 104 (2014).

Правилник о стандардном класификационом оквиру и контном плану за буџетски систем. *Службени гласник РС*. Бр. 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.*

Др Стојана Петровић,*

Доцент,

Правни факултет, Универзитет у Бањој Луци

Република Српска, Босна и Херцеговина

DOI: 10.5937/zgrfn1-52310

ИЗВРШЕЊЕ НА НЕПОКРЕТНОСТИ НА КОЈОЈ НИЈЕ УПИСАНО ПРАВО СВОЈИНЕ ИЗВРШЕНИКА

Апстракт: Пропуст извршеника да упише своје право својине на непокретности није препрека одређивању извршења у правима ентитета Босне и Херцеговине. И поред тога, због условљавања спровођења извршења уписом права извршеника на непокретности, важећа процесна правила не могу се сматрати адекватним нормативним одговором домаћих законодаваца на потребу тражиоца извршења да се намири, нарочито када извршеник нема другог предмета који би се могао предложити за намирење. У раду се, употребом научне методологије, разматра и процјењује аксиолошка вриједност законодавних рјешења питања извршења на непокретности која није уписана као својина извршеника у домаћем праву, те и у правима одабраних држава окружења. Анализом су обухваћене обје ситуације – када упис права извршеника има конститутивни, као и када он има декларативни учинак на његово стицање права. Закључује се да временска корелација између тренутка одређивања извршења на неуписаној непокретности и тренутка уписа извршеника као њеног власника детерминише најмање три могућа законодавна модела одређивања извршења. Сваки од уочених модела којима се принудно намирење тражиоца извршења условљава претходним уписом извршениковог права на непокретности могуће је унаприједити, или рјешавањем проблема ефикасног прибављања основа за упис права извршеника, или омогућавањем провођења пљенидбеног пописа у ситуацији када је прибављање извршениковог титулуса, а тиме и упис његовог права, немогуће за тражиоца извршења.

Кључне ријечи: упис непокретности, одређивање извршења, пљенидбени попис непокретности.

* stojana.petrovic@pf.unibl.org, ORCID 0000-0002-9507-8585

1. Уводна запажања

Опште је правило о дужности тражиоца да приједлогу за извршење приложи извод из регистра непокретности као доказ о својини извршеника, да би суд могао одредити извршење.¹ Сматра се да је ово један од најважнијих прилога којим треба да буде снабђевен приједлог за извршење (Кеча, Старовић, 2004: 628). За одређивање извршења на непокретности тражилац извршења, осим права својине, може доказивати постојање извршениковог права располагања непокретношћу која је у регистру уписана као друштвена својина (Triva, Velajec, Dika, 1980: 162). И у домаћој судској пракси нека ужа овлашћења од својине третирају се као својина уколико су уписана у евиденцију. Тако се регистровано право извршеника на трајно коришћење непокретности изједначава са својином.² И упис посједа извршеника у извршном поступку изједначава се са својином.³ Са друге стране, уписано право извршеника на коришћење непокретности која је у друштвеној својини не сматра се у пракси правом на којем се може одредити извршење према њему.⁴

1 Чл. 70, ст. 1 Закона о извршном поступку, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 59/03, 85/03, 64/05, 118/07, 29/10, 57/12, 67/13, 98/14, 5/17, 58/18, 66/18, даље у тексту: ЗИП РС и Закона о извршном поступку, *Службене новине Федерације Босне и Херцеговине*, бр. 32/03, 52/03, 33/06, 39/06, 39/09, 35/12, 46/16, 42/18, даље у тексту: ЗИП ФБиХ. Законодавац у Републици Српској у овој одредби непримјерено користи термин *земљишна књига*, иако је усвајањем Закона о премјеру и катастру, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 6/12, 110/16, 22/18, 62/18, 95/19, 90/23, даље у тексту: ЗПК РС, још од 2012. године уведен катастар као јединствена евиденција о непокретностима и стварним правима на њима (в. чл. 4, ст. 1 ЗПК РС). У Федерацији Босне и Херцеговине задржан је систем земљишних књига као евиденције права на непокретностима (в. одредбу чл. 1 и чл. 2, ст. 1, тач. 1) Закона о земљишним књигама, *Службене новине Федерације Босне и Херцеговине*, бр. 58/02, 19/03, 54/04, 32/19, 61/22, даље у тексту: ЗЗК ФБиХ).

2 В. Рјешење Округног суда у Бањој Луци у предмету бр. 71 о И 204459 15 Гж. У овом предмету констатовано је да извадак из евиденције којим се доказује трајно право коришћења непокретности на име извршеника треба прихватити као доказ о томе да је извршеник власник зграде и земљишта испод зграде које служи њеној употреби.

3 У предмету број 75 о И 027023 15 Гж, Основни суд у Мркоњић Граду је рјешењем од 31. 01. 2013. одредио извршење на непокретности на којој је у извршеник уписан као посједник. Рјешењем Округног суда у Бањој Луци од 08. 02. 2019. у предмету бр. 75 о И 006049 18 Гж потврђено је првостепено рјешење о извршењу, а према којем упис права коришћења у лист непокретности не спречава спровођење извршења. Ради се о непокретности на подручју општине Шипово. У обје ситуације, непокретности се налазе на подручју на којем се не води регистар права на њима, већ само катастар као регистар непокретности, односно ради се о подручјима на којима не постоји уредна евиденција.

4 В. Рјешење Округног суда у Бањој Луци, од 20. 02. 2018. у предмету бр. 71 о И 241288 17 Гж. У овом предмету суд је заузео став да би тражилац извршења требао

Приједлогу за извршење може се удовољити и уколико је право на непокретности уписано на друго лице, а не на извршеника. Ово под условом да су, по утврђивању извршеникове имовине, а према члану 37 ЗИП РС/ЗИП ФБиХ испуњени услови за промјену стања у евиденцији на начин да се иста може уписати као својина извршеника.⁵

Извршење се може одредити и на непокретности која није уписана у регистар, дакле, иако нису испуњени услови прописани одредбом члана 70, став 2 ЗИП РС/ЗИП ФБиХ (Petrović, *Suvlasništvo trećeg lica na predmetu izvršenja kao pravo koje (ne) sprečava izvršenje*, 2023: 220).

Из наведених законодавних одредаба произлази то да може настати неколико хипотетичких ситуација уколико непокретност на којој се предлаже извршење није евидентирана као својина извршеника. Прва је када регистар права на непокретностима постоји, али непокретност није уписана као својина извршеника. Ово је ситуација која настаје извршениковим немарним понашањем према упису свог права, иако је он савјестан и законити посједник. Друга је ситуација када је регистар права на непокретностима постојао и непокретност је била евидентирана као извршеникова, али евиденције у вријеме подношења приједлога за извршење нема, нити тражилац извршења има доказ о својини извршеника. Ово је ситуација када је постојећа евиденција уништена или оштећена, али је извијесно њено поновно успостављање у скоријем времену. Трећа ситуација је да регистар права на непокретностима никада није постојао на подручју на којем се налази непокретност, нити он постоји у вријеме подизања приједлога за извршење.⁶ У овој ситуацији не може се ни са сигурношћу знати да ли ће евиденције икада бити.

Непостојање законодавног оквира појма ванкњижне својине у домаћем позитивном праву условило је њена различита поимања у правној теорији. Наиме, овај појам везује се за ситуацију када извршеник своје право на некретности није уписао, иако он има правни основ за упис и постоји евиденција, при чему би упис имао декларативно, а не конститутивно дејство (Mutarčić, 2020: 26). Неки пак аутори појам ванкњижне својине повезују са ситуацијом гдје стицалац некретности

сачекати на рјешење о брисању друштвене својине, те и на упис својине извршеника на предметној непокретности.

5 Чл. 70, ст. 2 ЗИП РС/ЗИП ФБиХ.

6 Иако се чини као хипотетичка, оваква ситуација постоји у многим општинама на територији оба посматрана ентитета Босне и Херцеговине. Непостојање регистра права на непокретностима један је од ометајућих фактора у развоју таквих општина. Ово, будући да због немогућности конституисања хипотеке на непокретностима на тим подручјима и банке избјегавају пласирање кредита становништву. Такође је отежан и промет таквих непокретности.

своје право није уписао у регистар, иако је регистар устројен, те иако он посједује титулус, а упис би имао конститутивни карактер (Velić, Grgić, 2018: 153).⁷ У недостатку изричитог законског регулисања и, посљедично томе, неуједначеног теоријског поимања појма ванкњижне својине, нити једна од наведених ситуација поменути у овом раду неће се везати за појам ванкњижне својине.

2. Освјетљавање проблема за истраживање и методолошке напомене

Домаћи законски оквир омогућава покретање и одређивање извршења као прву фазу извршног поступка и на непокретности која није уписана у јавни регистар као својина извршеника, иако постоје услови за упис. Одређивању извршења не смета ни то што непокретност уопште није уписана у јавни регистар, било да је извијесно његово успостављање, ако регистар не постоји у вријеме одређивања извршења, било да он никада није постојао, нити је извијесно да ће га икада бити.⁸

Фаза спровођења извршења, односно предузимање извршних радњи, међутим, зависи од тога да ли је тражилац извршења успио да издејствује упис извршника као власника на непокретности, или није. Питање је заправо о којој од наведених хипотетичких ситуација се ради. Наиме, тешко је очекивати да ће извршеник који до тренутка одређивања извршења није покренуо поступак уписа учинити то након што је сазнао да је суд одредио извршење. Тражилац извршења, међутим, има правни интерес, а и законодавац га овлашћује на то да он у прописаном року од дана доношења рјешења о извршењу покрене поступак уписа права извршеника на непокретности предмету извршења, а евиденција постоји.⁹

У раду ће се разматрати и то да ли се одредбама позитивног права адекватно штити интерес тражиоца извршења за намирење на непокретности која није уписана у јавни регистар усљед извршениковог немара према свом праву, а у ситуацији када тражилац извршења нема могућност да предложи други предмет извршења. Због ограниченог обима рада, истраживање неће обухватити анализу ситуације када извршеник није уписао своје право на непокретности због непостојања

7 У српској правној теорији узима се да је ванкњижна својина појам који треба везати за ситуацију када титулар није из објективних разлога у могућности уписати своје право, као што је ситуација непостојања регистра некретнина на одређеном подручју, али не и за ситуацију када је пропуштање да се укњижи право на некретници искључиво посљедица немара титулара (Стевановић, 2022: 403).

8 Тако произлази из смисла одредбе чл. 113, ст. 1 ЗИП РС/ЗИП ФБиХ.

9 Чл. 113, ст. 5 ЗИП РС/ЗИП ФБиХ.

регистра на том подручју. Рад се неће бавити ни ситуацијом у којој на подручју на којем се налази непокретност никада није постојао јавни регистар нити је извијесно да ли ће бити успостављен.

Приказани ће бити неки идентификовани законодавни модели, првенствено временског односа одређивања извршења и уписа извршениковог права својине на непокретности, а који су се указали употребом упоредноправне методе. Биће дата њихова аксиолошка процјена са аспекта заштите интереса тражиоца извршења на намирење на имовини извршеника, како би се домаћим законодавцима расвијетлила проблематика и указало на оптимална процесна рјешења за неке будуће законодавне интервенције.

Рад је структурално постављен по *IMRaD* формату¹⁰ својственом егзактним наукама, а који је, као што ће бити приказано, употребљив и код истраживања друштвених феномена, као што је процесноправни институт извршења на непокретности која није уписана као својина извршеника. Код овако постављене структуре рада, резултати истраживања, поред уводног и методолошког дијела, приказани су у виду поглавља 3. Резултат истраживања – Идентификовани позитивноправни модели одређивања извршења на непокретности на којој извршеник није уписано право својине. Ово поглавље подијељено је у три подналова, а складно три уочена законодавна модела односа одређивања извршења и уписа извршениковог права, и то: 3.1. Модел одређивања извршења на непокретности прије уписа права извршеника, који је уочен у домаћем позитивном праву, 3.2. Модел одређивања извршења након уписа права извршеника и 3.3. Модел спровођења пљенидбеног пописа непокретности на којој није уписано право извршеника, а који су идентификовани у правима посматраних држава окружења – у републикама Србији и Хрватској. У оквиру четвртог поглавља извршена је теоријско-аксиолошка процјена идентификованих модела, док су на крају представљена закључна опажања.

3. Резултат истраживања – идентификовани позитивноправни модели одређивања извршења на непокретности на којој извршеник није уписао своје право својине

Нормативно-догматска анализа домаћег позитивног права, те и упоредноправни приступ теми рада указали су на три законодавна модела одређивања извршења на непокретности која није уписана као својина извршеника, већ неког другог лица, иако постоје услови за упис –

¹⁰ *Introduction, Methods, Results and Discussion/Conclusion* (Codina, 2022: 98).

извршеник има *titulus* за упис свог права и *clausula intabulandi*, те постоји евиденција на том подручју.

3.1. Модел одређивања извршења на непокретности прије уписа права извршеника

Када тражилац извршења предложи непокретност на којој није уписано право својине извршеника иако постоје и *titulus* за упис и евиденција непокретности, у домаћем праву једнообразно у оба посматрана ентитета – у Републици Српској и у Федерацији Босне и Херцеговине – усвојен је концепт могућности одређивања извршења прије него што тражилац извршења издејствује упис права извршеника.¹¹

3.1.1. Претходне напомене

Одређивање и спровођење извршења на непокретности која није уписана као својина извршеника регулисано је одредбом члана 113 ЗИП РС/ЗИП ФБиХ. Ова одредба обухвата сваку од три идентификоване ситуације – како ону када на извршеник немаром није уписао своје право, тако и обје ситуације када је непостојање јавног регистра разлог што непокретност није уписана као његова својина (Мајкић, 2020: 135).

Номотехнички посматрано, уочљива је неуобичајена опширност одредбе члана 113 ЗИП РС/ЗИП ФБиХ (обухвата осам ставова). Поред тога, она је терминолошки недоследна и логички некохерентна. Ставови унутар ње указују се као контрадикторни један другом, што може отежати њихову примјену и учинити их нејаснима.

Наиме, први став регулише то да се *lex generalis* одредбе Закона којима је уређен поступак извршења на непокретностима примјењују и у поступку извршења на *непокретностима које нису уписане* у земљишне књиге.¹² Приликом њихове примјене, потребно је, међутим, узети у обзир и одредбе члана 113 ЗИП РС/ЗИП ФБиХ, као правила *lex specialis*, а што је такође изричито предвиђено у првом ставу ове одредбе Закона.

11 У праву Републике Српске, од 2021. године нотари по службеној дужности, у име и за рачун странке, одмах по закључењу правног посла чији је предмет пренос или стицање права својине или других стварних права на непокретностима, подносе захтјев за упис у јавну евиденцију ради спровођења закљученог правног посла. (в. одредбу члана 59, ст. 1 Закона о нотарској служби, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 28/21). На овај начин *pro futuro* спречава се да стицаоци непокретности својим немаром остану неуписани у јавни регистар. Због непостојања овакве одредбе у раније важећем пропису који регулише поступање нотара, много је стицалаца непокретности још увијек нерегистровано на подручјима на којима постоји евиденција.

12 О неадекватности коришћене терминологије законодавца у Републици Српској било је ријечи у овом раду (*supra ex fn. 1*).

У наредном ставу регулисано је да уколико се као предмет извршења предложи непокретност која није уписана у земљишну евиденцију (нагласио аутор овог текста), тражилац извршења ће уз приједлог за извршење поднијети доказе да је извршеник њен власник (нагласио аутор овог текста). Тражилац извршења изричито је овлашћен и да, у складу са одредбом члана 37 ЗИП, покрене адхезиони поступак утврђивања извршеникове имовине.¹³ Ова одредба није примјенљива код свих основа извршениковог стицања права својине на непокретности.

Уколико је извршеник стекао предмет извршења правним послом, управо је упис тог права у јавну евиденцију тренутак када се својина стиче.¹⁴ И законом гарантовано начело повјерења у јавну евиденцију¹⁵ има за циљ промовисање значаја уписа непокретности и њеног власника за стицање права на истој.¹⁶ Код стицања својине на основу правног посла упис тог права има, дакле, конститутивни карактер.¹⁷ Управо због таквог дејства уписа указује се на много већи значај јавне евиденције, а не само као регистра непокретности (Ernst, 2022: 739).¹⁸ Није најјасније како ће тражилац извршења приједлогу за извршење приложити доказ да је извршеник власник непокретности коју је стекао правним послом, а како то предвиђа одредба члана 113, став 2 ЗИП РС/ЗИП ФБиХ, ако је за извршење предложена непокретност на којој није уписано право

13 В. чл. 113, ст. 2 ЗИП РС/ ЗИП ФБиХ.

14 Чл. 53, ст. 1 Закона о стварним правима, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 124/08, 3/09, 58/09, 95/11, 60/15, 18/16, 107/19, 1/21, 119/21, даље у тексту: ЗСП РС. Исту одредбу садржи и Закон о стварним правима, *Службене новине Федерације Босне и Херцеговине*, бр. 66/13, 100/13, 32/19, даље у тексту: ЗСП ФБиХ.

О томе да ли би се, поред класичне форме, правни посао као основ за стицање непокретности могао закључити и у електронском облику, *упор.* Radić, Pilipović, 2020: 125.

15 Чл. 55 ЗСП РС/ЗСП ФБиХ.

16 Ово не вриједи када се ради о стицању сувласништва, односно заједничке својине брачних супружника на непокретности као брачној имовини, чак ни када се она стиче на основу правног посла. *Детаљније о томе, упор.* 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 Историјскиправно посматрано, сматра се да је првобитна сврха катастра у староримској држави била утврђивање пореске обавезе грађана. Захтијевала се пријава стицања некретнина у катастру ради наплате пореза и забрањивали су се споразуми којима би било уговорано да ранији власник остане порески обвезник. *Детаљније, в.* Сич, 2013: 298.

18 Ради се о рецепцији њемачког концепта који евиденцији непокретности даје много већи значај. Насупрот овоме, француски модел упис права титулара има значај испуњавања форме, а својина се стиче већ закључењем уговора. *Детаљније о овоме упор.* Velić, Grgić, 2018: 142.

извршеника и на којој извршеник управо због тог свог пропуста, иако посједује *titulus*, то право није ни стекао.

Ни опште правило о конститутивности уписа права својине на непокретности није међутим примјенљиво на све законом предвиђене основе стицања.¹⁹ Када се ово право на непокретности стиче по основу закона, власником се постаје у тренутку испуњења законом предвиђених услова и без уписа у евиденцију.²⁰ Насљеђивањем пак лице постаје власником у тренутку смрти оставиоца (Бабић, Јотановић, 2020: 140). Ако је одлука суда или одлука другог органа основ за стицање својине, власником се постаје тренутком правноснажности те одлуке (Бабић, Јотановић, 2020: 139). Код свих наведених основа стицања упис права својине у јавни регистар има декларативни карактер. Стицалац непокретности по сваком од наведених основа овлашћен је међутим да захтијева упис свог права у јавној евиденцији²¹, уколико она постоји, иако од уписа не зависи стицање тог права.

Одредба члана 113, став 2 ЗИП РС/ЗИП ФБиХ примјенљива је само уколико је својина на непокретности стечена неким од наведених основа, чији упис има декларативно дејство. Само тада тражилац извршења може уз приједлог за извршење поднијети доказ да је извршеник власник, иако непокретност није уписана у јавну евиденцију. Поред тога, он може према члану 37 овог Закона, затражити од суда утврђивање те чињенице. Извршеникова неевидентирана непокретност, према одредби истог члана, у приједлогу за извршење мора бити означена према подацима из катастра.²² Ако таквих података нема, тражилац извршења је дужан супституисати те податке, назначавачући мјесто на којем се непокретност налази, њезин назив, границе и површину.²³

Када постоји ваљан правни посао као основ стицања права извршеника на непокретности која се налази на подручју на којем постоји јавна евиденција, правило о конститутивности његовог уписа чини непримјенљивом за тражиоца извршења одредбу члана 113, става 2 ЗИП РС/ЗИП ФБиХ. Извршеник који није уписао своје право својине на непокретности на којој се предлаже извршење није то право ни стекао.

19 Тако је, упоредноправно посматрано, и у аустријском праву у погледу дејства уписа на стицање права на непокретности. В. Николић, 2011: 510.

20 Чл. 23 ЗСП РС/ЗСП ФБиХ. Исто и Бабић, Јотановић, 2020: 137.

21 Чл. 52, ст. 1 ЗСП РС. Тако и Velić, Grgić, 2018: 142.

22 Будући да је законодавац у Републици Српској задржао терминологију раније важећег материјалног прописа који регулише евиденцију непокретности, за претпоставити је да се овдје мисли на податке које је садржавао катастар, као евиденција о карактеристикама непокретности, изузев стварних права на њој.

23 Чл. 113, ст. 2 ЗИП РС/ЗИП ФБиХ.

Тражилац извршења тада не би могао поступити по одредби става 2, члана 113 ЗИП РС/ЗИП ФБиХ, и уз приједлог за извршење поднијети доказ да је извршеник њен власник, а како се то предвиђа наведеним ставом. Ту чињеницу не би могао утврдити нити суд, спровођењем поступка утврђивања извршеникове имовине.

Тражилац извршења у описаној ситуацији може, поступајући по смислу одредбе члана 113, став 2 ЗИП РС/ЗИП ФБиХ, уз приједлог за извршење приложити суду исправу, као основ (*titulus*) за упис права извршеника на непокретности коју предлаже као предмет извршења. Ово, уколико он такву исправу посједује. Суд ће одредити извршење примјењујући опште одредбе закона које се односе на извршење на непокретностима (Рачић, 2021: 173). Разлог за то је извијесност да извршеник, иако није уписан као власник, односно сувласник на предмету извршења, може то постати чином уписа у јавну евиденцију која постоји на том подручју. Тражилац извршења би морао у овој ситуацији да приложи и *clausula intambulandi* (Познић, Ракић Водинелић, 2010: 520).

Извршеник има едифициону дужност у погледу *titulosa* (Кеча, Кнежевић, 2021: 619). Извршни суд би, примјењујући одредбу става 2, члана 113 ЗИП РС/ЗИП ФБиХ могао у поступку утврђивања извршеникове имовине наложити извршенику да, под пријетњом изрицања новчаних казни, преда тражену исправу. Упркос томе, није честа пракса да извршеник уступа тражиоцу извршења *titulus* (Рачић, 2021: 172). Већа је вјероватноћа да ће тражилац извршења исправу прибавити од извршениковог саговорача. У процесној доктрини, а базирано на досадашњој судској пракси, критикује се дјелотворност поступка утврђивања извршеникове имовине (Рачић, 2009: 97–98). Наиме, у пракси се извршеник одлучује да онемогућава намирење тражиоца извршења тако што ће трпити наплату новчаних казни умјесто да преда суду *titulus*. Законодавци у ентитетима Босне и Херцеговине не нуде адекватно нормативно разрешење овакве ситуације.

3.1.2. Одређивање извршења на непокретности прије уписа права извршеника

У правима ентитета Босне и Херцеговине законодавци уједначено прихватају модел одређивања извршења на непокретности која није уписана као својина извршеника уколико тражилац извршења приложи извршеников *titulus*, са *clausula intambulandi*, те уколико постоји евиденција.²⁴

У оквиру овог законодавног модела усвојено је начело диспозитивности уписа извршеника као власника у евиденцији непокретности по

²⁴ Чл. 113, ст. 1 ЗИП РС/ЗИП ФБиХ.

захтјеву, прије свега, тражиоца извршења. Управо он, након доношења рјешења о извршењу стиче правни интерес да издејствује да се извршеник упише као власник, како би спријечио обуставу поступка извршења које је суд већ одредио. Такав интерес нема извршеник, па од њега и није реално очекивати да иницира упис свог права, ако то до сада није учинио.

Дилема је да ли се овај законодавни модел одређивања извршења на непокретности која није уписана као власништво извршеника односи на ситуацију када упис права извршеника у земљишне евиденције има конститутивно дејство, једнако као и када тај упис има декларативни карактер.

Одредбом става 5, члана 13 ЗИП РС/ЗИП ФБиХ регулише се поступање тражиоца извршења ради уписа непокретности у јавну евиденцију након што извршни суд донесе рјешење о извршењу. Наиме, тражилац извршења дужан је да поднесе захтјев за упис права извршеника у предвиђеном року од 15 дана од дана доношења рјешења о извршењу, те је дужан у остављеном судском року о томе да извјести извршни суд. Уколико он не поступи тако, суд ће обуставити поступак извршења.

Поступање тражиоца извршења изричито се одредбом става 5 ЗИП РС/ЗИП ФБиХ везује искључиво за ситуацију када је извршење одређено на непокретности која није уписана у јавну евиденцију јер на том подручју евиденција није успостављена, или је уништена, односно нестала. Питање покретања од стране тражиоца извршења поступка уписа права извршеника на непокретности на којој је одређено извршење, а која се налази на подручју на којем постоји јавна евиденција, није изричито регулисано.

Примјењујући одредбу члана 70, став 2 ЗИП РС/ЗИП ФБиХ, извршни суд је овлашћен удовољити приједлогу за извршење на непокретности на којој није уписано право својине извршеника, али под условом да је, по спровођењу поступка утврђивања извршеникове имовине, утврђено испуњење услова за промјену *земљишнокњижног стања*.²⁵ Услови за промјену *земљишнокњижног стања* постоје и уколико би упис имао конститутивно, једнако као и када би он имао декларативно дејство, само уколико тражилац извршења посједује основ стицања са *clausula intabulandi*, те уколико постоји евиденција.

Законодавац ипак не регулише ко ће извршити промјену тог *земљишнокњижног стања* и у којим роковима. Тешко је очекивати да ће то учинити извршеник који је и прије одређивања извршења на тој непокретности био немаран према упису свог права на истој. Правни

25 Законодавац у Републици Српској упоран је у коришћењу неадекватне терминологије. Овдје се може претпоставити да се под *земљишнокњижним стањем* подразумемијева упис у катастру права својине извршеника на непокретности.

интерес за доказивање постојања услова за промјену *земљишнокњижног стања*, те и за спровођење те промјене у јавној евиденцији након доношења рјешења о извршењу има управо тражилац извршења.²⁶ Законом није регулисано ни то шта ће се десити са одређеним извршењем уколико се не изврши упис права извршеника. И поред изричитог законског упућивања примјене одредбе става 5, члана 113 Закона на ситуацију када се непокретност налази на подручју гдје не постоји евиденција, нема препреке да се одредба наведеног става 5, члана 113 ЗИП РС/ЗИП ФБиХ примијени и на непокретност која се налази на подручју гдје постоји јавна евиденција, на којој ипак није уписано право извршеника, а извршење је одређено на тој непокретности јер постоји основ за упис.

У зависности од тога да ли упис извршеника као власника непокретности на којој је одређено извршење има декларативни или конститутивни карактер, односно у зависности од тога шта је основ његовог стицања предметне некретности, настаје неколико ситуација.

Прва ситуација је када извршеник није уписан као власник, а упис има декларативни карактер (основ стицања може бити судска одлука, насљеђивање, или закон). Уколико је тражилац извршења поступио по одредби става 2, члана 113 ЗИП РС/ЗИП ФБиХ, и уз приједлог за извршење поднио доказе да је извршеник власник непокретности (дакле, поднио је суду *titulus* који је сам по себи довољан да докаже својину извршеника, иако овај није уписан као власник), те уколико је суд на основу тог *titulusa* већ одредио извршење на таквој непокретности, питање је зашто законодавци тражиоца извршења, под пријетњом обуставе поступка извршења, задужују да у тачно одређеном року захтијева декларативни упис извршеника као власника у земљишну евиденцију.²⁷ За претпоставити је да је смисао наведене дужности тражиоца извршења да се омогући спровођење прве извршне радње – забиљежба извршења у јавној евиденцији.

У другој ситуацији, када је правни посао *titulus* за извршениково стицање права својине на непокретности, а недостаје упис тог права са конститутивним дејством, одредба става 2, члана 113 ЗИП РС/ЗИП ФБиХ непримјенљива је у дијелу гдје се тражилац извршења обавезује да приједлогу за извршење приложи доказ да је извршеник власник. Нити утврђивање извршеникове имовине од стране суда, а како то алтернативно предвиђа наведена одредба, не могла резултирати утврђивањем те

26 Постоје схватања да поступак уписа права извршеника у јавну евиденцију може покренути и суд по службеној дужности, у ситуацији када упис има декларативно дејство. Такође се, погрешно, тврди да закон ту могућност не предвиђа (*супротно, у праву Републике Српске произлази из одредбе чл. 63, ст. 2 ЗПК РС*) (Mutarčić, 2020: 32).

27 Чл. 113, ст. 5 ЗИП РС/ЗИП ФБиХ.

чињенице, будући да извршеник, у одсуству *modusa* није постао њен власник. Упис титулара у овој ситуацији има конститутивни ефекат, а суд је, по законском овлашћењу, одредио извршење на непокретности која није уписана као својина извршеника, иако постоји евиденција. Дужност тражиоца извршења да, под пријетњом обуставе поступка извршења као својеврсном санкцијом, у прописаном року од 15 дана, захтијева упис у земљишне евиденције, има својство накнадног услова одређивања извршења на таквој непокретности.²⁸ За претпоставити је да је законодавцима првенствени циљ био наложити тражиоцу извршења да иницира упис права извршеника, како би се могло спровести извршење, односно извршити забиљежба рјешења о извршењу.

Није регулисано шта се дешава са поступком извршења док тече рок од 15 дана у којем тражилац извршења има могућност иницирати упис права извршеника на предмету извршења. За претпоставити је да долази до застајања са поступком извршења до истека овог рока. Након његовог истека, поступак извршења се или обуставља ако тражилац извршења није иницирао упис, или се наставља ако је он то учинио.²⁹

Из овога произлази да се наведеним моделом одређивања извршења прије уписа извршеника као титулара, обухватају једнако обје ситуације – када упис извршеника има конститутивно, као и када он има декларативно дејство на стицање његовог права на тој непокретности. Извршни суд ни у једној од тих ситуација не може предузети прву извршну радњу – забиљежба извршења, без евидентирања непокретности као својине извршеника. Овдје, према важећим процесним одредбама, не долази у обзир ни спровођење пљенидбеног пописа. Његово спровођење изричито је прописано само уколико би упис у евиденцију био у *супротности са законом* (нагласио аутор овог текста), а што овдје није ситуација.

Иако тражилац извршења, а не суд, иницира упис права власништва извршеника на непокретности на којој је одређено извршење, овдје је ријеч тек о релативизованој диспозитивности тражиоца извршења. Тражилац извршења је приморан да покрене поступак уписа уколико жели да спријечи да се обустави извршење које је одређено.

28 У процесној теорији рок од 15 дана који законодавац оставља тражиоцу извршења да иницира поступак уписа права извршеника на непокретности се критикује као неоправдано кратак (Рачић, 2009: 99). Будући да ово није рок у којем је тражилац дужан издејствовати упис, већ само иницирати поступак уписа права извршеника, стиче се утисак да би се прописивањем рока дужег од 15 дана неоправдано продужавао извршни поступак.

29 Будући да је остављени рок од 15 дана за тражиоца извршења прилика да он тек иницира поступак уписа права извршеника на некретности, посебно је питање шта се дешава са поступком извршења у периоду између тренутка обавјештења суда од стране тражиоца извршења да је у оквиру овог рока (тек) покренуо поступак уписа и тренутка окончања поступка уписа.

У овом законодавном моделу није могуће спровести одредбу члана 72, став 1 ЗИП РС/ЗИП ФБиХ, а која прописује да ће извршни суд, чим донесе рјешење о извршењу, по службеној дужности наложити катастру да се упише забиљежба извршења. Да би ова одредба била примјенљива, потребно је да земљишна евиденција постоји, те да је извршеник у њој уписан као власник предмета извршења. У овој ситуацији, примјењује се одредба члана 113, став 1 ЗИП РС/ЗИП ФБиХ као *lex specialis*, те она, због неевидентирања својине извршеника у јавном регистру, déroгира општу одредбу члана 72, став 1 ЗИП РС/ЗИП ФБиХ, и долази до застајања са спровођењем извршења до окончања поступка уписа.

3.2. Модел одређивања извршења након уписа права извршеника

У поређењу са првим идентификованим моделом, овај законодавни концепт одређивања извршења указује се као концепт обрнутог редослиједа између одређивања извршења и уписа права извршеника на непокретности предмету извршења. Наиме, када предложи непокретност која није уписана као својина извршеника, тражилац извршења³⁰ у праву Републике Србије уз приједлог за извршење прилаже *titulus* за упис извршениковог права (Бодирога, 2012: 324), ако јавни регистар постоји. Извршни суд *titulus* просљеђује органу надлежном за вођење катастра непокретности, те застаје са поступком прије него што одреди извршење, док се непокретност не упише као својина извршеника.³¹ Застајање са поступком траје све док се не оконча поступак уписа извршеника као власника предмета извршења (Станковић, Палачковић, Трешњев, 2017: 608). Тиме се, заправо, покреће и спроводи акцесорни поступак који претходи одређивању извршења и чије га успјешно спровођење условљава (Станковић, Боранијашевић, 2017: 183).

Ни у овом законодавном моделу није прецизирано да ли ово правило вриједи једнако за ситуацију када упис извршеника као титулара непокретности има конститутивно, као и када он има декларативно дејство на стицање права.

30 Законодавац у Републици Србији странке у извршном поступку означава техничким терминима извршни поверилац и извршни дужник, а законодавац у Републици Хрватској их означава као оврководитељ и овршеник. У овом раду користи се терминологија својствена законодавцима у ентитетима Босне и Херцеговине и у оним дијеловима текста у којима се анализирају права поменутих сусједних држава.

31 Чл. 209, ст. 1 Закона о извршењу и обезбеђењу, Закона о извршењу и обезбеђењу, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 106/15, 106/16, 113/17, 54/19, 9/20, 10/23, даље у тексту: ЗИО Ср. Упор. и Станковић, Боранијашевић, 2017: 183.

Питање иницијативе за упис права својине извршеника у овом законодавном моделу регулисано је по начелу официјелности. Тражилац извршења дужан је суду уз приједлог за извршење поднијети исправу која је подобна да се на основу ње упише право својине извршеника на непокретности. Суд је потом дужан да одмах прослиједи *titulus* органу који води евиденцију о некретностима, те да застане са поступком одређивања извршења до уписа права извршеника.³² Тек након уписа права извршеника, односно након што тражилац извршења буде имао доказ о власништву извршеника на непокретности предмету извршења, извршни суд доноси рјешење о извршењу. Занимљиво је гледиште да се овдје не ради о начелу официјелности код уписа права својине извршеника на непокретности, већ о томе да је тражилац извршења покренуо поступак за упис права својине извршеника код извршног суда, а не код катастра (Станковић, Боранијашевић, 2017: 182).

3.3. Модел спровођења пљенидбеног пописа непокретности на којој није уписано право извршеника

Одређивање извршења и његово спровођење у праву Републике Хрватске не условљава се покретањем и окончањем поступка уписа права извршеника на непокретности. Усвојен је модел спровођења пљенидбеног пописа и оних непокретности које се налазе на подручју гдје постоје земљишне евиденције, а својина извршеника није евидентирана, или непокретност уопште није уписана.³³

Прибављање доказа о својини извршеника постављено је за тражиоца извршења алтернативно дужности идентификовања некретнине према подацима из катастра.³⁴ Ова одредба солидно кореспондира ситуацији коју посматрамо у овом раду – када земљишна евиденција постоји а непокретност није уписана, односно није уписано право извршеника на истој. Тада тражилац извршења и не може приједлогу за извршење приложити доказ да је извршеник власник, па ће он по одредби члана 132 ОЗ Хр поступити и уколико умјесто тога у приједлогу за извршење означити непокретност према њеном мјесту, називу, границама и површини. То што тражилац извршења не може прибавити извршеников основ стицања непокретности у овом законском концепту није препрека за ни за прву фазу – одређивање извршења, нити за другу – спровођење извршења.

32 Чл. 209, ст. 1 ЗИО Ср. Упор. о томе и Кеча, Старовић, 2004: 628.

33 Чл. 132, ст. 6 Овршног закона, *Службене новине*, бр. 112/12, 25/13, 93/14, 55/16, 73/17, 131/20, 114/22, даље у тексту: ОЗ Хр.

34 Чл. 132, ст. 2 ОЗ Хр.

4. Дискусија – теоријско-аксиолошка процјена идентификованих законских модела

За претпоставити је да је сваки од законодаваца, нормирајући конкретни идентификовани модел, узео у обзир, као примарни, интерес тражиоца извршења за намирење. Ради се о лицу које посједује не само извршну исправу којом се утврђује његово потраживање, већ најчешће и исправу на основу које је могуће у јавном регистру евидентирати право извршеника на непокретности, а што је пропустио учинити извршеник. У оба законска модела која условљавају одређивање, односно спровођење извршења уписом права извршеника на непокретности, у тежем процесном положају је тражилац извршења који не посједује извршеников титулус, или га не може прибавити ни у поступку утврђивања извршеникове имовине.

У законском моделу одложеног одређивања извршења до тренутка уписа извршеника као власника на непокретности предмету извршења, извршење се одређује тек након окончања поступка уписа, а на основу титулуса приложеног уз приједлог за извршење. Након уписа права својине извршеника, доношење рјешења о извршењу и његова забиљежба на тој непокретности не би требали бити упитни. У поређењу са законодавним моделом уоченим у правима ентитета Босне и Херцеговине, примјетно је да је у оба законодавна модела на тражиоца извршења пребачен терет прибављања извршениковог титулуса за стицање непокретности.

Законодавци прописују могућност да суд у поступку утврђивања извршеникове имовине прибави титулус. И поред тога извршеник може да исти не преда чак ни по цијену плаћања новчаних казни. У ситуацији да тражилац извршења нема могућност да титулус прибави на другој страни, то може представљати и претјеран терет за тражиоца извршења. У процесној теорији се истиче да би тражилац извршења могао да покрене парнични поступак и тужбом захтијева да се право на непокретности предложеној за извршење упише на извршеника (Станковић, 2004: 678; Кеча, Старовић, 2004: 628; Познић, Ракић Водинелић, 2010: 520). За то вријеме, тражилац извршења би могао захтијевати одлагање извршења (Кеча, Старовић, 2004: 628). Ова могућност за тражиоца извршења не би се могла сматрати адекватним законодавним рјешењем ове ситуације, имајући у виду скоро ноторну чињеницу претјерано дугог трајања парничног поступка пред домаћим судовима.

У моделу одложеног одређивања извршења до уписа права извршеника на непокретности, не би се могла примијенити одредба о одређивању извршења на непокретности у тзв. ванкњижном власништву, садржана у члану 209, став 2 ЗИО Ср. Њена примјена ограничена је

на извршење на непокретности на којој није могуће уписати својину извршеника, првенствено зато што евиденција не постоји, али не и у ситуацији када је изостанак уписа права извршеника посљедица његовог немара (Стевановић, 2022: 404).

Упоредивањем ове двије ситуације одређивања извршења – када непокретност није уписана као својина извршеника, а постоји евиденција и тражилац извршења посједује основ за упис, са ситуацијом одређивања извршења на непокретности у тзв. ванкњижној својини на којој и није могуће спровести упис права извршеника, не можемо а да не примијетимо нелогичност одлагања одређивања извршења у овом законодавном моделу у ситуацији у којој постоји и евиденција и основ за упис права извршеника, са једне стране, те одређивања извршења на непокретности на којој се то право чак и не може уписати, јер евиденција не постоји на том подручју, а непокретност је у тзв. ванкњижној својини извршеника. Иако је у правној теорији логика ове последње ситуације у настојању законодавца да тражиоцима извршења омогући принудно намирење и на непокретностима извршеника које су нелегално изграђене, а којих је вјероватно много (Бодирога, 2012: 324), такво опредјељење српског законодавца није логично када се оно упореди са првом ситуацијом у којој извршеник такође нема стечено право својине на непокретности, јер исто није уписано, али је упис ипак могућ.

Посматрајући наведена два законодавна модела уочена у правима ентитета Босне и Херцеговине и у праву Републике Србије, кроз призму заштите интереса тражиоца извршења на намирење, отвара се дилема које предности остварује тражилац извршења који посједује титулус за упис исходавањем рјешења о извршењу прије уписа права извршеника. У првом законодавном моделу, уоченом у правима ентитета Босне и Херцеговине, долази до застајања са другом фазом – фазом спровођења извршења. У другом законодавном моделу, уоченом у српском праву, долази до застајања са првом фазом – фазом одређивања извршења. У оба идентификована нормативна концепта тражилац извршења мора да чека на своје намирење у поступку пред судом, док се не оконча поступак уписа права извршеника на непокретности.

Судови у ентитетима Босне и Херцеговине не би могли одредити забиљежбу донесеног рјешења о извршењу, односно не могу прије окончања поступка уписа права на непокретности предузети прву извршну радњу у спровођењу извршења. Примјена правила о јавној објави рјешења о извршењу предвиђена је (само) за ситуацију коју покрива одредба става 4, члана 113 ЗИП РС/ЗИП ФБиХ – непокретност је на подручју гдје евиденција није успостављена, или је уништена,

односно нестала.³⁵ Судови у Републици Србији немају такав проблем у усвојеном законодавном моделу, будући да прије спроведеног уписа права извршеника поступак извршења не бива ни у првој фази.

Наведене дилеме отварају и питање да ли је у оба приказана законска модела у адекватној мјери заштићено право тражиоца извршења на имовину³⁶ из члана 1 Протокола 1 уз Европску конвенцију о људским правима и основним слободама. Ово, нарочито када је непокретност која није уписана као својина извршеника једини предмет извршења који је могуће предложити, а тражилац извршења не посједује основ за упис права извршеника, нити суд успије да га прибави у поступку утврђивања извршеникове имовине.

Предност хрватског законодавног модела је у томе што он нити одређивање, нити спровођење извршења не условљава уписом несавјесног извршеника као власника на предмету извршења. Овај законодавац нуди рјешење спорне ситуације за тражиоца извршења и када он није у могућности да прибави доказ о својини извршеника, односно титулус за упис тог његовог права. Тражилац извршења је тада овлашћен, умјесто доказа о својини, односно умјесто титулуса за упис извршеника као власника, у приједлогу за извршење назначити мјесто на којем се непокретност налази, њен назив, границе и површину, а потом се приступа пљенидбеном попису непокретности.³⁷ Тиме се спречава да се тражилац извршења нађе у ситуацији да не може исходovati одређивање, нити спровођење рјешења, јер није у могућности приједлогу за извршење приложити извршеников титулус.

35 Чл. 72, ст. 4 и 5 ЗИП РС/ЗИП ФБиХ.

Законодавац Републике Хрватске ову ситуацију једноставно рјешава изричитим предвиђањем да се пљенидбени попис некретности може спровести и у ситуацији када земљишна књига постоји, а некретнина није уписана (чл. 132 ст. 6. ОЗ Хр).

36 У пракси Уставног суда Босне и Херцеговине, свако новчано потраживање тражиоца извршења досуђено судском одлуком представља његову имовину, у смислу члана 1 Протокола 1 уз Европску конвенцију о људским правима и основним слободама. Из праксе овог суда произлази да се може радити о досуђеним новчаним потраживањима по разним основама, као што су накнада штете, затезне камате, трошкови поступка и сл. (в. Одлуку овог суда у предмету АП-115/04, од 23. 03. 2005, став 25, објављену у *Службеном гласнику Босне и Херцеговине*, бр. 30/05. Такође упор. Одлуку у предмету АП-774/04, од 20. 12. 2005, став 365, објављену у *Службеном гласнику Босне и Херцеговине*, бр. 39/06).

37 Чл. 132, ст. 2 ОЗ Хр.

5. Крајња опажања

Представљено истраживање указало је на постојање најмање три законодавна модела корелације између одређивања и спровођења извршења на непокретности која није уписана као својина извршеника и уписа извршеника као њеног власника, искључиво као посљедице његовог немара према свом праву. У дијелу рада, у којем је теоријско-аксиолошки процјењиван сваки од идентификованих законодавних модела, указано је на неке значајне аспекте проблематике којом се бави рад, као што су усмјереност сваког од концепата да задовољи интерес тражиоца извршења за намирење према извршенику који осим такве непокретности не располаже никаквим другим предметом на којем би се тражилац извршења могао намирити. Као посебно проблематично, указује се на питање пребацавања терета прибављања основа за упис права извршеника на тражиоца извршења у ситуацији када га тражилац извршења не посједује у тренутку подизања приједлога за извршење. Отворена је и дилема да ли је у оваквој ситуацији у одговарајућој мјери пружена заштита праву тражиоца извршења на имовину, а који гарантује члан 1 Протокола 1 уз Европску конвенцију о људским правима и основним слободама, а што може бити и предмет засебног истраживања.

Научна методологија коришћена при анализи посматраних законских модела омогућила је да се уоче мањкавости оба идентификована концепта – како оног усвојеног у домаћем праву ентитета Босне и Херцеговине, тако и концепт усвојеног у праву Републике Србије, а који, било одређивање, било спровођење извршења условљавају успјехом тражиоца извршења да издејствује упис извршениковог права. Сваки од наведена два законска модела ставља тражиоца извршења у ситуацију у којој он, да би остварио своје право на намирење досуђено му извршном исправом, мора да издејствује да његов дужник из материјалноправног односа претходно оствари своје право – да упише својину на непокретности као предмету извршења. Такво условљавање тражиоца извршења могло би резултирати грубим кршењем његовог права на имовину, обухваћеног чланом 1 Протокола 1 уз Европску конвенцију о људским правима и основним слободама, нарочито у ситуацији када он не може прибавити извршеников титулус, чак ни у поступку утврђивања извршеникове имовине који се акцесорно води пред судом.

Закључује се да сваки од идентификованих законодавних модела може бити побољшан у правцу заштите интереса тражиоца извршења за намирење према извршенику. Упоређујући их међусобно, произлази да законодавни концепт који ни одређивање а ни спровођење извршења не условљава уписом права извршеника на предмету извршења понајбоље кореспондира крајњем циљу – ефикасно намирење тражиоца извршења.

Литература и извори

Научни извори

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 Documentación 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 usporedna pravnoteorijska i praktična dostignuća*. Split: Pravni fakultet Sveučilišta u Splitu.

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

Станковић, Г. Боранијашевић, В. (2017). Право извршења и право обезбеђења, Косовска Митровица: Правни факултет Универзитета у Приштини са привременим седиштем у Косовској Митровици.

Станковић, Г. (2004). Грађанско процесно право, Београд: Издавачко предузеће Јустинијан.

Станковић, Г. Палачковић, Д. Трешњев, А. (2017). Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу, Београд: Службени гласник.

Стевановић, Д. (2022). Ванкњижна својина. *Хармониус*. 382–411.

Бабић, И. Јотановић, Р. (2020). Грађанско право, књига 2 – Стварно право, Бања Лука: Правни факултет Универзитета у Бањој Луци.

Velić, L. Grgić, D. (2018). Sticanje prava vlasništva na nekretninama. *Anali Pravnog fakulteta u Zenici*. 11 (21). 141–154.

Сич, М. (2013). Катастри, земљишни регистри и исправе о купопродаји у старом Риму – елементи модерних земљишних књига. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2. 279–302.

Мајкић, М. (2020). Осврт на примјену појединих одредаба Закона о извршном поступку Републике Српске – нека спорна питања у судској пракси. *Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци* 1 (42). 131–150.

Рачић, Р. (2009). Извршење на непокретности – неке неопходне измјене Закона о извршном поступку у циљу повећања ефикасности поступка. *Правна ријеч*, 20.

Рачић, Р. (2021). Извршно процесно право, Бања Лука: Правни факултет Универзитета у Бањој Луци.

Кеча, Р. Старовић, Б. (2004). Грађанско процесно право, Нови Сад: Правни факултет у Новом Саду.

Кеча, Р. Кнежевић, М. (2021). Грађанско процесно право, Београд: Службени гласник.

Triva, S. Belajec, V. Dika, M. (1980). *Sudsko izvršno pravo, opći dio*, Zagreb: Informator.

Николић, С. (2011). Евиденција непокретности у Аустрији (правно наслеђе, актуелни концепт и трендови). *Гласник Адвокатске коморе Војводине*. 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.

Mutarčić, 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.

Прописи

Закон о премјеру и катастру. *Службени гласник Републике Српске*, бр. 6/12, 110/16, 22/18, 62/18, 95/19, 90/23

Закон о земљишним књигама. *Службене новине Федерације Босне и Херцеговине*, бр. 58/02, 19/03, 54/04, 32/19, 61/22

Закон о извршном поступку. *Службени гласник Републике Српске*, бр. 59/03, 85/03, 64/05, 118/07, 29/10, 57/12, 67/13, 98/14, 5/17, 58/18, 66/18

Закон о извршном поступку. *Службене новине Федерације Босне и Херцеговине*, бр. 32/03, 52/03, 33/06, 39/06, 39/09, 35/12, 46/16, 42/18

Закон о стварним правима. *Службени гласник Републике Српске*, бр. 124/08, 3/09, 58/09, 95/11, 60/15, 18/16, 107/19, 1/21, 119/21

Закон о стварним правима. *Службене новине Федерације Босне и Херцеговине*, бр. 66/13, 100/13, 32/19

Закон о извршењу и обезбеђењу. *Службени гласник Републике Србије*, бр. 106/15, 106/16, 113/17, 54/19, 9/20, 10/23

Овршни закон. *Службене новине*, бр. 112/12, 25/13, 93/14, 55/16, 73/17, 131/20, 114/22

Закон о нотарској служби. *Службени гласник Републике Српске*, бр. 28/21

Судска пракса

Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине у предмету АП-115/04 од 23. 03. 2005, став 25, објављена у *Службеном гласнику Босне и Херцеговине*, бр. 30/05

Одлука Уставног суда Босне и Херцеговине у предмету АП-774/04 од 20. 12. 2005, став 365, објављена у *Службеном гласнику Босне и Херцеговине*, бр. 39/06

Рјешење Основног суда у Мркоњић Граду од 31. 01. 2013. у предмету бр. 75 о И 027023 15 Гж

Рјешење Окружног суда у Бањој Луци од 08. 02. 2019. у предмету бр. 75 о И 006049 18 Гж

Рјешење Окружног суда у Бањој Луци од 20. 02. 2018. у предмету бр. 71 о И 241288 17 Гж

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.

Sanja Đorđević Aleksovski*, LL.D.,
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš,
Republic of Serbia

DOI: 10.5937/zrpfni-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. 191 Рад је резултат истраживања на пројекту „Одговорност у правном и друштвеном контексту“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду 2021-2025. године.

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 Rapporteur² 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 background 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 decisions⁹ and state practice support the existence of general principles formed within international law¹⁰ (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 conclusion 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 dignity¹⁹.²⁰

Paragraph 2 of Draft conclusion 7 can be seen as a *savings clause* or “*wit-hout 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 Langenhuisen, 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; Kozłowski, 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 increases²⁶ (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 integrity²⁹ (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;

Dorđević 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;

Kozłowski, 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 Langenhuisen, 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).

др Сања Борђевић Алексовски,
Доцент,
Правни факултет, Универзитет у Нишу,
Република Србија

ОПШТИ ПРИНЦИПИ ПРАВА СТВОРЕНИ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРАВНОМ СИСТЕМУ – МАГЛОВИТИ ИЛИ ЗАБОРАВЉЕН ПОЈАМ?

Резиме

Комисија за међународно право (КМП) већ деценијама кодификује различите изворе међународног права. Рад на кодификацији општих принципа права до сада је произвео три извештаја Специјалног известиоца у којима су идентификоване две категорије општих принципа права, с обзиром на њихово различито порекло. Прва категорија општих принципа права потиче из националних правних поредака, док друга проистиче из самог међународноправног система. Потоњи су до сада дефинисани као „општа правна начела која се могу формирати у оквиру међународног правног система” у закључцима усвојеним на првом читању из маја 2023. године. Циљ рада је испитивање поменуте контроверзне категорије општих принципа права. У вези са општим правним принципима који могу проистећи или се формирати у оквиру међународног правног поретка треба истаћи да међу теоретичарима, члановима саме КМП, као и државама постоје опречни ставови. Стога ће се рад претежно фокусирати на следећа истраживачка питања: Да ли општи принципи права формирану у оквиру међународног правног система могу постојати као самостални извор међународног права? Да ли на основу језичког тумачења члана 38 (1) в) Статута Сталног суда међународне правде и Међународног суда правде постоји аргумент у корист става у да је таква категорија принципа одувек била укључена у појам општих принципа права? У раду ће се, такође, анализирати појам „признавања” општих принципа права формирану у оквиру међународног правног поретка, и довести га у везу са концептом сагласности држава.

Кључне речи: општа начела права, општа начела права створена у међународноправном поретку, кодификација, Комисија за међународно право.

Dragana Bjelić Gaćeša,* LL.D.,
Assistant Professor,
Faculty of Law, University J.J. Strossmayer in Osijek,
Republic of Croatia

DOI: 10.5937/zgrfn1-53062

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-684/16³, 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/EC⁴, 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 weeks⁶ 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 Croatia¹¹ 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 383 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 Čapeta 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-slijedeću-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-350/06¹⁴ and C-520/06¹⁵ (*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 appeal, 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-762/18¹⁶ 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-337/10¹⁸ (*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 (*Neidel*, 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-214/10⁹, 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-214/10²⁰ (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 Others* 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-275/22²¹, 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 Čapeta 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-214/16²², C-214/10²³

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-337/10²⁴ (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 Čapeta, 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.*

Gordana Ignjatović, BA*
ESP/LE Lecturer.
Faculty of Law, University of Niš,
Republic of Serbia

DOI: 10.5937/zrpfni-55374

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, Kusters, 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 capabilities⁵, functionality and adaptability⁶, autonomy⁷, knowledge modelling⁸, intended purpose⁹, 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) *self-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 systems*; c) *limited-risk systems*; and d) *minimal risk 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 principles¹⁶) 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 framework²², 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.o#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/1680a0fae3c>

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 states⁴⁴ 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 programs⁵⁵; AI literacy courses are unavailable even as informal courses⁵⁶; 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.vek* (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 public 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 pretposljednji (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, scheduling, 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. *P 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 machines⁶⁸ 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; see: 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, Kusters 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://>

ai10020201023.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.o; <https://www.teachai.org/toolkit>;

Budić, M. (2023) Etičke dileme i stavovi prema primeni veštačke inteligencije (Ethical dilemmas 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/FULP240305003>

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). *Akcionni 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 trustworthy 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.vek* (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 intelligen-ciju (Serbian Government establishes the AI Council, 25 jul 2024, <https://forbes.niinfo.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-primu>

AI Institute RS/IVI (2024). About the AI Research & Development Insti-tute, 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/advan-tages-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/educati-on-careers-tips/advantages-and-disadvantages-of-ai-in-education/>, accessed 20.11.2024

Eurostat (2024). Artificial intelligence by NACE Rev.2 activity: Stati-stical 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 dokumente 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 infrastruktura, 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 РАДОВИ ДОКТОРАНАДА

Бојана Арсенијевић,*

Асистент,

Правни факултет, Универзитет у Нишу,
Република Србија

DOI: 10.5937/zgrfn1-54623

АНАЛИЗА ПРИМЕНЕ ЗАКОНА О НЕСТАЛИМ БЕБАМА**

Апстракт: Закон о утврђивању чињеница о статусу новорођених беба за које се сумња да су нестале из породицишта у Републици Србији ступио је на снагу 2020. године. Рад анализира резултате примене закона, као први своје врсте. Истраживање је обухватило праксу четири надлежна суда у држави – виших судова у Нишу, Крагујевцу, Београду и Новом Саду. Применом статистичког метода и метода случајног узорка ауторка разматра резултате примене закона.

Усвајање посебног закона, чији је предмет уређење поступка за утврђивање чињеница о нестанку беба и за досуђивање накнаде нематеријалне штете, имало је два циља. Први, да коначно реши проблем непоузданих информација о статусу беба за које се сумња да су нестале и досуди накнаду нематеријалне штете лицима чије је право на породичан живот повређено. Други, да испуни обавезе из пресуде Европског суда за људска права у предмету Зорица Јовановић против Србије. Преклузиван карактер рока за подношење предлога ради утврђивања чињеница, кратак период рока и начело хитности у вођењу ових ванпарничних поступака требало је да укажу на значај који је дат решавању питања статуса беба за које се сумња да су нестале. Спроведено истраживање је показало да закон није остварио своју сврху.

Кључне речи: Европски суд за људска права, опште мере, обавеза државе, статистички подаци, емпиријско истраживање, накнада нематеријалне штете.

* a.bojana@prafak.ni.ac.rs ; ORCID 0000-0002-3919-5322.

** Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства науке, технолошког развоја и иновација РС, по Уговору евиденциони број 451-03-65/2024-03/200120 од 05.02.2024. године.

1. Увод

Закон о утврђивању чињеница о статусу новорођених беба за које се сумња да су нестале из породилишта у Републици Србији усвојен је 2020. године.¹ Примена закона била је ограничена преклузивним роком – предлози за покретање поступка ради утврђивања чињеница о статусу могли су да се поднесу у року од шест месеци од ступања закона на снагу. Имајући у виду да је протекао рок за покретања поступака, као и да је протекло разумно претпостављено време за окончање првостепених и другостепених поступака у овим правним стварима, спроведено је емпиријско истраживање о резултатима примене закона. Вредност емпиријског истраживања лежи у сазнањима како право заиста делује у пракси, поред упознавања нормативног израза права у области којој придајемо пажњу (Милић, 2019: 96). Истраживање је спроведено применом статистичког метода и метода случајног узорка. Оно пружа први увид у резултате примене Закона о несталим бебама, чиме проширује базу емпиријских истраживања права у Србији новом и неиспитаном темом.²

Европски суд за људска права у пресуди *Зорица Јовановић против Србије* из 2013. године утврдио је повреду права гарантованих Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода, досудио је накнаду нематеријалне штете подносиоцима представке и утврдио обавезу државе да успостави механизам за отклањање сличних повреда.³ Тај механизам требало је да обезбеди Закон о несталим бебама, кроз поступак за утврђивање чињеница и накнаду нематеријалне штете, и кроз успостављање Комисије за прикупљање чињеница о статусу новорођене деце за коју се сумња да су нестала из породилишта у Републици Србији. Прокламована сврха закона опредељује значај спроведеног емпиријског истраживања, пружањем одговора на питање да ли је држава Србија испунила своје обавезе из пресуде *Зорица Јовановић против Србије*.

У раду су прво објашњени циљеви усвајања и битне карактеристике Закона о несталим бебама (поглавља два и три), а потом је пажња усмерена ка методама емпиријског истраживања (поглавља четири и

1 *Сл. гласник РС*, 18/2020. У наставку користићемо уврежени назив Закон о несталим бебама.

2 Милић пружа кратак увид у спроведена емпиријска истраживања права у Србији, која претежно припадају области кривичног права и криминологије, социологије права и економске анализе права (Милић, 2019: 108, 109).

3 *Zorica Jovanović v. Serbia* (App. no. 21794/08) 26. 3. 2013. Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода из 1950. године ратификована је и део је домаћег правног система од 2003. године. Закон о ратификацији са протоколима, *Сл. лист СЦГ – Међународни уговори*, 9/2003, 5/2005 и 7/2005 – испр. и *Сл. гласник РС – Међународни уговори*, 12/2010 и 10/2015. У наставку, Европска конвенција.

пет). Централни део рада представљају резултати примене закона, чији приказ је ради прегледности подељен на статистичке и квалитативне податке (поглавље шест). У закључку су представљени најзначајнији налази истраживања и коментари истраживачице.

2. Циљеви усвајања Закона о несталим бебама

Закон о несталим бебама у чл. 2 прокламовао је два циља. Првонаведени циљ јесте утврђивање чињеница погодних да се утврди истина о статусу новорођене деце за коју се сумња да су нестала из породицишта у Републици Србији, на основу доказа који се изведу и података који се прикупе у судском поступку од државних и других органа, родитеља и других лица. Затим, истакнуто је да је циљ закона и извршење обавезе Републике Србије из пресуде Европског суда за људска права у предмету *Зорица Јовановић против Србије*. Редослед у навођењу треба да укаже на приоритетни значај првонаведеног циља, али у конкретном случају хијерархија циљева се не може утврђивати. Први циљ представља испуњење обавезе државе према својим грађанима, други циљ представља испуњење обавезе државе према Европском суду за људска права. Међутим, сама обавеза је наметнута управо у интересу грађана Србије, ради решавања правне ситуације која је разлог обраћања грађана Србије Европском суду за људска права. Стога је остварење оба циља суштински повезано, као две стране једне медаље – суштинска и формална сврха усвојеног закона.

У домаћем друштву већ више од половине века нерешено је питање „несталих беба”. Реч је о случајевима када је родитељима речено да је њихова беба преминула у здравственој установи, након рођења или лечења, али без могућности да виде тело детета или да га преузму ради сахране. Процедура преузимања тела детета од стране породице није била регулисана законом. Током 2001. и 2002. године медији су извештавали о сусрету близнакиња раздвојених по рођењу, при чему је родитељима било речено да је друга беба преминула; о интервјуу са породицом којој је лекар нудио продају бебе из породицишта, као и о другим сличним случајевима.⁴

Специфичне околности ових случајева, да су родитељи остали ускраћени за визуелну потврду да је њихово дете преминуло, изостанак писаних информација о смрти, као и учесталост вести о продаји беба из породицишта, развили су сумњу код родитеља да су њихове бебе нестале – продате у ланцу трговине људима, ради нелегалног усвојења у Србији

4 Изводи из старих новинарских чланака доступни су на <http://www.kradjabeba.org/002002.html>. Приступ 10. 10. 2024.

или иностранству. Случајеви датирају још од педесетих година прошлог века, а најбројнији били су током осамдесетих и деведесетих. Процењује се да је нестало више хиљада деце.⁵

Као последица ових дешавања, основано је неколико удружења грађана-родитеља који трагају за својом децом.⁶ Родитељи су тражили информације од медицинских центара и управа локалне самоуправе. У појединим случајевима таква потрага открила је значајне неусаглашености догађаја – да недостаје податак о узроку смрти или о процедури сахрањивања, или да недостаје упис чињенице смрти у матичне књиге. Како није потврђено да су бебе преминуле, родитељи су подносили кривичне пријаве против медицинског особља, али су оне одбациване због застарелости кривичног гоњења или недоступности званичних података о нестанку деце. Одговарајући на захтеве грађана, државни органи у пар наврата посвећивали су пажњу овом проблему, али без пружања решења.⁷ Одржавање *status quo* усмерило је родитеље да се обрете представкама Европском суду за људска права.

Пресудом *Зорица Јовановић против Србије* из 2013. године Европски суд за људска права утврдио је да је држава Србија повредила право на

5 Процена удружења родитеља који трагају за својом децу јесте да је у овом периоду нестало више хиљада деце. Доступно на: <http://nestalebebe.com/onama.php>. Приступ 10. 10. 2024.

6 Примерице, Удружење „Родитељи несталих беба Србије”, Удружење родитеља несталих беба Војводине, Удружење за заштиту права родитеља који сумњају да су им деца отета у породилиштима и деце која траже биолошке родитеље „Нестале бебе Београда”, Удружење за истину и правду о бебама и Београдска група родитеља несталих беба.

7 Током 2005. године родитељи су се обратили Народној скупштини ради решавања питања нестанка њихове деце. Народна скупштина је исте године образовала Анкетни одбор, као привремено тело чији је задатак био утврђивање истине о новорођеној деци несталој из породилишта у више градова у Србији (Одлука о образовању Анкетног одбора ради утврђивања истине о новорођеној деци несталој из породилишта у више градова у Србији, *Сл. гласник РС*, 44/2005). Извештај Анкетног одбора, чијим усвајањем је одбор престао да постоји, није могао да пружи одговор на то питање. Током 2010. године председник Народне скупштине формирао је радну групу за израду предлога закона ради стварања формално-правних услова за поступање надлежних органа по пријавама о нестанку новорођене деце из породилишта. Закључак радне групе био је да су већ извршене потребне измене закона у области медицинских процедура и евиденција, а да евентуалне измене кривичног закона у смислу продужавања времена трајања рока застаре кривичног гоњења за раније извршена кривична дела нису могуће због уставних гаранција правне сигурности. Према чл. 34 Устава (*Сл. гласник РС*, 98/2006), казне се одређују према пропису када је кривично дело учињено, изузев када је каснији пропис повољнији за учиниоца. Исте године и Заштитник грађана припремио је извештај, са главном препоруком која се тичала усвајања посебног закона ради утврђивања истине о судбини несталих беба.

поштовање породичног живота Зорице Јовановић, као мајке, због неуспеха државе да пружи информације о судбини њеног сина.⁸ Суд је заузео став да утврђено чињенично стање представља повреду позитивне обавезе државе у вези поштовања права на породични живот из чл. 8 Европске конвенције. На крају овог правног пута, питање родитеља о судбини несталиг детета је остало нерешено, али је констатовано да је таква ситуација супротна стандардима заштите људских права у европском правном простору и досуђена је накнада нематеријалне штете у износу од 10.000 евра. Туженој држави Србији пресудом је наметнута обавеза успостављања механизма за обезбеђење појединачног обештећења свим родитељима у истим или сличним ситуацијама, обухватајући пружање поузданог одговора о судбини сваког детета и одговарајућу накнаду, када је то правично.⁹

Закон о несталим бебама усвојен је са прокламованим циљем да коначно реши питања о статусу новорођених беба за које се сумња да су нестала из породилишта, и да тиме истовремено испуни обавезе наметнуте пресудом *Зорица Јовановић против Србије*. С обзиром на његову сврху, Драшкић (2020: 33) симболично означава усвајање закона трећим чином афере „нестале бебе” у Србији. Примена закона је чињенично ограничена на случајеве у којима је до повреде права на поштовање породичног живота дошло на исти или сличан начин као у предмету *Зорица Јовановић против Србије*. Стога нису обухваћени сви случајеви несталих беба које родитељи још увек траже.

3. Битне карактеристике Закона о несталим бебама

Закон уређује поступак за утврђивање чињеница погодних да се утврди истина о статусу новорођене деце за коју се сумња да су нестала из породилишта или здравствених установа у Србији и поступак за досуђивање правичне новчане накнаде нематеријалне штете. Очигледан

8 Пресуда је отворила неколико занимљивих питања, која су се тицала *ratione temporis* применљивости Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода и исцрпљености домаћег правног пута (Драшкић, 2017: 35–39). Конвенција је ступила на снагу у Србији 3. марта 2004. године, али су се предметни догађаји одиграли годинама пре овог датума. Суд се позвао на раније усвојени став да је Конвенција применљива на трајне ситуације, те да позитивна обавеза државе постоји чак и погледу догађаја који су се одиграли пре ратификације Конвенције, уколико судбина несталих особа није и даље позната. Један од приговора државе тицао се неисцрпљености домаћих правних лекова јер подносиатеља представке није лично искористила ниједно правно средство. Суд је нашао да се, у смислу разматрања повреде права на поштовање породичног живота, правна средства која је користио њен супруг приписују и подносиатељки представке.

9 *Zorica Jovanović v. Serbia* (App. no. 21794/08) 26. 3. 2013. para. 84, 92.

став законодавца био је да је вођење таквог ванпарничног поступка адекватни механизам за пружање поузданих података родитељима који сумњају да су њихова новорођена деце нестала. Круг надлежних судова за вођење ових поступака уско је одређен: надлежна су четири виша суда у држави, и то виши судови у Нишу, Крагујевцу, Београду и Новом Саду, према подручју надлежности припадајућег апелационог суда.¹⁰ Одређивање малог броја надлежних судова за вођење ових поступака вођено је идејом да се спречи разноликост судске праксе. Функционална надлежност припада судији појединцу. Судије су биле дужне да прођу посебну обуку за рад у овим предметима, коју је спровела Правосудна академија.¹¹

Предлог за утврђивање чињеница, којим се покреће овај једностраначки ванпарнични поступак, могао је поднети родитељ, лице које сумња у своје порекло, као и брат, сестра, деда или баба несталог детета уколико ниједан родитељ није жив. Предлог у име ових лица могао је да поднесе и Заштитник грађана. Услов за разматрање предлога родитеља био је да се родитељ до дана ступања на снагу закона обраћао државним органима или породилишту ради сазнања чињеница о детету. У супротном, предлог се одбацује. Наведени услов се не поставља у односу на остале предлагаче. У предлогу је могао бити истакнут и захтев за досуђивање правичне новчане накнаде нематеријалне штете због повреде права на породични живот. Висина правичне новчане накнаде била је ограничена на 10.000 евра у динарској противвредности према званичном средњем курсу Народне банке Србије на дан доношења решења суда.¹²

Рок за подношење предлога био је ограничен на шест месеци од почетка примене закона, закључно са 3. 11. 2020. године.¹³ Уколико предлог не одбаци као неблаговремен или недопуштен, суд одлучује доношењем

10 Чланови 1 и 3 Закона о несталим бебама.

11 Чланови 4 и 5 Закона о несталим бебама.

12 Чланови 15, 16 и 25 Закона о несталим бебама. Ограничење горње границе новчане накнаде нематеријалне штете има очигледно упориште у пресуди *Зорица Јовановић против Србије*.

13 Члан 17 Закона о несталим бебама. Закон је ступио на снагу 11. 3. 2020. године, те је према законској одредби последњи дан рока за подношења предлога био 11. 9. 2020. године. Међутим, на територији Републике Србије било је проглашено ванредно стање 15. 3. 2020. године (Одлука о проглашењу ванредног стања, *Сл. гласник РС*, 29/2020), које је укинута 6. 5. 2020. године (Одлука о укидању ванредног стања, *Сл. гласник РС*, 65/2020). Рокови за покретање судских поступака престали су тећи за време ванредног стања (Уредба о роковима у судским поступцима за време ванредног стања проглашеног 15. 3. 2020. године, *Сл. гласник РС*, 38/2020). Ванредно стање је трајало 53 дана, колико и застој тока рока за подношење предлога, те је последњи дан рока за подношење предлога био 3. 11. 2020. године.

решења. Статус несталиг детета одређује се решењем о усвајању предлога тако што се утврђују чињенице о његовој смрти или чињенице које објашњавају шта се са несталим дететом догодило. Уколико се такве чињенице не могу утврдити, доноси се решење којим се констатује да не може да се утврди статус несталиг детета.¹⁴ Против првостепеног решења може се изјавити жалба, а против другостепеног решења ревизија није дозвољена.¹⁵

4. Предмет, циљ и методи емпиријског истраживања

Протеком рока за подношење предлога за покретање поступка ради утврђивања чињеница о статусу беба за које се сумња да су нестале и ради досуђивања накнаде нематеријалне штете, поједине одредбе Закона о несталим бебама престале су да важе. Имајући у виду сврху закона, да утврди статус деце за коју се сумња да су нестала и да тиме држава испуни своје обавезе утврђене пресудом *Зорица Јовановић против Србије*, оправдано је питање који су резултати примене закона. Другим речима, уколико је сврха закона била да реши питање статуса „несталих беба” у домаћем друштву, важно је испитати да ли је закон у томе успео у пракси.

Предмет спроведеног истраживања јесте сагледавање резултата примене Закона о несталим бебама. Временски оквир истраживања одређен је важењем одредаба Закона о несталим бебама за покретање поступака за утврђивање чињеница и за накнаду нематеријалне штете.¹⁶ Предлог за покретање поступка за утврђивање чињеница, који представља основно правно средство остваривања заштите у овим правним стварима, могао је бити поднет надлежном суду од 11. 3. 2020. до 3. 11. 2020. године. Истраживање је обухватило све поступке покренуте у овом периоду, пред сва четири надлежна суда у држави. На тај начин, истраживање је тежило свеобухватном испитивању резултата примене закона.

Циљ истраживања јесте испитивање да ли је закон остварио своју прокламовану сврху – утврђивање чињеница о статусу новорођене деце за коју се сумња да су нестала и, самим тим, испуњење обавезе државе из пресуде *Зорица Јовановић против Србије*. Емпиријско истраживање спроведено је применом статистичког метода и метода случајног узорка.

¹⁴ Члан 23 Закона о несталим бебама.

¹⁵ Чланови 26 и 27 Закона о несталим бебама.

¹⁶ Слична емпиријска истраживања, чији је предмет испитивања примена одређеног закона као целине, углавном имају утврђен временски оквир примене закона који сагледавају. Наводимо као пример истраживање о примени Закона о спречавању насиља у породици, које је обухватило шестомесечни период пре примене закона и упоредни шестомесечни период након почетка примене закона (Мојашевић, 2018: 445–462).

Адекватност изабраних метода огледа се у њиховој могућности да пружи слику о резултатима примене закона, поштујући начело тајности које важи у овим поступцима.

Припремљени су посебни обрасци за прикупљање статистичких података о резултатима примене закона.¹⁷ Прикупљени су следећи статистички подаци: о поднетим предлозима, о врсти предлагача, о решењима према врсти, о истакнутим захтевима за накнаду нематеријалне штете, о одлукама поводом захтева и о изјављеним жалбама, као и о потврђеним првостепеним решењима.

Методом случајног узорка истраживање је обезбедило увид у начин вођења поступака, изреке судских одлука и њихова образложења, са нарочитим освртом на одлучивање поводом захтева за накнаду нематеријалне штете. Захтев упућен судовима за достављање правноснажних решења садржао је услов да узорак нужно обухвати по једно решење којим је захтев за накнаду усвојен, односно одбијен, уз одлуку којом су утврђене чињенице о статусу детета и уз одлуку којом је констатовано да се не може утврдити статус детета. Такође, захтев је садржао и услов да узорак обухвати и један пар првостепеног и другостепеног решења у овим поступцима. На тај начин тежило се упознавању свих аспеката одлучивања суда о захтеву за досуђивање накнаде нематеријалне штете и осигурала се репрезентативност узорка. Виши судови у Нишу, Крагујевцу и Београду доставили су правноснажна решења донета у поступцима вођеним на основу Закона о несталим бебама, са анонимизираним личним подацима и без откривених података о чињеницама које су биле предмет утврђивања у току поступка.¹⁸ Истраживање методом случајног узорка тако је обухватило 27 предмета.¹⁹

17 Попуњене обрасце послали су виши судови у Крагујевцу, Београду и Новом Саду. Виши суд у Нишу истакао је да би одговарање на захтев за доставу података угрозило обављање основне надлежности суда услед оптерећености запослених у писарници. Такав одговор изискивао је лично ангажовање истраживачице ради прикупљања података у писарници Вишег суда у Нишу. Међутим, с обзиром на раније састављени извештај о примени Закона о несталим бебама, који је Виши суд у Нишу доставио Правосудној академији током априла 2023. године, потребни статистички подаци прикупљени су на основу извештаја и и статистичких прегледа који су доступни у АВП систему.

18 Одговор Вишег суда у Новом Саду био је да не може доставити решења због заштите података о личности и тајности података.

19 Достављено је укупно 21 првостепено решење и 3 првостепена решења са пратећим другостепеним решењем којим је одбијена жалба (дакле, 21 првостепено + 3 првостепена + 3 другостепена). Виши суд у Београду доставио је 10 првостепених решење и једно другостепено решење (Р5 3/20, Р5 44/20, Р5 46/20 и другостепено решење Гж 27/23, Р5 116/20, Р5 120/20, Р5 175/20, Р5 184/20, Р5 199/20, Р5 281/20, Р5 8/21).

5. Зорица Јовановић против Србије – пример чињеничног стања

Према чл. 10 Закона о несталим бебама, подаци који су тичу околности нестанка детета и утврђивања његовог статуса представљају тајне податке, те они нису предмет анализе овог рада. Ради потпуне слике на који начин су се догађаји одвијали и због чега се говори о „несталим бебама”, наводимо као пример чињенично стање из пресуде *Зорица Јовановић против Србије*.²⁰

Зорица Јовановић родила је здравог дечака 28. октобра 1983. године у Клиничком центру Ђуприје, са којим је имала редован контакт у складу са болничким процедурама два дана. Отпуштање из породилишта било је најављено за 31. октобар. Међутим, тог јутра, око 6.30 часова, Зорици Јовановић је речено да је беба преминула и да је тело послато за Београд на обдукцију, али резултате никад није добила. Тело бебе није видела, а о сахрани није обавештена. Како су медији од 2001. године почели да извештавају о бројним случајевима сумњивог нестанка беба из породилишта, Зорица Јовановић упутила је захтев Клиничком центру Ђуприје за доставу свих информација о смрти њеног сина. Према извештају Клиничког центра, њен син је преминуо у 7.15 часова 31. октобра 1983. године, од непознатог узрока. Наведено је да је остала документација уништена у поплавама које су се догодиле у међувремену. Са истим оправдањем уништене документације, ускраћена је информација да ли је и где је тело детета сахрањено. Од општинске управе Ђуприје добила је информацију да матична служба има забележену чињеницу рођења њеног сина, али не и чињеницу смрти. Општинска управа у два наврата потврдила је да Клинички центар Ђуприје није пријавио чињеницу смрти детета. Муж Зорице Јовановић поднео је кривичну пријаву против медицинског особља Клиничког центра Ђуприје због отмице детета, али је пријава одбачена јер постоје докази да је дете преминуло, односно да на то упућује наведени извештај Клиничког центра.

Виши суд у Крагујевцу доставио је шест првостепених решења и два другостепена решења (Р5 9/20, Р5 21/20, Р5 95/20 и другостепено Гж 26/21, Р5 3/21, Р5 3/22, Р5 1/23 и другостепено Гж 3/23). Виши суд Нишу доставио је осам првостепених решења (Р5 1/20, Р5 9/20, Р5 20/20, Р5 43/20, Р5 58/20 и након укидања првостепене одлуке новоформирани предмет у истој правној ствари Р5 1/23, Р5 69/20, Р5 106/20).

20 *Zorica Jovanović v. Serbia* (App. no. 21794/08) 26. 3. 2013. paras. 7–23.

6. О резултатима примене закона

6.1. Статистички подаци

Достављени статистички подаци пружају следећу слику о резултатима примене закона.²¹

Табела 1.

Поднети предлози и покренути судски поступци	Виши суд у Нишу	Виши суд у Крагујевцу	Виши суд у Београду	Виши суд у Новом Саду	Σ
Број поднетих предлога до 3. 11. 2020. године	99	143	305	104	651
Укупан број формираних предмета	143	158	347	140	788

До истека рока за подношење предлога 3. 11. 2020. године, судовима је поднет укупно 651 предлог за покретање поступка за утврђивање чињеница о статусу детета за које се сумња да је нестало. Највећи број предлога поднет је Вишем суду у Београду (305),²² Вишем суду у Крагујевцу (143) и Вишем суду у Новом Саду (104), док је најмањи број предлога поднет Вишем суду у Нишу (99). Број формираних судских предмета већи је од наведеног броја поднетих предлога из два разлога. Први, број предмета обухвата и предмете отворене поводом предлога поднетих након 3. 11. 2020 године, а који су одбачени као неблаговремени. Други, након укидања првостепене одлуке у другостепеном поступку, поводом истог предлога формиран је нови предмет. Тако, укупан број предмета пред Вишим судом у Београду је 347, у Новом Саду 140, у Крагујевцу 158 и у Нишу 143.

Начин завођења предмета у судским евиденцијама онемогућио је статистичко праћење ко је био подносилац предлога: да ли је предлог поднео родитељ, члан породице или лице које сумња у своје порекло. Када би родитељи истог детета поднели одвојене предлоге, суд је предмете спајао ради заједничког одлучивања. Такође, предлоге су подносили чланови породице, у случајевима када су родитељи умрли. Заштитник грађана поднео је три предлога Вишем суду у Београду, док пред осталим судовима није поднео ниједан предлог.

²¹ Приложене табеле приредила је ауторка.

²² Поред поменутих 305, још седам предлога поднето је Вишем суду у Београду, али ти подаци нису укључени у статистички преглед јер предмети по овим предлозима нису скенирани у АВП систему.

Табела 2.

Одлука суда	Виши суд у Нишу	Виши суд у Крагујевцу	Виши суд у Београду	Виши суд у Новом Саду	Σ
Усвојен је предлог и утврђена је чињеница смрти	7	3	7	0	17
Усвојен је предлог и утврђене су околности о статусу детета	0	0	0	0	0
Констатује се да се не може утврдити статус детета	68	95	183	79	425
Решено на други начин	24	45	115	25	209

Табела 2 приказује податке о врсти решења донетог у предметима формираним по предлозима за покретање поступка, поднетим до 3. 11. 2020. године (641). У чак 425 предмета од укупног броја донето је решење којим је констатовано да не може да се утврди статус детета (65%), док је само у 17 предмета утврђена чињеница смрти детета (3%). Ни у једном предмету нису утврђене чињенице које објашњавају шта се са несталим дететом догодило. У преосталом броју предмета (32%), решења су била процесног карактера: оглашавање месне ненадлежности суда, одбацивање због неблаговремености, одбацивање због ранијег необраћања државним органима, повучен предлог, прекид услед смрти предлагача и др. Овом скупу одлука припадају и одлуке о одбијању предлога за покретање поступка, иако је реч о мериторној одлуци, зато што су све оне у евиденцијама суда носиле ознаку „решено на други начин”. Представљени бројеви разложени по појединачним судовима изгледају другачије, како то приказује табела 2.

Табела 3.

Захтев за досуђивање правичне новчане накнаде нематеријалне штете	Виши суд у Нишу	Виши суд у Крагујевцу	Виши суд у Београду	Виши суд у Новом Саду	Σ
Број поднетих предлога	99	143	305	104	651
Број предлога у којима је истакнут захтев	92	142	291	79	604
Број предмета у којима је усвојен захтев	51	97	184	72	404
Утврђене чињенице и досуђена накнада	0	3	2	0	5
Констатује се да се не може утврдити статус детета и досуђена накнада	51	94	182	72	399
Број предмета у којима је одбијен захтев	14	1	4	6	25
Утврђене чињенице и одбијен захтев	7	0	4	0	11
Констатује се да се не може утврдити статус детета и одбијен захтев	7	1	0	6	14
Решено на други начин	27	44	103	1	175

Табела 3 представља колико је захтева за досуђивање правичне новчане накнаде нематеријалне штете било истакнуто уз предлог за покретање поступка за утврђивање чињеница о статусу детета за које се сумња да је нестало. Гледајући укупне бројеве, од поднетог 651 предлога, чак у 604 њих (93%) био је истакнут захтев за накнаду нематеријалне штете.

Захтев за досуђивање правичне новчане накнаде нематеријалне штете усвојен је у 404 предмета, што чини 67% од укупног броја истакнутих захтева. Од овог броја, у 399 предмета захтев је усвојен уз одлуку којом се констатује да не може да се утврди статус детета, а само у пет предмета уз одлуку којом се утврђују чињенице о статусу детета. У 25 предмета захтев је одбијен (4%), и то у 11 предмета уз одлуку којом се утврђују чињенице о статусу детета и у 14 предмета уз одлуку којом се констатује да се не могу утврдити чињенице. У 175 предмета одлука о предлогу била је процесног карактера или је предлог одбијен, те о захтеву није ни одлучивано (29%). Подаци о одлучивању у предметима пред појединачним судовима приказани су у табели 3.

Табела 4.

Жалба	Виши суд у Нишу	Виши суд у Крагујевцу	Виши суд у Београду	Виши суд у Новом Саду	Σ
Број предмета у којима је изјављена жалба против првостепеног решења	26	17	73	17	133
Број потврђених првостепених одлука	-	11	35	11	57

Против првостепеног решења изјављена је жалба у укупно 133 предмета, што представља 20% од укупног броја поднетих предлога. Првостепено решење је потврђено у по 11 предмета у Новом Саду и Крагујевцу и у 35 предмета у Београду.²³ То значи да је у 43% случајева потврђена првостепена одлука. У осталим случајевима одлука суда била је процесног карактера (жалба је одбачена или је повучена) или је, након одлучивања у меритуму, предмет враћен првостепеном суду на поновно одлучивање.

6.2. Квалитативни подаци

Истраживање методом случајног узорка обезбедило је квалитативни увид у вођење поступка и начин судијског одлучивања. Истраживачки узорак обухватио је 27 решења, од чега 22 правноснажна првостепена решења. Структура решења према њиховој врсти је следећа:

- два решења којим је одбачен предлог за утврђивање чињеница;
- два решења којима је одбијен предлог за утврђивање чињеница;
- три решења којима утврђено да је дете преминуло и усвојен је захтев за накнаду штете;
- три решења којима је утврђено да је дете преминуло и одбијен је захтев за накнаду штете;
- 14 решења којима је констатовано да се не може утврдити статус детета и усвојен је захтев за накнаду штете;
- два другостепена решења којим је одбијена жалба против решења да се не може утврдити статус детета и 1 другостепено решење којим се одбија жалба против решења о одбијању предлога за утврђивање чињеница.

У истраживачком узорку нема решења којима је констатовано да се не може утврдити статус детета и одбијен је захтев за накнаду нематеријалне штете. Имајући у виду да је достава таквог решења, ако га је било, тражена, закључујемо да их у пракси судова није било.

²³ Евиденција Вишег суда у Нишу није обезбедила овај податак.

Оваква структура истраживачког узорка одговара статистичком приказу резултата примене закона, те је репрезентативност узорка потврђена.

У овим ванпарничним поступцима *јавност је искључена*, у складу са начелом поверљивости из чл. 10 Закона о несталим бебама. Суд може, на захтев предлагача, да одлучи да поступак у целини или делимично буде отворен за јавност. Само у три предмета у истраживачком узорку поступак је био отворен за јавност, која чињеница је била наведена у уводу решења. Чињеница да је јавност била искључена у поступку није констатована у осталим решењима, али с обзиром на то да је реч о правилу у овим поступцима, сматрамо да је из тог разлога њено посебно истицање изостало.

Предлог за покретање поступка ради утврђивања чињеница одбачен је у једном случају јер родитељ није испуњавао законом прописани услов претходног обраћања државним органима или установама у вези статуса детета за које сумњају да је нестало. Родитељи уз предлог нису поднели доказ о овој чињеници, нити су одговорили на захтев суда за достављање доказа. На основу обавештења подручне полицијске управе и надлежног јавног тужилаштва, суд је утврдио да нема података да су се родитељи пре ступања Закона о несталим бебама обраћали државним органима у вези њиховог детета. Предлог је садржао и захтев за досуђивање правичне новчане накнаде нематеријалне штете. У другом случају, предлог је одбачен јер је поднет неблаговремено, 4. 11. 2020. године, након истека законом утврђеног рока од шест месеци за подношење предлога. У оба предмета, предлоге су поднели родитељи.

Предлог за покретање поступка ради утврђивања чињеница је *одбијен* у два предмета. У једном случају предлог је одбијен јер из изведених доказа није утврђено да је предлагач-мајка заиста била трудна у спорном периоду и да се породила у породицишту. Суд је у складу са истражним начелом из чл. 8 Закона о несталим бебама затражио медицинску и правну документацију од државних органа и установа која се односе на трудноћу, порођај и лечење предлагачице ради утврђивања спорних чињеница. Предлагачица није доставила ниједан писани доказ о својој трудноћи и порођају. Стога је суд одбио предлог за покретање поступка и истакнути захтев за досуђивање правичне новчане накнаде нематеријалне штете. У другостепеном поступку, апелациони суд је одбио жалбу и потврдио првостепено решење.

У другом случају предлог је одбијен јер је суд утврдио да је извршена операција киретаже материчне дупље након спонтаног побачаја. У овом предмету судска одлука је гласила да се утврђује да је извршена наведена операција, без формалног истицања одлуке о одбијању предлога. У образложењу је изричито наведено да предлагачи-родитељи нису

активно легитимисани за подношење предлога за утврђивање чињеница у складу са Законом о несталим бебама. Одбијен је и захтев за досуђивање правичне новчане накнаде нематеријалне штете.

Суд је *утврдио чињеницу смрти* детета за које су предлагачи-родитељи сумњали да је нестало у шест случаја. У свих шест случајева суд је утврдио чињеницу да је дете преминуло на основу медицинске документације коју је доставила одговарајућа здравствена установа, односно на основу извештаја и извода одговарајуће матичне службе и извештаја погребних предузећа, након што је утврдио да веродостојност документације није оспорена и да она није међусобно контрадикторна. У три предмета предлагач је била мајка, у два предмета отац и у једном предмету родитељи заједно. Уз свих шест предлога био је истакнут захтев за досуђивање правичне новчане накнаде нематеријалне штете.

У три од шест предмета где је утврдио чињеницу смрти детета, суд је *досудио правичну новчану накнаду нематеријалне штете* у износу од 10.000 евра у динарској противвредности по званичном курсу Народне банке Србије на дан доношења решења, са законском затезном каматом од дана доношења решења до коначне исплате.

У предмету А, суд је утврдио да је дете преминуло и место где је дете сахрањено. Здравствена установа где се супруга предлагача породила није поседовала медицинску документацију о порођају и смрти детета, али су релевантне чињенице утврђене на основу упоређивања података у извештајима здравствених установа где је новорођена беба лечена, матичних служби и погребног предузећа. Суд је усвојио захтев за досуђивање накнаде „нематеријалне штете због повреде права на породични живот”, позивајући се на одредбе Европске конвенције, Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама, и Закона о несталим бебама. У образложењу суд је истакао да предлагач од рођења детета трпи душевне болове „јер му тело детета након смрти није показано нити предато, како би могао да га сахрани у складу са својим верским убеђењима и локалним обичајима, тако да је предлагач остао ускраћен у праву да као родитељ сазна коначну истину о судбини свог детета, због чега је изложен непрекидној патњи, а што му је трајно нарушило лични и породични живот.”

У предмету Б, суд је утврдио да је дете преминуло, на основу доступне медицинске документације и извештаја надлежне матичне службе, али није могао да утврди шта се догодило са телом детета. Суд је усвојио захтев за досуђивање накнаде „нематеријалне штете због повреде права на породични живот”, и у образложењу истакао да предлагачица од рођења детета трпи душевне болове „због неизвесности и недостатака доказа о чињеници шта се десило са телом њеног преминулог детета”, да

јој тело детета није показано нити предато, да није добила обавештење где је дете сахрањено нити је њена сагласност за сахрану тражена, што ју је све изложило непрекидној патњи и трајно нарушило лични и породични живот. Приликом одлучивања, суд је водио рачуна о критеријумима утврђеним у чл. 200 Закона о облигационим односима.²⁴

Једнако као и у претходном случају, у предмету В суд је утврдио да је дете преминуло, на основу доступне медицинске документације и извештаја надлежне матичне службе, али није могао да утврди шта се догодило са телом детета. Као и у претходна два примера, суд је усвојио захтев за досуђивање накнаде „нематеријалне штете због повреде права на породични живот”. Утврђено је да је дошло до повреде чл. 8 Европске конвенције „јер предлагачу није било омогућено да види тело свог детета, нити је добио било какво обавештење о месту на којем је његово дете сахрањено, нити пак званично обавештење уз евентуалну сагласност за сахрањивањем детета”. Нарочито је истакнуто да „душевни болови због повреде права на породичан живот представљају јединствен вид штете који обухвата све штетне последице везане за личност предлагача, као оштећеног, проистекле из неправилног рада државних органа”.

У три предмета где је утврдио чињеницу смрти детета, суд је одбио захтев за досуђивање правичне новчане накнаде нематеријалне штете, која је тражена у износу од 10.000 евра у динарској противвредности.

У предмету Г, образложење суда било је да је утврђено да је „дете преминуло након рођења услед здравствених проблема, што значи да није нестало из породици” и да предлагачи нису сумњали у веродостојност такве информације и у упис чињенице смрти детета у матичној књизи. Зато што су такве информације потврђене, те су предлагачи од самог порођаја имали поуздане информације о смрти свог детета, то је суд закључио да нема повреде права на поштовање породичног живота. Нарочито је значајно утврђење суда да предлагачи до сазнања о удружењима родитеља који трагају за својом децом нису сумњали да је њихово дете преминуло и да се нису обраћали ниједном од државних органа или здравствених установа у вези свог детета за које сумњају да је нестало. Међутим, суд није одбио предлог за покретање поступка из разлога јер је кривична пријава поднета надлежном јавном тужилаштву током 2021. године, иако време указује да је кривична пријава поднета након ступања на снагу Закона о несталим бебама.

У предмету Д, суд је утврдио да је дете преминуло у здравственој установи и да је сахрањено на гробљу на парцели са посебном наменом. У образложењу одлуке о одбијању захтева за надокнаду нематеријалне

24 Сл. лист СФРЈ, 29/1978, 39/1985, 45/1989 – одлука УСЈ и 57/1989, Сл. лист СРЈ, 31/1993, Сл. лист СЦГ, 1/2003 – Уставна повеља и Сл. гласник РС, 18/2020.

штете суд је истакао да није дошло до повреде права на породичан живот из чл. 8 Европске конвенције јер се мајка предлагачице, која је у време порођаја била њен законски заступник, побринула око сахране преминулог детета, што значи да јој је било омогућено да види тело детета и било јој је познато време и место сахране.

У правној ствари Ђ, суд је утврдио чињеницу смрти детета и одбио захтев за накнаду нематеријалне штете у поновљеном поступку, након укидања првостепене одлуке којом је констатовано да се не може утврдити статус детета и досуђена накнада нематеријалне штете. Дакле, у правној ствари Ђ разликујемо два првостепена решења. Приликом првог одлучивања суд је истакао да јавне исправе достављене као докази нису довољне да би се утврдио статус детета, у складу са чл. 18 Закона о несталим бебама. Поновном оценом доказа, а нарочито медицинске документације која је обухватала и обдукциони налаз, и упоређивањем података са извештајима одговарајућих државних органа и јавних предузећа, утврђено је да дете јесте преминуло, али да не може да се утврди где се налазе његови посмртни остаци. У образложењу одлуке о одбијању захтева за накнаду нематеријалне штете истакнуто је да је душевна патња предлагача-родитеља због губитка детета извесна, али да не представља повреду права на породични живот јер је изостало „неадекватно поступање државних органа и јавних служби, који су могли да створе сумњу шта је стварна судбина детета”. Таква сумња која би представљала вид повреде права на поштовање породичног живота предлагача морала би бити „заснована на недостацима и противуречностима у медицинској документацији и административним уписима који објективно код просечне особе могу изазвати сумњу о стварној судбини новорођеног детета”. Наведено првостепено решење донето у поновљеном поступку није било правноснажно у тренутку окончања истраживања, те због датума доношења решења и протекла рока за жалбу закључујемо да је ожалбено.

У 13 предмета (14, укључујући укинута првостепену одлуку у правној ствари Ђ) суд је донео одлуку којом *констатује да се не може утврдити статус детета* за које се сумња да је нестало и досуђена је правична новчана накнада нематеријалне штете. Одлука се заснивала на потпуном одсуству медицинске документације, односно на медицинској документацији чија је веродостојност података била угрожена, на изостанку уписа чињенице смрти у одговарајућим матичним службама, као и на недостатку извештаја здравствене установе о кремирању или погребних предузећа о сахрани тела детета. Предлагач је у седам предмета била мајка, у једном предмету отац и у пет предмета родитељи заједно.

Изрека решења Вишег суда у Београду имала је карактеристичан облик: након што је у првом ставу решења констатовано да се не може утврдити статус детета, у другом ставу је утврђена одговорност здравствене установе где је дете преминуло, а потом је у трећем ставу досуђена накнада нематеријалне штете. Такво утврђење одговорности здравствене установе нису садржала остала решења у истраживачком узорку.

Када је реч о досуђивању накнаде нематеријалне штете, сва решења у истраживачком узорку имала су идентичну формулацију изреке, да се досуђује „правична новчана накнада нематеријалне штете због повреде права на породичан живот”. У девет предмета досуђена је накнада нематеријалне штете у износу од 10.000 евра у динарској противвредности, са законском затезном каматом од дана доношења решења до коначне исплате. У три предмета досуђена је накнада у максималном износу од 10.000 евра у динарској противвредности, без законске затезне камате, а у складу са опредељеним тужбеним захтевом. У последњем, тринаестом предмету накнада је досуђена у износу од 1.175.806,00 динара, а тужбени захтев је у преосталом износу до тражених 1.200.000,00 динара одбијен. Исплата законске затезне камате на досуђени износ није тражена. Досуђени износ накнаде представља динарски еквивалент 10.000 евра по средњем курсу Народне банке Србије на дан доношења решења. У предметима где су родитељи били предлагачи, сваком предлагачу је досуђена накнада у максималном износу.

Образложење одлуке о усвајању захтева за накнаду нематеријалне штете је слично у свим одлукама у истраживачком узорку. Иако изрека не садржи опредељење вида нематеријалне штете, у образложењу се истиче да је реч о нематеријалној штети „за душевне болове које трпе због неизвесности и недостатка доказа да је њихово дете заиста преминуло, а која ситуација је последица незаконитог и неправилног рада државних органа, односно установе, и то у вези са обавезом уредног вођења медицинске документације, односно матичне евиденције за рођена и умрла лица”. Суд је утврђивао повреду чл. 8 Европске конвенције „јер предлагачу није било омогућено да види тело свог детета, нити је добио било какво обавештење о месту на којем је његово дете сахрањено, нити пак званично обавештење уз евентуалну сагласност за сахрањивањем детета”.

Чињенице које је суд ценио, одлучујући о висини накнаде нематеријалне штете, биле су трајање неизвесности о судбини детета, непоузданост информације о смрти детета услед изостанка писаних доказа и непружене могућности да преузму тело детета и сахране га у складу са верским убеђењима и локалним обичајима, године живота

предлагача и да ли је била реч о првој трудноћи. Ни у једном поступку није спроведено медицинско вештачење предлагача ради утврђивања интензитета душевних болова, односно њихове јачине и трајања. Суд је постојање душевних болова сматрао извесном и неспорном чињеницом, констатовао је трајање ових болова, као што је претходно наведено, али није ценио нити се изјашњавао о јачини ових болова. Истицано је да претрпљени душевни болови представљају „јединствени вид штете који обухвата све штетне последице везане за личност предлагача као оштећеног проистекле из неправилног рада државних органа”. Поједина решења су у образложењу садржала наводе о претрпљеним душевним боловима и *страху*. Спорадично, суд се у образложењима позивао на чл. 200 Закона о облигационим односима.

У образложењу решења суд је нарочито нагласио да правична новчана накнада има за циљ да пружи материјалну сатисфакцију, односно да накнада може предлагачима пружити „задовољење потреба које се не би могле подмити и у одређеној мери им олакшати живот и ублажити бол који и даље трпе”. У том смислу, суд је истицао да досуђена правична новчана накнада „омогућава задовољење да би се успоставила психичка и емотивна равнотежа која је постојала пре овог догађаја, у мери у којој је то могуће”.

У појединим предлозима за покретање поступка ради утврђивања чињеница, предлагачи су истицали захтев да се примерак решења достави надлежном јавном тужилаштву ради одређивања потраге за несталим лицем и надлежној полицијској управи ради објављивања расписа потраге за несталим лицем. У овом делу предлог предлагача је одбациван, са образложењем да такав захтев „излази из оквира надлежности суда који решава о имовинско-правним захтевима”, а која надлежност је прописана Законом о парничном поступку и Законом о несталим бебама.

7. Закључна разматрања

Пресуда *Зорица Јовановић против Србије* била је прва и, до сада, једина пресуда донета у случајевима „несталих беба” против Србије. Расправа по поднетим представкама које се тичу сличног чињеничног стања била је одложена. Према чл. 35, ст. 2, тач. 2 Европске конвенције, Европски суд за људска права не поступа по појединачној представи која је у суштини истоветна са представком коју је суд већ разматрао, а која не садржи нове релевантне чињенице. У складу са наведеним, суд није разматрао представке које су поднете након доношења пресуде у предмету *Зорица Јовановић против Србије*, а чије је чињенично стање било суштински слично. Значај ове пресуде је нарочит јер је држави

наметнута обавеза успостављања механизма за обезбеђење појединачног обештећења свим родитељима у сличним ситуацијама, обухватајући пружање поузданог одговора о судбини сваког детета и одговарајућу накнаду, када је то правично. Усвајање Закона о несталим бебама требало је да представља испуњење такве обавезе.

Статистички подаци и квалитативни увид у резултате примене закона показују да закон није остварио своју прокламовану сврху – утврђивање чињеница о статусу новорођене деце за коју се сумња да су нестала из породициштва.

Поднет је укупно 65 предлог за покретање поступка ради утврђивања чињеница. Такав податак је изненађујући с обзиром на процене о броју несталих беба. Међутим, оправдање овог броја је двоструко: прво, примена закона је била ограничена на чињенично сличне случајеве са предметом *Зорица Јовановић против Србије*; друго, остављен је релативно кратак преклузивни рок за подношење овог предлога за покретање поступка. Резултат одлучивања судова био је да је у 65% предмета констатовано да не може да се утврди статус детета за које се сумња да је нестало, док је у 32% предмета донета одлука процесног карактера. Само у 3% предмета утврђена је чињеница смрти детета и ни у једном предмету нису утврђене околности које објашњавају шта се са дететом догодило. Дакле, резултати примене закона показују да није остварен основни циљ закона – утврђивање чињеница о статусу новорођене деце за коју се сумња да су нестала. Напротив, преовлађујући резултат примене закона јесте констатовање чињенице да се *не може утврдити* шта се догодило са децом за коју се сумња да су нестала. Петина од укупног броја предмета били су предмет разматрања од стране другостепеног суда у поступку по жалби.

По правилу, предлог за покретање поступка ради утврђивања чињеница садржао је и захтев за одлучивање о досуђивању правичне новчане накнаде нематеријалне штете – у чак 93% предмета. Одлука суда била је да је захтев усвојен у 67%, док је 29% предмета поступак окончан процесном одлуком или одлуком о одбијању предлога за покретање поступка, те о захтеву није одлучивано. Таква слика показује да је, по правилу, захтев за досуђивање накнаде нематеријалне штете усвајан и да је одбијен само у 4% предмета.

Поступци су вођени у складу са истражним начелом и начелом поверљивости, по правилу. У највећем броју случајева, начело хитности је остварено. Постојање неправноснажног решења у истраживачком узорку, чак три године након подношења предлога за покретање поступка, показује да у појединим случајевима начело хитности није поштовано.

Изреке судских одлука су, по правилу, веома сличне, што је последица једнообразности рада судова и једнообразности предлога предлагача. Изрека решења пратила је наратив чл. 23 Закона о несталим бебама: „усваја се предлог и утврђује се да је дете (...)” и „Констатује се да се не може утврдити статус детета (...)”. Међутим, једна битна разлика је уочена. Једино је Виши суд у Београду у изреци решења утврђивао која је установа, односно орган одговоран за нестанак детета. Дужност суда да утврди ко је одговоран за нестанак детета је прописана у чл. 23, ст. 5 Закона о несталим бебама.

Изрека о усвајању захтева за досуђивање правичне новчане накнаде нематеријалне штете је иста у свим решењима у истраживачком узорку. Одлука да се досуђује накнада „нематеријалне штете због повреде права на породичан живот” у складу је са чл. 24 Закона о несталим бебама. Међутим, таква судска одлука није у складу са Законом о облигационим односима, који у чл. 155 нематеријалну штету одређује као *наношење другогме физичког или душевног бола или страха*. Такође, у чл. 200 Закона о облигационим односима прописано је да се правична новчана накнада може досудити за *душевне болове због повреде права личности*, у која спада и повреда права на *поштовање* породичног живота. Ова „мала” разлика у формулацији постаје значајна ако имамо у виду усвојени став у домаћој судској пракси да се тужбени захтев одбија ако нису опредељени видови нематеријалне штете чија се накнада тражи, односно ако суд не може да определи видове нематеријалне штете на основу утврђеног чињеничног стања.²⁵ Дакле, иако предлагачи нису определили у својим захтевима вид нематеријалне штете (душевни болови), на суду је било да то учини приликом одлучивања о захтеву. Поштовање формулације посебног закона, по принципу *lex specialis derogat legi generali*, доводи у питање разлике између два закона.

У образложењу одлука о досуђивању накнаде нематеријалне штете правилно је истицано да је предлагач претрпео душевне болове (спорадично и страх) и да се правична новчана накнада досуђује ради сатисфакције. Постојање душевних болова суд је узимао као извесну чињеницу, утврђену на основу исказа предлагача. Међутим, суд није утврђивао интензитет болова, већ је приликом одлучивања о висини правичне новчане накнаде узимао у обзир, између осталог, трајање неизвесности о правој судбини детета и немогућност предлагача да сахрани дете у складу са верским убеђењима и локалним обичајима.

У свим решењима у истраживачком узорку била је досуђена накнада нематеријалне штете у максималном износу од 10.000 евра у динарској противвредности, са једним изузетком. Закон о несталим бебама одредио

25 Решење Врховног касационог суда Рев 584/2010 од 11. 2. 2010. године.

је горњу границу правичне новчане накнаде са очигледним упориштем у пресуди *Зорица Јовановић против Србије*. Валутна клаузула служи да осигура вредност накнаде у условима флукуације девизног курса, односно да спречи обезвређивање новца. Валутна клаузула је везана за датум доношења решења. Није примерено да судови, представници треће гране власти једне правне државе, у изрекама својих одлука користе валутну клаузулу уколико су све релевантне чињенице познате: износ, датум доношења решења и курс евра. Према чл. 53 Закона о Народној банци, новчана јединица Републике Србије је динар. Иако чл. 54 истог закона дозвољава да посебни закон уреди регулисање новчаних обавеза између лица на други начин, то у наведеном примеру Закона о несталим бебама није случај. Закон о несталим бебама користи валутну клаузулу, али не регулише извршавање обавезе у еврима. Обавеза исплате правичне новчане накнаде терети буџет Републике Србије и исплатиће се у динарима као законском средству плаћања у Републици Србији. Судске одлуке гласе на 10.000 евра у динарској противвредности, уместо да управо та динарска противвредност буде досуђена, с обзиром на то да није од значаја курс на дан исплате, но на дан доношења решења. Таква судска одлука не би представљала промену тужбеног захтева, зато што је и тужбени захтев опредељен на динарску противвредност *на дан доношења решења*. Само у једном предмету у истраживачком узорку суд је досудио накнаду у износу од 1.175.800,00 динара. Овај предмет изузетак је само због изражене накнаде у динарима; по својој вредности, ова накнада је еквивалент износу од 10.000 евра. Одлука суда у овом случају била је опредељена тужбеним захтевом, а не схватањем суда о значају доношења својих одлука поштујући домаћу новчану јединицу.

Додатно је питање досуђивања законског максимума накнаде штете у свим решењима у истраживачком узорку. Уколико је упоредник пресуда *Зорица Јовановић против Србије*, онда је оправдано досудити накнаду у износу од 10.000 евра само када је чињенично стање исто: вршена је обукција детета, али обдукционог извештаја нема; медицинска документација је уништена; чињеница смрти није пријављена надлежној матичној служби; нема података да ли је тело детета сахрањено; предлагач више од 20 година тражи од државних органа информације о свом детету. Истраживачки узорак показује да је накнада од 10.000 евра досуђивана и када је утврђено да је дете преминуло и да је сахрањено, али је непознато место сахране. Међутим, одсуство разлике у износима накнада условљено је неупоредивошћу повреда нематеријалних добара. Успостављање скале накнада у овим случајевима компромитује субјективну природу нематеријалне штете (Караникић Мирић, 2013: 124), која се не може

новчано изразити, већ досуђена новчана накнада треба да служи као сатисфакција.

Основни утисак који се стиче јесте да је досуђивање правичне новчане накнаде нематеријалне штете главни резултат примене Закона о несталим бебама. Стога ово питање захтева додатну пажњу неких нових истраживања. Са 97% предмета у којима је констатовано да се не може утврдити шта се са дететом догодило или је поступак окончан процесним решењем, проблем „несталих беба” остаје нерешен у домаћем друштву.

Литература и извори

Драшкић, М. (2017). Пресуда Европског суда за људска права *Zorica Jovanović v. Serbia*: какве обавезе следе?. *Зборник радова са међународног научног скупа „Дани породичног права, Одјеци праксе Европског суда за људска права у националним породичним правима”*. 5. 29–46.

Драшкић, М. (2020). Трећи чин афере „Нестале бебе” у Србији: Закон о утврђивању чињеница о статусу новорођене деце за коју се сумња да су нестала из породицишта у Републици Србији. *Зборник радова „Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије”*. 10. 23–39.

Закон о облигационим односима. *Сл. лист СФРЈ*. Бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989 – одлука УСЈ и 57/1989. *Сл. лист СРЈ*. Бр. 31/1993. *Сл. лист СЦГ*. Бр. 1/2003 – Уставна повеља. *Сл. гласник РС*. Бр. 18/2020.

Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (са протоколима). *Сл. лист СЦГ – Међународни уговори*. Бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005 – испр. *Сл. гласник РС – Међународни уговори*. Бр. 12/2010 и 10/2015.

Закон о утврђивању чињеница о статусу новорођене деце за коју се сумња да су нестала из породицишта у Републици Србији. *Сл. гласник РС*. Бр. 18/2020.

Караникић Мирић, М. (2013). *Објективна одговорност за штету*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Милић, Т. (2019). Емпиријско истраживање права: Револуција или немогућа мисија?. *Анали Правног факултета у Београду*. 3. 95–123.

Мојашевић, А. Арсенијевић, Б. (2018). Анализа примене Закона о спречавању насиља у породици пред основним судом у Нишу. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 80. 445–462.

Одлука о образовању Анкетног одбора ради утврђивања истине о новорођеној деци несталој из породицишта у више градова у Србији. *Сл. гласник РС*. Бр. 44/2005.

Одлука о проглашењу ванредног стања. *Сл. гласник РС*. Бр. 29/2020.

Одлука о укидању ванредног стања. *Сл. гласник РС*. Бр. 65/2020.
Уредба о роковима у судским поступцима за време ванредног стања
проглашеног 15. 3. 2020. године. *Сл. гласник РС*. Бр. 38/2020.
Устав Републике Србије. *Сл. гласник РС*. Бр. 98/2006.

Zorica Jovanović v. Serbia (App. no. 21794/08) 26. 3. 2013.

Решење Врховног касационог суда Рев 584/2010 од 11. 2. 2010. године.

<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.*

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ (M51)

УПУТСТВО АУТОРИМА

Опште напомене	Рукопис рада компјутерски обрадити коришћењем програма <i>Word</i> , у фонту <i>Times New Roman</i> ћирилица (Serbian-Cyrillic), (осим оригиналних латиничних навода), величина фонта 12 pt , размак између редова 1,5. Формат странице треба да буде A4 .
Обим рада	Један ауторски табак - рад не треба да има више од 40.000 карактера, односно 6.000 карактера када се ради о приказима, укључујући размаке.
Језик и писмо	Језици на којима се могу објављивати радови су српски, енглески, руски, француски и немачки.
Наслов рада	Наслов рада куцати величином фонта 14 pt, bold , Times New Roman Наслов рада приложити и на енглеском језику.
Аутор(и)	Не уносити име(на) аутора у текст рада да би се обезбедила анонимност рецензирања. Подаци о аутору(има) биће доступни редакцији преко Асистент програма.
Подаци о пројекту или програму*	На дну прве странице текста, треба навести у фусноти следеће: Назив и број пројекта, назив програма, назив институције која финансира пројекат.
Подаци о усменом саопштењу рада*	Ако је рад био изложен на научном скупу у виду усменог саопштења под истим или сличним називом, податак о томе треба навести у оквиру посебне напомене на дну прве стране текста (фуснота).
Апстракт	Апстракт садржи 100-250 речи.
Кључне речи	Не више од 10 кључних речи на српском и енглеском језику (Key words).
Напомена о анонимности	У тексту се не смеју користити изрази који упућују или откривају идентитет аутора (нпр. „о томе видети у нашем раду...“ или „...мој рад под називом ...“ и слично). Неопходно је избрисати из самог документа било коју персоналну информацију/име које упућује на аутора. Могу се приложити документи у чијем опису као и тексту нема персоналних информација.
Структура текста	<ol style="list-style-type: none"> 1. Увод 2. Поднаслов 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Поднаслов 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Поднаслов 3 3. Поднаслов 2 4. Закључак <p>Наслови и поднаслови пишу се фонтом 12 pt, bold.</p>
Литература (References)	Пише се након текста, као посебна секција. Поређати све јединице азбучним редом по презимену аутора, а код истог аутора, по години издавања (од најновије до најстарије). Молимо ауторе да искључе команду numbering, тј. без бројева испред. (Погледати табелу на крају упутства).
Резиме (Summary)	Пише се на крају текста после Литературе, дужине до 2 000 карактера (укључујући размаке), на српском и енглеском језику.
Табеле, графикони, слике	Табеле урадити у Wordu или Excelu. Фотографије, графиконе или слике доставити у формату .jpg.
Ауторска права	Аутори радова потписују сагласност за пренос ауторских права. Изјаву преузети овде .
Достава радова	Радови се предају путем онлајн система за електронско уређивање АСИСТЕНТ, https://asecstant.ceon.rs/index.php/zrpf/index ПРИЛИКОМ ПРЕДАЈЕ РУКОПИСА ПОТРЕБНО ЈЕ ДА АУТОРИ ПОПУНЕ СВЕ ПОДАТКЕ О СЕБИ У РУБРИЦИ "МЕТАПОДАЦИ" (АФИЛИЈАЦИЈА, ЗВАЊЕ, СТАТУС, ИНСТИТУЦИЈА, ГРАД, ДРЖАВА), КАО И КЉУЧНЕ РЕЧИ ЗА РУКОПИС.

* Ови подаци уносе се само у случају да рад испуњава наведене услове (пројекат или саопштење)

УПУТСТВО ЗА ЦИТИРАЊЕ ЛИТЕРАТУРЕ

Навођење цитата треба урадити у тексту, као што је наведено у упутству. **Фус нота** користити само када је неопходно пружити додатно објашњење или пропратни коментар, као и у случају позивања на нормативни акт, службена гласила и одлуке судова.

Цитати и позиви на литературу у тексту и листа библиографских јединица на крају текста морају се у потпуности слагати. Сваки цитат из текста и позив на литературу мора да се нађе на листи библиографских јединица, односно, свака библиографска јединица наведена у литератури мора да се нађе у тексту. Позив на библиографске јединице наводи се у оригиналном писму, без превеођења.

Врста рада	Референце – литература	Цитирање у тексту
Књига, 1 аутор	Келзен, Х. (2010). <i>Општа теорија права и државе</i> . Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.	(Келзен, 2010: 56)
Књига, Више аутора	Dimitrijević, V. Popović, D. Papić, T. Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Београд: Београдски центар за људска права.	Прво цитирање у тексту: (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) Наредно цитирање у тексту: (Dimitrijević et al. 2007: 200)
Колективно ауторство	<i>Oxford Essential World Atlas</i> . (1996). 3.ed. Oxford: Oxford University Press.	(Oxford, 1996: 245)
Рад или део књиге која има приређивача	Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U Pavlović, V. i Orlović, S. (Prir.). <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> . Београд: Konrad Adenauer Stiftung. 279-289.	(Nolte, 2007: 280)
Чланак у часопису	Марковић, Р. (2006). Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед. <i>Анали Правног факултета у Београду</i> . 2(LIV). 5-46	(Марковић, 2006: 36)
Енциклопедија	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> . Vol. 2. Tokyo: Kodansha. 1-3.	(Pittau, 1983: 3)
Институција као аутор	Републички завод за статистику. (2011). <i>Месечни статистички билтен</i> . Бр. 11.	(Републички завод за статистику, 2011)
Прописи	Закон о основама система васпитања и образовања. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 62. 2004.	Фус нота: Чл. 12. Закона о основама система васпитања и образовања, <i>Сл. гласник РС</i> , 62/04
Судске одлуке	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 или <i>Отојуди v УК</i> (2010) 51 EHRR 10 или Одлука Уставног суда IY-197/2002. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 57. 2003.	Фус нота: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] или Одлука Уставног суда IY-197/2002
Електронски извори	Wallace, A.R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Преузето 15.11.2005. http://www.gutenberg.org/etext/2530 или European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 24.5.2007. http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	Навођење у тексту: (Wallace, 2001) Фус нота: European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 24.5.2007. http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp

ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU (M51)

UPUTSTVO AUTORIMA

Opšte napomene	Rukopis rada kompjuterski obraditi korišćenjem programa <i>Word</i> , u fontu <i>Times New Roman</i> 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 projekat.
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	<ol style="list-style-type: none"> 1. Uvod 2. Podnaslov 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Podnaslov 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Podnaslov 3 3. Podnaslov 2 4. Zaključak <p>Naslovi i podnaslovi pišu se fontom 12 pt, bold.</p>
Literatura (References)	Piše se nakon teksta, kao posebna sekcija. Poredati 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/zrpfm/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 prevodenja.

Vrsta rada	Reference – literatura	Citiranje u tekstu
Knjiga, 1 autor	Kelzen, H. (2010). <i>Opšta teorija prava i države</i> . Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu	(Kelzen, 2010: 56)
Knjiga, Više autora	Dimitrijević, V., Popović, D., Papić, T., Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Beograd: Beogradski centar za ljudska prava	Prvo citiranje u tekstu: (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) Naredno citiranje u tekstu: (Dimitrijević et al., 2007: 200)
Kolektivno autorstvo	<i>Oxford essential world atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press	(Oxford, 1996: 245)
Rad ili deo knjige koja ima priređivača	Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U V. Pavlović i S. Orlović (Prir.), <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> (str. 279-289). Beograd: Konrad Adenauer Stiftung	(Nolte, 2007: 280)
Članak u časopisu	Marković, R. (2006). Ustav Republike Srbije iz 2006 – kritički pogled. <i>Anali Pravnog fakulteta u Beogradu</i> . 2(LIV). 5-46	(Marković, 2006: 36)
Enciklopedija	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha	(Pittau, 1983: 3)
Institucija kao autor	Republički zavod za statistiku. <i>Mesečni statistički bilten</i> . Br. 11 (2011)	(Republički zavod za statistiku, 2011)
Propisi	Zakon o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja. <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 62 (2004)	Fusnota: Čl. 12. Zakona o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja, <i>Sl. glasnik RS</i> , 62/04
Sudske odluke	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 ili <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002, <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 57 (2003)	Fusnota: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ili Odluka Ustavnog suda IU-197/2002
Elektronski izvori	Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15, November 2005, from http://www.gutenberg.org/etext/2530 ili European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24, May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	Navođenje u tekstu: (Wallace, 2001) Fusnota: European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24, May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp

Collection of Papers, Faculty of Law, Niš (M51)

GUIDELINES FOR AUTHORS

General notes	The paper shall be processed in <i>MS Word (doc.)</i> format: paper size A4; font Times New Roman (Serbian-Cyrillic) , except for papers originally written in <i>Latin</i> script; font size 12 pt; line spacing 1,5.
Paper length	The paper shall not exceed 16 pages. An article shall not exceed 40.000 characters (including spaces). A review shall not exceed 6.000 characters (including spaces).
Language and script	Papers may be written in Serbian, English, Russian, French and German.
Paper Title	The paper title shall be formatted in font Times New Roman , font size 14 pt, bold . The title shall be submitted in English as well.
Author(s)	In order to ensure the author's anonymity and preclude bias in the double-blind peer review process, the author's name and surname should not be included in the article submitted for review. The data about the author(s) will be available to the Editorial staff via the Assistant program.
Data on the project or program*(optional)	In the footnote at the bottom of the first page of the text shall include: the project/program title and the project number, the project title, the name of the institution financially supporting the project.
Data on the oral presentation of the paper*(optional)	In case the paper has already been presented under the same or similar title in the form of a report at a prior scientific conference, authors are obliged to enter a relevant notification in a separate footnote at the bottom of the first page of the paper.
Abstract	The abstract shall comprise 100 - 250 words at the most
Key words	The list of key words following the abstract shall not exceed 10 key words. The key words shall be submitted in both Serbian and English.
Note on author's identity (anonymity)	In order to ensure the author's anonymity, the text of the submitted article should not include phrases that refer to or reveal the author's identity (e.g. "for more information, see our paper on..." or "my paper titled...", and alike). The authors of the document must delete 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	<ol style="list-style-type: none"> 1. Introduction 2. Chapter 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Section 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Subsection 3 3. Chapter 2 4. Conclusion <p>All headings (Chapters) and subheadings (Sections and Subsections) shall be in <i>Times New Roman</i>, font 12 pt, bold.</p>
References	At the end of the submitted text, the author(s) shall provide a list of References. All entries shall be listed in alphabetical order by author's surname, and each entry shall include the source and the year of publication. When referring to the same author, include the year of publication (from the most recently dated backwards). Please, see the table at the end of the Guidelines for Authors .
Summary	The summary shall be included at the end of the text, after the References. The summary shall not exceed 2.000 characters (including spaces) and it shall be submitted in both Serbian and English.
Tables, graphs, figures	Tables shall be prepared in <i>MS Word</i> or in <i>Excell</i> . Photos, graphs or figures shall be in jpg . format.
Copyright	The authors are obliged to sign a written consent on the transfer of copyright. The Author's Statement may be downloaded here .
Paper submission	The articles are to be submitted via online editorial management system АСИСТЕНТ, http://aseestant.ceon.rs/index.php/zrpf/index

* The data shall be included only if the paper is subject to such circumstances.

CITATION GUIDELINES

The citations should be included in the text, in line with the guidelines provided below. Footnotes shall be used only for additional explanation or commentary and for referring to the specific normative act, official journals, and court decisions.

In-text citations and reference entries shall fully comply with the list of bibliographic units in the References, provided at the end of the paper. Each in-text citation and reference entry shall be clearly cross-referenced in the list of bibliographic units and, vice versa, each bibliographic unit shall be entered in the text of the submitted paper. The referential sources shall be cited in the language and script of the original work (without providing an English translation).

Type of work	References	In-text citation
Book (a single author)	Jones, C. P. (1994). <i>Investments: Analysis and Management</i> . New York: John Wiley & Sons. Ltd.	(Jones, 1994: 123)
Book (a number of authors)	Osterrieder, H., Bahloul, H., Wright, G., Shafner, K., Mozur, M. (2006). <i>Joining Forces and Resources for Sustainable Development Cooperation among Municipalities – A Guide for Practitioners</i> . Bratislava: UNDP	First in-text citation: (Osterrieder, Bahloul, Wright, Shafner, Mozur, 2006: 31) A subsequent in-text citation: (Osterrieder et al., 2006: 45)
Joint authorship (a group of authors)	<i>Oxford Essential World Atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press	(Oxford, 1996: 245)
An article or a chapter in a book with an editor	Scot, C., del Busto, E. (2009). Chemical and Surgical Castration. In Wright, R. G. (ed.), <i>Sex Offender Laws, Failed Policies and New Directions</i> (pp. 291-338). New York: Springer	(Scot, del Busto, 2009: 295)
Journal article	Sandler, J. C., Freeman, N. J. (2007). Tipology of Female Sex Offenders: A Test of Vandiver and Kercher. <i>Sex Abuse</i> . 19 (2). 73-89	(Sandler, Freeman, 2007: 79)
Encyclopedia	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha Encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha	(Pittau, 1983: 3)
Institution (as an author)	Statistical Office of the Republic of Serbia, <i>Monthly statistical bulletin</i> , No. 11 (2011)	(Statistical Office RS, 2011)
Legal documents and regulations	Education Act, Official Gazette RS, No. 62 (2004)	Footnote: Article 12. Education Act, Official Gazette RS, 62/04
Court decisions	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905; or <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10; or Constitutional Court decision IV-197/2002, <i>Official Gazette RS</i> , No. 57 (2003)	Footnote: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] or Constitutional Court decision IV-197/2002
Online sources	Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15 November 2005, from http://www.gutenberg.org/etext/2530 ; or European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	In-text citation: (Wallace, 2001) Footnote: European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp