

УПОРЕДНО-ПРАВНИ АСПЕКТИ ПОЈМА УЗБУЊИВАЧ

Апстракт

Република Србија усвојила је Закон о заштити узбуњивача са циљем да се омогући свеобухватна и ефикасна заштита узбуњивача. Диверзитет решења у упоредној пракси показује да је концепт узбуњивача, ипак, далеко од неспорног и јединственог. Циљ овог рада је да се идентификују универзалне карактеристике узбуњивача након нормативне анализе решења у европским законодавствима, мултилатералним инструментима и домаћем праву. Аутор настоји да одговори на питање: Да ли се узбуњивачи разликују од других лица која пријављују незаконитости и да ли је оправдано да се њима пружи посебна заштита због те "ексклузивне" карактеристике? На комплексност овог појма додатно указује чињеница да је радња коју врши узбуњивач, тзв. узбуњивање, такође, различито дефинисана у правним системима. Каква је упоредно-правна пракса држава чланица Европске Уније и да ли се може пронаћи "европски рецепт" за заштиту узбуњивача у Србији, представљају питања којима се аутор бави у првом делу рада. Након тога следи преглед међународних инструмената који уређују заштиту узбуњивача. У трећем делу рада дискутује се о постојању елемената које, према мишљењу аутора, чине универзални концепт узбуњивача без обзира на правни систем из којег потичу.

Кључне речи: узбуњивач, узбуњивање, откривање информације, слобода изражавања, јавни интерес, корупција

1. Увод

Реч "узбуњивач" представља превод енглеске речи "whistle-blower" који се у српском језику одомаћио као израз који означава лице које разоткрије информације о угрожавању или повреди јавног интереса. Усвајањем Закона о заштити узбуњивача² Србија је

¹ Судија Прекршајног суда у Београду, студент докторских студија на Правном факултету Универзитета у Београду; mail: mirjanamihajlovic1@gmail.com

² Закон о заштити узбуњивача - ЗЗУ (Сл.гласник РС, број 57/2014).

испунила прихваћене међународне обавезе и постала прва држава која је област заштите узбуњивача уредила у складу са Препоруком 7(2014) Савета Европе³.

Расправа о ЗЗУ поделила је стручну јавност око кључних питања: Ко може бити узбуњивач? и Шта представља узбуњивање? Приликом дефинисања појма узбуњивач, наизглед јасно значење израза показало је своју комплексност и неуједначеност. У недостатку јединствених стандарда држава чланица Европске уније, Препорука СЕ и Резолуција 1729 (2010) Савета Европе⁴ представљају једину смерницу за одређивање категорије лица који се сматрају узбуњивачима и који могу остварити ту специфичну заштиту. Међутим, ако се занемаре новоусвојене европске смернице, велики диверзитет решења у упоредној пракси показује да је концепт узбуњивача, ипак, далеко од неспорног и јединственог. Детаљном анализом овог појма, јављају се многа питања на која треба потражити одговор. Да ли се и у чему узбуњивачи разликују од других лица који пријављују незаконитости и да ли је оправдано да се њима пружи некаква посебна и додатна заштита због те "ексклузивне" карактеристике? Да ли се тиме врши дискриминација једнаких или се оправдано пружа додатна заштита сразмерно ризику који неко лице прихвати како би разоткрило информацију од јавног интереса? На комплексност овог појма додатно указује чињеница да је радња коју врши узбуњивач, тзв. узбуњивање, такође, различито дефинисана у правним системима.

2. Појам узбуњивача у Европској Унији

Заштита узбуњивача годинама уназад представља једну од важних и актуелних тема у европским стручним круговима. Извештај Транспарентности Интернешнала⁵ показао је да не постоји јединствен стандард у заштити узбуњивача и да у многим државама чланицама заштита узбуњивача није на задовољавајућем нивоу. У табели⁶ која следи приказан је компаративни преглед лица која могу

³ Recommendation CM/Rec(2014)7 of the Committee of Ministers to member States on the protection of whistleblowers – Препорука СЕ.

⁴ <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta10/ERES1725.htm>, 27.05.2015.

⁵ Mark Worth, Whistleblowing in Europe: Legal protections for whistleblowers in the EU, https://www.transparency.de/fileadmin/pdfs/Themen/Hinweisgebersysteme/EU_Whistleblower_Report_final_web.pdf, 16.05.2015. (Извештај не обухвата Републику Хрватску јер је припремљен 2013. године, али пре њеног придруживања Европској Унији.)

⁶ *Ibid.*

уживати заштиту узбуњивача у државама чланицама Европске Уније.

Држава чланица ЕУ	Ко може остварити право као узбуњивач?
◆ Аустрија	Државни службеници и запослени који пријаве неправилности на раду и оних које се тичу животне средине.
◆ Белгија	Запослени у јавном сектору
■ Бугарска	Сви грађани који пријављују неправилности које утичу на јавни интерес или на права или интерес других људи као и лица која пријаве сукоб интереса државних службеника
◆ Кипар	Запослени у јавном сектору који пријаве сумњу на мито и корупцију и у приватном сектору који пријаве било које неправилности.
◆ Чешка Република	Запослени
◆ Данска	Запослени у јавном сектору
◆ Естонија	Државни службеници који пријаве мито и корупцију, као и друге типове неправилности.
■ Финска	Државни службеници који пријаве кривична дела
◆ Француска	Запослени у приватним компанијама, као и у комерцијалним и индустријским друштвима у власништву државе. Усвојена је и законска заштита државних службеника који пријаве конфликт интереса.
◆ Немачка	Не постоје посебне одредбе о заштити узбуњивача, а запослени у приватном или јавном сектору могу да покушају да заштите своје право у судском поступку, што у пракси није дало позитивне резултате.
■ Грчка	Не постоји специфична заштита запослених у јавном или приватном сектору, али примена других законских одредаба омогућује извесну заштиту, док државни службеници који пријаве кривично дело које резултира кривичним гоњењем имају додатну заштиту.
◆ Мађарска	Запослени у јавном и приватном сектору, као и власници малих и средњих предузећа, који открију неправилности у вези државних фондова или имовине, административних радњи или јавних набавки.
◆ Ирска	Пријављивање сумње о злоупотреби и запуштању деце, миту, етичких нерегуларности државних службеника, корупцији, злоупотреби у полицији, здравству и безбедности, кривична дела "беле крагне". Год. 2013. припремљен је нови законски оквир који предлаже заштиту запослених у јавном, приватном и непрофитном сектору који је оцењен као врло напредан.
◆ Италија	Државни службеници који пријаве незаконите активности.
◆ Летонија	Запослени у јавном и приватном сектору који пријаве сумњу о кривичном делу или кршењу административних правила на радном месту.
■ Литванија	Лица која открију информације о финансијском криминалу. Постоје предлози за уређивање заштите узбуњивача у јавном сектору.

* Луксембург	Запослени у јавном и приватном сектору који пријаве корупцију, трговину утицајем или злоупотребу овлашћења.
◆ Малта	Запослени који пријаве незаконите или коруптивне активности послодавца. Постоји законски предлог да се заштите запослена лица у државном сектору, компанијама које испуне одређене услове и непрофитним организацијама.
◆ Холандија	Државни службеници, а запослени у приватном сектору могу остварити заштиту на основу општих одредаба прописа којима се уређују радни односи.
◆ Пољска	Запослени са неороченим уговором
■ Португал	Државни службеници и запослени у компанијама у државном власништву.
* Румунија	Државни службеници (на одређено, неодређено време, као и волонтери) који открију коруптивно деловање и друга кривична дела учињена у оквиру јавних органа, институција и компанија. Не постоји посебна заштита запослених у приватном сектору.
■ Словачка	Запослени у приватном сектору који поднесу кривичну пријаву против свог или другог послодавца. Постоји обавеза државних службеника да пријаве кривична дела и друге незаконитости, али не и механизми заштите тих лица.
* Словенија	Запослени у јавном и приватном сектору који пријаве све врсте незаконитог и неетичког понашања.
■ Шпанија	Грађани који анонимно пријаве конфликт интереса државних службеника на високим положајима и члановима Владе могу имати заштиту сличну заштити узбуњивача.
◆ Шведска	Свако ко открије информације од јавног значаја (осим државних тајни и информација од националног значаја). Запослени могу имати заштиту само ако узбуњују о озбиљним неправилностима, ако су се прво обратили послодавцу и ако се не ради о пословним тајнама, осим ако се тичу озбиљног кривичног дела.
* Уједињено Краљевство	Радници (различити облици радног ангажовања, укључујући запослене, лица са закљученим уговором, приправници и радници УК који обављају посао у иностранству) у државном, приватном и непрофитном сектору који открију информације од јавног значаја. Тест јавног значаја обухвата широк круг незаконитости и ометања правде, али не укључује штету великих размера, лош менаџмент и злоупотребу овлашћења.

◆ Напредна заштита ■ Делимична заштита * Неадекватна заштита или њено одсуство

Од 27 правних система држава чланица које су биле подвргнуте анализи, према мишљењу ове светске невладине организације, њих 4 може се похвалити напреднијом законском регулативом заштите узбуњивача (Луксембург, Румунија, Словенија и Уједињено Краљевство). Од преосталих 23 држава чланица, њих 16 имају парцијалну заштиту лица која пријављују неправилности, док осталих седам имају или веома ограничен законски оквир у овој

области или га немају уопште. Примера ради, Гамберини оцењује да је Италија тек започела прву фазу у развоју заштите узбуњивача тиме што је 2012. године усвојила законске одредбе којима се штите запослени у јавном сектору уколико пријаве корупцију, што указује да још увек не постоји свеобухватна заштита узбуњивача.⁷ Анализом законских решења у земљама које имају напредну заштиту, може се закључити да узбуњивачи могу бити лица са различитим радно-правним статусом уколико открију информације од јавног значаја. То су углавном указивања на сумњу у извршење појединих кривичних дела (подмићивање, трговина утицајем, итд.) и других незаконитих и неетичких радњи. Дакле, кључна карактеристика узбуњивача у државама чланицама ЕУ је њихово радно ангажовање у организацији на коју се односе наводи о угрожавању или повреди јавног интереса. Овакав приступ постоји и у смерницама за заштиту узбуњивача у институцијама Европске Уније, према којима узбуњивач може бити "члан особља" који, поступајући у доброј вери, пријави чињенице које је открио вршећи своје дужности, а које се односе на озбиљне неправилности укључујући незаконите радње и озбиљније професионалне неправилности.⁸

3. Појам узбуњивача према мултилатералним инструментима које је ратификовала Република Србија

Рана фаза међународног усклађивања заштите узбуњивача представља Конвенција МОР-а К158 из 1982. године⁹. У складу са чл. 5 ове конвенције, Србија је ускладила свој правни систем тако да се оправданим отказним разлогом не сматра подношење жалбе или учешће у поступку против послодавца на кога се односе наводи о кршењу закона и других прописа или обраћање надлежном органу. Оваква одредба одражава "концепт запосленог-грађанина", који према Лубарди треба да омогући право на слободно изражавање мишљења на местима рада (а уз испуњавање одређених услова и ван места рада) којим се ограничава правна субординација и обавеза верности запосленог послодавцу. Оправдање за овако већи степен слободе изражавања запосленог-узбуњивача представља његова морална дилема између лојалности послодавцу и чувању поверљивих информација у вези

⁷ Gabriele Gamberini, Whistleblowing in Countries without Whistleblower Laws: the Italian Case, <http://www.whistleblowing.it/gabriele%20gamberini.pdf>, 27.05.2015.

⁸ Communication from Vice-President Šefčovič to the Commission on Guidelines on Whistleblowing, Brussels, 6.12.2012. SEC(2012) 679 final.

⁹ Закон о ратификацији Конвенције Међународне организације рада број К158 (Службени лист СФРЈ – Међународни уговори, бр.4/84 и 7/91).

са радом, са једне стране и потребе спречавања угрожавања јавног интереса и озбиљних опасности, са друге стране.¹⁰ Сличну одредбу садржи и Апендикс Европске социјалне повеље из 1996. године.¹¹

Разоткривање неправилности код послодаваца препознато је и као један од начина борбе против корупције у Конвенцији Уједињених нација против корупције (УНКАК)¹². Према чл. 33 УНКАК-а, Србија је у обавези да размотри имплементацију адекватних мера у национални правни систем тако да обезбеди заштиту против сваког неоправданог поступања према особи која у доброј вери и на разумној основи пријави надлежним органима било коју чињеницу која се тиче кривичних дела из Конвенције. Према томе, узбуњивач може бити било која особа а не само запослено лице како је то уређено Конвенцијом К158 МОП-а. Са друге стране, за разлику од Конвенције К158 МОП-а која обухвата све незаконитости послодавца, УНКАК ограничава појам узбуњивача кроз предмет узбуњивања, а то су само она кривична дела која су уређена Конвенцијом.

У области заштите узбуњивача, значајно је споменути конвенције Савета Европе. Кривичноправна конвенција Савета Европе против корупције¹³, обавезује Србију да обезбеди такве мере које су неопходне да омогуће ефективну и адекватну заштиту за особе које пријаве кривична дела наведена у Конвенцији или на други начин сарађују са органима гоњења, као и сведоке који дају исказе у вези наведених кривичних дела. Грађанскоправна конвенција Савета Европе против корупције, прати приступ Конвенције К158 МОП-а, али појам узбуњивача ограничава на запослено лице које пријави корупцију (дакле, не и остале незаконитости). Међутим, тренутно најважнији европски инструменти у области заштите узбуњивача представљају Резолуција и Препорука СЕ, који дају детаљније смернице и минималне стандарде за заштиту узбуњивача у државама чланицама Савета Европе. У пар. 3 Препоруке СЕ наводи се да би национално законодавство државе чланице требало да обухвати сваког појединца који ради било у приватном или

¹⁰ Б.Лубарда, "Посебна заштита запосленог узбуњивача" – у: Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије- књига 2 (С. Лилић, ed.), Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд 2012., 79-84.

¹¹ Закон о потврђивању ревидиране Европске социјалне повеље (Сл.гласник РС – Међународни уговори, број 42/2009).

¹² Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација против корупције (Службени лист СЦГ – Међународни уговори, број 12/05).

¹³ Закон о потврђивању Кривичноправне конвенције о корупцији (Службени лист СРЈ – Међународни уговори број 2/02 и Службени лист СЦГ – Међународни уговори број 18/05).

јавном сектору и то без обзира на природу радног ангажовања или чињеницу да се ради о плаћеном или неплаћеном раду. Додатно се напомиње да би персонални опсег требало да обухвати и лица чије је радно ангажовање престало, као и лица која тек треба да започну своје радно ангажовање уколико су за информацију о угрожавању или кршењу јавног интереса сазнали у поступку запошљавања, односно у фази која претходи закључењу уговора о радном ангажовању (пар. 4).

4. Појам узбуњивача према Закону о заштити узбуњивача

Према одредби чл. 2, ст. 1, тач. 2, израз "узбуњивач" означава физичко лице које изврши узбуњивање у вези са својим радним ангажовањем, поступком запошљавања, коришћењем услуга државних и других органа, носилаца јавних овлашћења или јавних служби, пословном сарадњом и правом власништва на привредном друштву. "Узбуњивање" је откривање информације о кршењу прописа, кршењу људских права, вршењу јавног овлашћења противно сврси због које је поверено, опасности по живот, јавно здравље, безбедност, животну средину, као и ради спречавања штете великих размера. Израз "радно ангажовање" дефинисано је у чл. 2, ст. 1, тач. 6. ЗЗУ тако да обухвата радни однос, рад ван радног односа, волонтирање, вршење функције, као и сваки други фактички рад за послодавца. Поред наведеног, значајно је нагласити да ЗЗУ користи синтаксу "у вези" радног ангажовања, што указује да се заштита пружа и лицима која више нису радно ангажована код послодавца (примера ради бивши запослени, пензионисана лица, итд.) а који су информацију коју су разоткрили сазнали током радног ангажовања код послодавца. Ваљало би напоменути да се ЗЗУ пружа заштита и лицима која изврше узбуњивање откривањем информације коју су сазнали у току поступка запошљавања. ЗЗУ пружа заштиту узбуњивачима у јавном и у приватном сектору. Пословна сарадња или било који облик права власништва на привредном друштву може бити извор информација о угрожавању или повреди јавног интереса подједнако као и рад у јавној служби.

5. Анализа појма узбуњивач *de lege lata* и *de lege ferenda*

Упоредна анализа појма узбуњивач, показује комплексност и варијабилност у односу на јавни интерес сваке државе. Не постоји јединствени концепт узбуњивача ни у једном правном систему европе, а и шире¹⁴. Постоје мишљења да дефиниција појма узбуњивач

¹⁴ Упор. G.Gamberini, 1.

није релевантна, већ да је важно дефинисати околности и услове под којима запослени треба да има заштиту од одмазде¹⁵. Аутор сматра да је тумачење појма узбуњивач предуслов за спречавање арбитрерности права на заштиту. Стога је неопходно издвојити основне карактеристике појма узбуњивач које могу бити заједнички именитељ различитих законских решења.

Према резултатима истраживања Транспарентности Интернешенала¹⁶, државе са напреднијом заштитом пружају заштиту запосленима у приватном и јавном сектору (Румунија пружа заштиту само у јавном сектору). У осталим државама заштита се пружа углавном само запосленима у јавном сектору. У САД је пресудом у случају Петерман (Petermann v. Teamsters Local 396) из 1959. године утемељен први корак ка заштити запослених у приватном сектору. Суд је увео изузетак на основу јавног интереса код тзв. доктрине отказа без ограничења (енг. "termination-at-will doctrine") јер је послодавац користећи право на отказ без ограничења према запосленом који је одбио да лажно сведочи о неправилностима пред надлежним органима, утицао на јавни интерес и угрозио спровођење правде. У случају Нис (Nees v. Hocks) из 1975. године суд појашњава да се изузетак не заснива на радном односу *per se*, већ на чињеници да је послодавац злоупотребио тај однос на начин који је штетан по правни систем¹⁷. Заштита запослених који пријаве незаконитости послодавца представља обавезу и према Конвенцији K158 МОП-а. Грађанскоправна конвенција обавезује да се заштите запослени али само ако пријаве корупцију. У појединим државама појам узбуњивач обухвата и друге категорије поред запослених, као што су лица која врше послове на основу уговора, приправници, лица упућена на рад у иностранство, итд. Материјални опсег заштите узбуњивача углавном се ограничава на сферу радно-правних односа. Резултат усаглашавања мишљења приликом припреме Препоруке СЕ огледа се у ставу да је узбуњивач физичко лице које открива информације о неправилностима у организацији у којој је радно ангажован. Међутим, процес проналажења заједничког става стручњака из различитих правних традиција представља изазов утврђивања заједничког јавног интереса. Стога се може аргументовати да појам узбуњивача може имати шире тумачење у односу на сферу радно-правних односа. Кривично-правна конвенција Савета Европе и Конвенција

¹⁵ D.Lewis, "Whistleblowing at Work: On what Principles Should Legislation Be Based?", *Industrial Law Journal*, Vol. 30, No. 2, 2001, 169.

¹⁶ M.Worth, 10.

¹⁷ J.Conway, "Protecting the private sector at will employee who "blows the whistle": A cause of action based upon determinants of public policy", *Wisconsin Law Review*, 1977, 797-798.

УН против корупције већ омогућавају могућност заштите лицима ван сфере радно-правних односа, додуше, само ако су пријавили кривична дела наведена у тим конвенцијама¹⁸. Слично, Д. Луис предлаже да се заштита узбуњивача прошири на друга лица која нису у радном односу јер сматра да је очигледно да запослени нису једини грађани који могу уочити неправилности¹⁹. Према мишљењу аутора, радно-правна веза лица са послодавцем, сама по себи, није диференцијална карактеристика узбуњивача. Она му омогућава привилеговану позицију да сазна интерне информације које нису доступне другим лицима. Могућност сазнања интерних информација од јавног значаја, које не би биле доступне да их узбуњивач није открио, представља један од основних подстицаја држави да пружи посебну заштиту узбуњивачу. Европски суд за људска права²⁰ оценио је да је узбуњивач једно лице или мала група људи који знају за неку информацију па су једини позвани да алармирају послодавца и друштво уопште. У Експланаторном меморандуму уз Препоруку СЕ објашњава се да *de facto* радно ангажовање узбуњивача даје *vis-a-vis* приступ интерним информацијама о угрожавању или повреди јавног интереса још у најранијој фази, без обзира да ли се ради о намерним радњама или не²¹. Није неопходно да се појам узбуњивача ограничава на сферу радних односа, већ би он могао да обухвати било коју везу коју узбуњивач има са организацијом на коју се односе неправилности, све док му она омогућава да се сазнају интерне информације. Постоје предлози да се напусти традиционални концепт и да се појам узбуњивача не доводи у радно-правну везу са организацијом у којој се дешавају неправилности, већ да се омогући заштита било коме ко пријави понашања која би представљала угрожавање или повреду јавног интереса.²² Према традиционалном схватању узбуњивач је дефинисан са два аспекта. Први се односи на његов радно-правни статус у организацији на

¹⁸ Упор. I.Carr, D.Lewis, "Combating Corruption through Employment Law and Whistleblower Protection", *Industrial Law Journal*, Vol. 39, No. 1, 2010, 57.

¹⁹ B. D.Lewis, "Providing Rights for Whistleblowers: Would an Anti-Discrimination Model be More Effective?", *Industrial Law Journal*, Vol. 34, No.3, 2005, 244-252.

²⁰ *Guja v. Moldova* (ECHR 14277/04); *Heinisch v. Germany* (ECHR 28274/08).

²¹ Explanatory Memorandum to the Draft Recommendation on the Protection of Whistleblowers, Bureau of the European Committee on Legal Co-operation (CDCJ-BU), Strasbourg, September 2013, prepared by Anna Myers and the Secretariat, CDCJ (2013)16 rev, 10-19, <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/CMRec%282014%297E.pdf>, 17.05.2015.

²² Council of Europe, European Committee on legal co-operation (CDCJ) meeting to consult key stakeholders on protecting whistleblowers - explanatory notes, Secretariat Directorate General on Human Rights and Rule of law – DG I, 28.05.2013. Strasbourg.

коју се односе наводи о неправилностима, а други на радњу коју предузима, а то је откривање (алармирање) у јавном интересу. Прихватањем становишта да је кључна карактеристика узбуњивача откривање интерних информација од јавног значаја, први аспект традиционалног схватања постаје ирелевантан. Релевантно је да узбуњивач има могућност да сазна интерне информације, без обзира на то да ли му је такву привилеговану позицију омогућио радно-правни или други статус или веза са организацијом на коју се односе наводи о неправилностима. Појам узбуњивача би се одређивао на основу његове радње, а не на основу његове личне или друге карактеристике. Радња узбуњивача би представљала откривање интерних информација о угрожавању или повреди јавног интереса.

Веза узбуњивача са организацијом на коју се односе наводи о неправилностима, ствара *vis-a-vis* економску рањивост и могућност одмазде. Поставља се питање: Да ли се појам узбуњивача утврђује према врсти штетне последице (директне или индиректне)? Аутор сматра да врста штете не може бити јединствена карактеристика узбуњивача и да није од суштинског значаја за одређивање тог појма. Чињеница да је узбуњивач повезан са организацијом чини га рањивијим и подложнијим ширем дијапазону штетних последица од лица које није повезано. Међутим, понекад штетна последица може бити идентична. Стога, штета може бити разлог за посебну заштиту узбуњивачу али не и јединствена карактеристика појма узбуњивач. ЗЗУ, такође, ставља акценат на везу узбуњивача са организацијом на коју се односи предмет узбуњивача, а не на врсту штете коју може претрпети.

Питање које може утицати на утврђивање карактеристика узбуњивача је дилема коме иде у корист откривање интерних информација. *Prima facie* закључак је да се узбуњивање врши ради опште друштвене користи, а не ради остваривања личног интереса или користи. Уколико неко открије интерне информације које се тичу искључиво њега или покушава да утиче на исход поступка који га лично тангира, такво лице не би могло бити узбуњивач. Ово произлази из основне сврхе узбуњивача, а то је откривање угрожавања или повреде јавног интереса. Међутим, уколико се тиме угрожавају основна људска права или више лица трпе исте последице које имају већи друштвени значај, могло би се аргументовати да тај појединац може бити узбуњивач. У пресуди Хајниш против Немачке, подносилац представке, Бригита Хајниш, указивала је да услед недовољног броја запослених има превише радних обавеза које су утицале на њено здравље и узроковале честа одсуства са рада. Иако се г-ђа Хајниш притуживала на лични положај, таква информација била је од јавног значаја јер се на други начин није могло утврдити да су корисници геријатријског дома

здравствено, а можда и животно, били угрожени због неадекватне неге узроковане недовољним бројем запослених. Уколико би се друштвена корист узела као детерминанта за одређивање појма узбуњивач, круг релевантних интерних информација сузио би се на оне које су од јавног значаја. Последишно, круг лица која могу бити узбуњивач сужава се на оне који открију интерне информације од јавног значаја. У САД је познат тзв. Пикеринг тест којим се утврђује јавни интрес, односно баланс слободе изражавања и пословне ефикасности. Он је довео до тумачења да за утврђивање јавног интереса треба процењивати садржину, форму и контекст изјаве узбуњивача из његовог угла гледања, а не само са чињеничног аспекта.²³ У Србији не постоји дефиниција јавног интереса, али ЗЗУ таксативно наводи релевантне информације са аспекта јавног интереса. Треба напоменути разлику између информација од јавног интереса и информација које могу интересовати јавност, између којих не мора увек постојати знак једнакости.²⁴ Утврђивање јавног интереса спада у домен суверености држава, па појам узбуњивача неминовно варира у односу на дефиницију јавног интереса. Концепт узбуњивача према ЗЗУ може да се посматра са два аспекта. Први се односи на личне карактеристике узбуњивача тако што је персонални опсег проширен ван сфере радно-правних односа. Други аспект је дефинисање узбуњивача путем радње узбуњивања. ЗЗУ не ставља експлицитно нагласак на карактер информације која, према мишљењу аутора, чини основну одлику узбуњивача. Међутим, чињеница да је узбуњивач лице које је у вези са организацијом на коју се односе неправилности, посредно указује да се ради о откривању интерних информација. Овакав закључак произлази из става да та веза омогућава привилеговану позицију сазнања интерних информација. Требало би размотрити стављање нагласка на то да узбуњивач открива информације од јавног значаја, односно узбуњује у друштвену, а не личну корист. Иако ЗЗУ практично одређује шта је јавни интерес, није баш свако откривање информација о кршењу прописа од користи за више људи, односно од друштвене користи. За примену ЗЗУ је питање користи ирелевантно, што значи да и у случају багателних кршења прописа постоји јавни интерес. Не улазећи у целисходност оваквог решења, позитивно је да ЗЗУ има широко поље примене што представља значајан помак унапред.

²³ J. Conway, "Protecting the private sector at will employee who "blow the whistle": A cause of action based upon determinants of public policy", *Wisconsin Law Review*, 1977, 777-812.

²⁴ Explanatory Memorandum to the Draft Recommendation on the Protection of Whistleblowers, Bureau of the European Committee on Legal Co-operation (CDCJ-BU), Strasbourg, September 2013, prepared by Anna Myers and the Secretariat, CDCJ (2013)16 rev, 10-19

У стручној литератури јавља се дилема да ли фаза која претходи узбуњивању треба да буде обухваћена заштитом, односно да ли је узбуњивач лице које има намеру да открије информације од јавног значаја а то, још увек, није учинило. Уколико су узбуњивачи лица која открију интерну информацију од јавног значаја, *argumentum a contrario* закључак је да лица која је нису открила не могу бити узбуњивачи, без обзира на њихову намеру да то учине. Д. Луис сматра да лица која су започела а нису завршила процедуру узбуњивања треба да буду заштићена, јер она спадају у најрањивију групу узбуњивача.²⁵ Разлог томе је чињеница да су они своју намеру узбуњивања материјализовали започињањем процедуре узбуњивања. Аутор оцењује да мешање процесног и материјалног аспекта откривања има обесхрабрујући ефекат на потенцијалног узбуњивача који би се нашао у ”трци са временом” да би ушао у категорију узбуњивача. Израз ”откривање” разликује се од поступка односно начина откривања. Откривањем се сматра чињење доступним информације једном или већем броју лица, док поступак откривања подразумева формалне, процесне радње узбуњивања. Уколико се раздвоје материјални и процесни аспект радње откривања, закључује се да су узбуњивачи лица која другоме учине доступним интерну информацију од јавног значаја, а да поједине државе пружају заштиту само оним узбуњивачима који то учине предузимајући прописане процесне радње. Појам узбуњивача треба разликовати од појма заштите узбуњивача, јер се у многим државама заштита пружа само одређеним узбуњивачима у зависности од јавног интереса. С правом Д. Луис сматра да су узбуњивачи лица која су започела, а нису довршила поступак узбуњивања у моменту одмазде. Да ли ће та лица имати заштиту, зависи од процене јавног интереса сваке појединачне државе. Према мишљењу аутора, у ЗЗУ, уочава се управо наведена разлика између појма узбуњивач и права на заштиту. Узбуњивач може бити лице које није испоштовало процедуру узбуњивања, али оно неће имати право на заштиту.

6. Закључак

Анализа концепта узбуњивача у различитим правним системима, међународним и европским документима доводи до закључка да се он може свести на једну суштинску карактеристику, а то је карактер информације која се открива. Оно што некога чини узбуњивачем није радно-правни или други статус које има

²⁵ D.Lewis, 2005, 247.

у организацији на коју се односе наводи о неправилностима, већ предузимање радње узбуњивања, односно откривање интерних информација које су од јавног интереса. Оно што је у јавном интересу представља опште друштвену корист, стога узбуњивач не може бити лице које открива интерне информације које су везане искључиво за остваривање личне користи и интереса. Радно-правна или друга веза са организацијом на коју се односе интерне информације од јавног значаја није јединствена одлика узбуњивача већ само околност која омогућава сазнање интерних информација. Слично наведеном, штетна последица није ексклузивна особина узбуњивача, већ један од разлога због којег би им требало омогућити специфичну заштиту. Шта је јавни интерес и које информације су од јавног значаја представљају питања која спадају у домен суверености појединачних држава, стога појам узбуњивача неминовно варира у односу на дефиницију јавног интереса. Међународна заштита узбуњивача започела је у сфери радног права усвајањем Конвенције К158 МОП-а, јер се ради о области у којој су они најрањивији и у којој се најчешће дешава одмазда. Међутим, развој заштите узбуњивача указује да она не мора да се заврши у оквиру радног права. Истина, Препорука СЕ дефинише концепт узбуњивача кроз радно ангажовање, али она ипак представља консензус различитих ставова представника држава које, свака за себе, различито дефинишу овај појам. Усаглашавање ставова око минимум стандарда израженог у Препоруци СЕ велики је корак унапред у заштити узбуњивача, али се може антиципирати будући развој у правцу изван сфере радног права. Дакле, оно што чини појам узбуњивача је откривање интерних информација које су од јавног значаја, без обзира да ли је он те информације сазнао у вези са радним ангажовањем или у оквиру друге врсте везе са организацијом у којој се дешавају неправилности. Иако се штетне последице, углавном, дешавају у сфери радних односа, појам узбуњивача не би требало да се везује за радно ангажовање. Евентуално, заштита узбуњивача може се ограничити на заштиту у оквиру радног права, али начин заштите не може и не треба да утиче на дефиницију појма узбуњивач. Обим и врста заштите зависе од карактеристика и могућности сваког појединачног правног система, али не могу бити од значаја за утврђивање концепта узбуњивача.

Mirjana Martić

Ph.D student at the Faculty of Law, University of Belgrade
Judge of the Magistrates Court, Belgrade

COMPARATIVE LEGAL ASPECTS OF THE CONCEPT WHISTLEBLOWER

Summary

The Republic of Serbia has adopted the Law on the protection of whistleblowers in order to provide comprehensive and effective protection of whistleblowers. Diversity of different national legal provisions regarding protection of whistleblowers illustrates conceptual confusion and theoretical discrepancy. The aim of this study is to identify universal whistleblowers' characteristics based on the analysis of standards in the European legislation, multilateral instruments and domestic law. Whether and to what extent whistleblowers differ from other persons who report irregularities and does that «specific» characteristics justifies the additional protection? The complexity of the problem is further demonstrated by the fact that the term whistleblowing is differently regulated in various legal systems. In the first part of the paper, the author deals with comparative legal practices of the EU Member States, researching the «European recipe» for the protection of the whistleblowers in Serbia. Second part comprises an overview of international legal instruments governing the protection of whistleblowers. In the third part of the paper, author undertakes analysis of whistleblowers' characteristics that could universally define this concept regardless of the legal system.

Keywords: whistleblower, whistleblowing, disclosure of information, freedom of expression, public interest, corruption.