

**Проф. др Сlobодан Марковић**  
**Правни факултет, Београд**

## **О недопуштеној ретроактивности закона на примеру патентбилности проналаска лека у праву Србије**

### **Резиме**

*Забрана ретроактивног деловања закона у функцији је правне сигурности, која је један од битних фактора привлачења иностраних директних инвестиција. Свако одступање од ове забране мора, по Уставу, бити ваљано образложено важним оштим интересом.*

*У области патентне заштите за проналаске лекова у Србији, ступањем на снагу Закона о патентима из 2004. године створила се једна занимљива правна ситуација која се може схватити као "ненамерно" накнадно преуређивање правних односа, који имају карактер "свршених факата" према раније важећим прописима патентног права. Околности да је до тога дошло највероватније без намере законодавца (на шта указује изостанак било каквог образложења оштим интереса за такву промену прописа) нема значај за управну и правну праксу, које доносе одлуке као да је ова ретроактивна норма у потпуној сагласности са Уставом.*

*У раду се аутор бави анализом ове ситуације, доказујући да је у питању пример недоуштене (проивуставне) ретроактивности прописа, и предлаже одређена решења која су на линији очувања правне сигурности.*

**Кључне речи:** *патент, лекови, ретроактивности, правна ситуација, свршена факта, Устав, оштим интерес*

## 1. Прелиминарно дефинисање проблема

У Србији се проналасци штите патентом на основу Закона о патентима који је ступио на снагу јула 2004. године (Сл. л. СЦГ 32/2004). Тим законом је настављен процес модернизације патентног система Србије, који је започет још 1990. године доношењем Закона о изменама и допунама Закона о заштити проналазака, техничких унапређења и знакова разликовања (Сл. л. СФРЈ 3/1990), а затим радикално убрзан Законом о патентима из 1995. године (Сл. л. СРЈ 15/1995). Основни репери који су одређивали правац и садржину поменутог процеса јесу правни стандарди који су успостављени Конвенцијом о издавању европских патената из 1973. године, и регулативом Европске уније и Светске трговинске организације.

У односу на систем патентне заштите који је постојао до 1990. године, актуални систем донео је много новина међу којима се издвајају: (а) садржинско јачање патентне заштите, па тиме и правне власти коју на основу патента има његов титулар, и (б) смањење броја врста проналазака чија патентна заштита није допуштена.

У вези са тачком (б), предмет наше пажње су проналасци хемијских материја и лекова, који су до 1990. године били искључени из патентне заштите. Закон о изменама и допунама . . . укинуо је забрану патентирања хемијских материја и лекова, с тим што је за лекове садржавао посебне прелазне одредбе (чл. 77а и 77б) по којима се патентна заштита за проналазак лека не може стећи на основу пријаве патента која је поднесена до 31. децембра 1992. године.

Закон о патентима из 1995. године је преузео исте прелазне одредбе (чл. 113, ст. 2 и 3), задржавајући тако, у погледу патентбилности лекова, исти режим за пријаве патената које су поднесене до 31. децембра 1992. године.

Међутим, актуални Закон о патентима из 2004. године не садржи односне прелазне одредбе, отварајући тако питање да ли је и зашто је законодавац променио мишљење у погледу режима пријава патената које су поднесене до 31. децембра 1992. године.

## 2. Прелиминарна оцена правне природе проблема

У недостатку изричите прелазне одредбе која би и у време важења актуалног Закона о патентима продужила ранији режим забране патентирања лекова, формална логика сугерише да се примени изричита одредба чл. 141, ст. 2 тог закона, која гласи:

**"Одредбе овог закона односе се и на пријаве патената и малих патената које су поднесене до дана ступања на снагу овог закона, а по којима поступак није окончан. "**

Другим речима, пријава патента која је поднесена пре 31. 12. 1992. године, а по којој поступак за признање патента још није окончан, на основу важећег Закона о патентима може довести до патента за лек.

Изложени позитивистички резон већ налази примену у управној и судској пракси Србије.

Тај резон, међутим, не уочава крупан правни проблем који се крије у језички јасној, али материјално проблематичној одредби чл. 141, ст. 2 Закона о патентима. Реч је о проблему сукоба закона у времену, тј. проблему који настаје кад више сукцесивних закона регулишу исти друштвени однос на различит начин.

Конкретније, питање да ли се на основу пријаве патента која је поднесена до 31. децембра 1992. године може у Србији стећи патентна заштита за лек, тиче се проблематике ретроактивног важења закона.

Важећи Устав Републике Србије у свом чл. 197, ст. 1 и ст. 2 садржи одредбе којима забрањује ретроактивно важење закона. Изузетно, он допушта ретроактивно важење закона ако је то у општем интересу који је утврђен приликом доношења закона. Сувишно је помињати да је забрана ретроактивног важења закона универзално достигнуће правне културе и да је била садржана и у уставима СРЈ и СФРЈ.

Теза коју ћемо доказати јесте да се важећим Законом о патентима на недопуштен начин ретроактивно уређује питање патентбилности лекова у Србији, те да примена чл. 141, ст. 2 тог закона производи противуставне последице.

### 3. О забрани патентирања лекова

У упоредном и међународном патентном праву уобичајено је да буду издвојене одређене категорије проналазака чије патентирање није допуштено. Забрану патентирања налажу одређени правнополитички разлози, засновани нпр. на интересу заштите националне економије, етичким разлозима итд.<sup>1)</sup> До 70-тих година прошлог века у упоредном праву је била раширена забрана патентирања хемијских супстанци и лекова, нарочито у државама као што је била СФРЈ, где се сматрало да је домаћа хемијско-фармацеутска индустрија тек у развоју, и да патент (као правно заштићен монопол) више штети него доприноси развоју те индустрије. За европске прилике, забрана патентирања проналазака хемијских супстанци и лекова се у патентном праву СФРЈ задржала необично дуго – све до 1990. године.

Укидање забране патентирања проналазака хемијских супстанци и лекова у СФРЈ било је последица неопходности хармонизације нашег патентног права са Европском патентном конвенцијом из 1993. године, ради планираног коначног приступања СФРЈ тој конвенцији (у склопу тек започетог процеса европске интеграције)<sup>2)</sup>. Ова политичка одлука је произвела велики отпор у домаћој фармацеутској индустрији која је сматрала да ће тиме бити омогућено иностраним фарма-

1. На пример, важећи Закон о патентима у свом чл. 7, ст. 1, забрањује, поред осталог, патентирање проналаска поступка клонирања људских бића. Разлог за то је претежно етички.
2. Из истог разлога је законом продужен рок трајања патента и проширен круг искључивих овлашћења титулара (тим интервенцијама је у праву СФРЈ патент коначно конституисан као право интелектуалне својине, према европским стандардима).

цеутским компанијама да на тржишту СФРЈ, путем патентне заштите за своје лекове, успоставе монополе који ће бити препрека развоју домаће индустрије генеричких лекова (лекова који нису под патентном заштитом)<sup>3)</sup>.

Компромис између одлуке да се уђе у процес "европеизације" патентног права СФРЈ (читај: укидање забране патентирања лекова), с једне стране, и одлучног отпора који је томе пружала утицајна домаћа фармацеутска индустрија (читај: задржавање забране патентирања лекова), с друге стране, пронађен је у следећем: Законом о изменама и допунама Закона о заштити проналазака, техничких унапређења и знакова разликовања из 1990. године укида се забрана патентирања лекова, али са одложеним дејством до 31. децембра 1992. године.

Разлог због којег је одређен датум 31. децембар 1992. године, као тренутак у којем се мења режим патентне заштите у области фармације, скопчан је са околношћу да је 1. јануар 1993. године био предвиђен за, политички већ унапред припремљено, приступање СФРЈ Конвенцији о европском патенту<sup>4)</sup>.

#### **4. Законска норма којом је прописано одложено дејство укидања забране патентирања лекова (текст и тумачење)**

Закон о изменама и допунама Закона о заштити проналазака, техничких унапређења и знакова разликовања из 1990. године, чл. 77а:

*"Проналасци који се односе на примену материје у лечењу људи или животиња неће се патентирати до 31. децембра 1992. године."*

**Патентне пријаве поднесене до 31. децембра 1992. године биће одбачене, односно одбијене у делу у коме се захтева заштита проналазка примене материје у лечењу људи или животиња. "**

#### **Чл. 77б:**

**"Коришћење материје као лека за људе и животиње не представља повреду патента за проналазак те материје ако је пријава патента за тај проналазак поднесена до 31. децембра 1992. године. "**

3. Јако теоријско и политичко упориште за отпор приступању СФРЈ Европској патентној конвенцији дала је студија "Утицај европског система за издавање патената на економски развој СФРЈ" (Univerza v Ljubljani, Institut Jožef Štefan, Љубљана, 1975). Студија је закључена констатацијом: "Европска патентна конвенција би се, у случају нашег приступања, појавила као препрека нашег општег и, нарочито, технолошког развоја, па се стога никако не препоручује приступање Конвенцији, које би због неупоредиво већег броја важећих страних патентних права довело до квалитативно нове ситуације у поређењу са постојећим стањем. "
4. Ставови садржани у поменутој студији која је рађена у Словенији 1975. године битно су ревидирани на основу анализе политичких и економских кретања у СФРЈ и Европи током 80-тих година прошлог века. Тако, студија "Југославија и европски патентни систем" (Савезни завод за патенте, Београд, 1992.) препоручује приступање СФРЈ Европској патентној конвенцији.

За читаоца који је мање упућен у проблематику патентног права, неопходно је прво објаснити зашто се у законском тексту нигде не користи израз "лек", већ се користи израз "примена материје у лечењу". Наиме, према теорији патентног права, проналасци се деле на проналаске производа, проналаске поступка и проналаске примене. При том, проналазак примене је подврста проналаска поступка. Како је лек у основи хемијска супстанца која је подобна за примену у лечењу, може се поставити питање да ли проналазак лека спада у категорију проналазака производа или категорију проналазака примене. Само на први поглед би се могло рећи да је то проналазак производа. Међутим, проналазак производа карактеришу његова структура, односно физичко-хемијска својства, а не његова намена. Хемијска материја од које је лек сачињен, има своју хемијску формулу и објективна физичко-хемијска својства, али она постаје лек тек захваљујући нашем увиду у њено лековито дејство на организам човека или животиње. Дакле, ако одређену хемијску материју примењујемо за лечење, она је лек; ако је, пак, примењујемо за растварање лепка, онда она није лек<sup>5)</sup>.

У контексту напред објашњеног, кад законодавац у чл. 77а говори о "проналасцима који се односе на примену материје у лечењу људи или животиња" он мисли на проналаске лекова.

Будући да је Законом о изменама и допунама. . . укинута, без одложеног рока, забрана патентирања хемијских супстанци (материја), неопходно је било разрешити још једну ситуацију. Наиме, лице које одмах по ступању на снагу Закона о изменама и допунама. . . поднесе у СФРЈ патентну пријаву за проналазак материје, може добити патент за тај проналазак (под условом да су испуњени законски услови). Како се у савременом патентном праву признаје тзв. *ајсолоуџна* патентна заштита за проналазак материје (титулар патента има право да забрани другом лицу производњу те материје било којим поступком, и примену те материје у било којем поступку, одн. за било коју примену), питање је да ли патент за проналазак материје делује и против лица које ту материју примењује као лек. Одговор би морао бити позитиван. Међутим, такав одговор био би у супротности са забраном патентирања лекова у прелазном периоду. Стога је законодавац у чл. 77б предвидео да ће патент за проналазак материје, у прелазном периоду, бити садржински ограничен, тј. неће деловати против лица које патентирану материју примењује за лечење (тј. као лек).

Поменути одредбама установљен је прелазни период, тачније, период у којем, упркос уклањању из закона забране патентирања лекова, наставља да се примењује стари режим по којем је патентна заштита лекова забрањена. Пажњу заслужује дефинисање временског периода у којем прелазни режим траје. Конкретно, потребно је да разумемо који је датум почетка тог прелазног периода, и који је датум његовог окончања.

---

5. Види ближе о томе у Марковић, С.: Патентно право, Номос, Београд, 1997, стр. 77, 291, 291.

За оне који познају патентно право, релативно лако је разумљиво да прелазни период почиње даном ступања на снагу Закона о изменама и допунама. . . , а окончава се датумом окончања последњег поступка за стицање патентне заштите, који Завод за интелектуалну својину (онда Савезни завод за патенте) води на основу патентних пријава поднесених до 31. децембра 1992. године<sup>6</sup>).

За оне који су мање упућени у патентно право поменимо да се патент стиче у управном поступку који пред Заводом за интелектуалну својину почиње на основу поднесене патентне пријаве. Да би био патентиран, проналазак мора да испуни законом прописане услове на дан подношења пријаве. Испуњеност тих услова цени се у тзв. поступку суштинског испитивања пријаве, који у СФРЈ, одн. СРЈ, одн. СЦГ, одн. Србији траје у просеку око 7-8 година. Према томе, јасно је да поступак у појединачним случајевима може да потраје и петнаестак година. По окончању тог поступка доноси се решење о признању патента и патент се уписује у регистар, с тим да се његово дејство ретроактивно протеже на период од подношења пријаве (Законом о патентима из 2004. то је промењено, тако да патент важи ретроактивно од дана његовог службеног објављивања у Гласнику интелектуалне својине).

Дакле, прописавши да се не може стећи патент за лек на основу пријаве која је поднесена до 31. децембра 1992. године, законодавац је истовремено тај датум одредио као почетак периода у којем се може поднети пријава за проналазак лека, и на основу ње стећи патент за лек. Консеквентно томе, од 31. децембра 1992. године Одељење за хемију Савезног завода за патенте обрађује две категорије пријава: оне које су поднесене до тог датума и на основу којих се не може стећи патентна заштита за лек, и оне које су поднесене од тог датума и на основу којих се може стећи патентна заштита за лек. Тај двојни (прелазни) режим патентних пријава у области хемије траје све док се не оконча **последњи** поступак по пријави поднесеној до 31. децембра 1992. године. Како постоји законска обавеза Завода да испитује пријаве по реду, то значи да прелазни период траје док се не оконча поступак по пријави која је до 31. децембра 1992. године последња поднесена Заводу.

---

6. У том смислу и студија "Југославија и европски патентни систем" (Савезни завод за патенте, Београд, 1992, стр. 48.): "Коначно, и ако се прихвати мишљење да је јака патентна заштита опасна за даљи развој наше фармацеутске индустрије, треба имати у виду да се прелазно раздобље прилагођавања не завршава 1. јануара 1993. године, већ барем 15 година касније (подвукао С. М.). Наиме, од 1993. године биће патентирани само нови лекови, а ранија укупна производња лекова била би и даље изван патентне заштите." Наш коментар ове констатације своди се на похвале њеном аутору да је више него реалистично сагледао сложеност поступка суштинског испитивања пријава за проналаске у области хемије, и визионарски предвидео различите тешкоће у којима се крајем 90-тих година нашао Савезни завод за интелектуалну својину, а што је све утицало на недопустиво дуг рок трајања поступка по пријавама поднесеним до 31. децембра 1992. године.

## 5. Квалификација накнадне допуштености патентирања лекова на основу пријава поднесених до 31. децембра 1992. године, као ретроактивно деловање Закона о патентима из 2004. године

"Могућа су два поља примене ретроактивности: закон се враћа у прошлост да регулише један однос који је 'у току' или се враћа у прошлост да би друкчије уредио већ свршена факта. У овом другом случају, ретроактивност је јаче изражена."<sup>7)</sup>

Сложена питања ретроактивног дејства закона предмет су истраживања од античког римског права до данас, и не постоји доктрина која би се могла сматрати једнодушно прихваћеном. Ипак, кад разматра ова питања, претежна савремена правна мисао користи следеће појмове: "свршена факта" (лат. - *facta praeterita*), "ситуације у току" (лат. - *facta pendentia*) и "правна ситуација".<sup>8)</sup>

Укупност друштвених односа насталих на основу правне норме која забрањује патентирање лекова на основу пријава поднесених до 31. децембра 1992. можемо сматрати "правном ситуацијом" у смислу теорије о сукобу закона у времену. Ту правну ситуацију карактеришу, у првом реду, конкурентски односи између привредних субјеката на тржишту лекова у Србији. Поменута правна норма је уредила те односе тако, што је на транспарентан начин утврдила временску демаркациону линију између периода у којем фармацеутске компаније не могу рачунати на патентну заштиту, и периода у којем могу. Демаркациону линију чини датум 31. децембар 1992., а услов да фармацеутска компанија стекне патент за лек јесте да после тог датума поднесе пријаву патента. Фармацеутске компаније и други учесници на тржишту лекова у нашој земљи су у односу на овај датум планирали и одредили своју пословну политику и дугорочне планове.<sup>9)</sup> Примера ради, фармацеутске компаније које производе и продају генеричке лекове (лекове који нису под патентном заштитом) су своје пословне планове засновале на поверењу у законску норму која им гарантује да ће моћи временски неограничено да производе и продају и оне лекове који се добијају на основу хемијских супстанци које су друга лица пријавила за патентирање у СФРЈ до 31. децембра 1992. године. Такође, фармацеутске компаније, које производе такозване оригиналне лекове биле су свесне да за проналаске за које су морале патентне пријаве по правилима патентног права поднети до 31. 12. 1992. године не могу стећи патент за лек, већ само за супстанцу и њену примену, која искључује примену за лечење. У том смислу, свака од њих се

7. Перовић, С.: Ретроактивност закона и других општих аката – теорија сукоба закона у времену, Београд, 1987, стр. 26.

8. Појам "правна ситуација" је тековина Рубијеове теорије (Roubier, P.: *Les conflits de lois dans le temps*, Paris, 1929., наведено према Перовић, С.: *Op. cit.*) О том појму Перовић каже: "Реч је о једној широкој формули која може обухватити веома различите случајеве и која је подложна променама од стране законодавца. Нема ту ничег априорног и недирнутог у смислу теорије стечених права, већ је у питању један појам који је способан да обухвати различите односе и околности. . . " (Перовић, С.: *Ретроактивност закона и других општих аката – теорија сукоба закона у времену*, Београд, 1987, стр. 140.)

9. Сматрамо излишним да објашњавамо да патент за лек значи законски монопол на производњу и продају лека, тј. искључење конкуренције и слободу формирања цене лека.

основано поуздала да је, у погледу шанси да стекне патент за лек, у истом законском положају као и остале које су учиниле то исто.

Сви ови примери илуструју да се на темељу прописа о забрани патентирања лекова на основу пријава поднесених до 31. децембра 1992. оформила једна **правна ситуација** саздана од стечених права, правних очекивања, констелације одређених конкурентских односа у фармацеутском сектору и ценовних односа на тржишту лекова у Србији. С обзиром да је та ситуација одређена конкретним датумом кад се прелама режим патентирања лекова у земљи, јасно је да она има карактер "свршеног факта" у смислу теорије о сукобу закона у времену. Тај "свршени факт", наравно, зрачи својим последицама у будућност.

Теорија каже да "ако би нови закон поново регулисао дејства која је једна правна ситуација раније произвела, онда би такав закон имао ретроактивно дејство".<sup>10)</sup> У нашем случају, применом норме из чл. 141, ст. 2 Закона о патентима из 2004. године, по којој се нови режим допуштености патентирања лекова примењује и на пријаве које су поднесене до 31. децембра 1992., а по којима поступак још није окончан, **ретроактивно се преуређује једна правна ситуација која, како смо већ објаснили, има карактер "свршеног факта"**.

Ипак, крунски и чисто правнички аргумент да се овде ради о ретроактивном дејству пружа универзално правило патентног права, по којем патент настаје уписом у регистар патената, а траје и делује ретроактивно од подношења пријаве (по ранијим прописима), односно од дана службеног објављивања пријаве у гласилу Завода (по садашњем Закону о патентима). Субјективно право које постоји од подношења пријаве (од објављивања пријаве, по садашњем Закону о патентима) до настанка патента зове се "право из пријаве патента" и садржински је исто као патент. На основу права из пријаве могуће је закључивати уговоре о лиценци и подизати тужбе против лица која неовлашћено користе проналазак који је предмет патентне пријаве. Међутим, то право је условно: оно постоји под **одложним условом** да патент буде признат пошто се утврди испуњеност услова за патентирање конкретног проналазак (новост, инвентивни ниво, привредна применљивост). Испуњеност поменутих услова се цени у односу на стање технике које постоји на дан подношења пријаве, одн. дан првенства пријаве. Према томе, пријављени проналазак који испуњава услове за заштиту на дан подношења пријаве, стиче условну заштиту одмах, с тим да она бива потврђена конститутивним актом, по окончању суштинског испитивања пријаве – решењем о признању патента и уписом патента у регистар патената. Из изложеног јасно следи да Закон о патентима из 2004. године (у погледу допуштености патентирања лекова) није уредио односе само *pro futuro*, већ је ретроактивно преуредио и **субјективна права из пријава** поднесених пре 31. децембра 1992. године.

Евентуалном приговору да Закон о патентима из 2004. године није одузео стечено право из пријаве, већ је, напротив, једном броју субјеката који су поднели

10. Перовић, С.: Ретроактивност закона и других општих аката – теорија сукоба закона у времену, Београд, 1987, стр. 145.

пријаве пре 31. децембра 1992. дао право из пријаве за проналазак лека, мора се супротставити следећи аргумент: Законодавац је 2004. године *селективно* дао право из пријаве за проналазак лека, и то зависно од тога да ли је поступак по пријави окончан до тренутка ступања на снагу Закона о патентима, или није. Реч је о ничим образложеном, па тиме и произвољном критеријуму чија примена има дубоко неправедне последице (види доле). Оне припадају типу последица ради којих постоји забрана ретроактивног важења закона.

## 6. Последице ретроактивног дејства Закона о патентима из 2004. године

Као једна од важних тековина развоја правне цивилизације, принцип забране ретроактивности је утемељен на читавом спектру аргумената који се међусобно допуњују. Показаћемо да се сви ти аргументи могу без тешкоћа применити на последице које производи ретроактивно дејство Закона о патентима из 2004. године.

**Логички аргумент** – Не може се применити на правне односе онај закон који није био на снази кад су ти односи настали. Повратна снага тих закона би значила да је њихово ступање на снагу антидатирано. То, пак, има за последицу да су они постали обавезни пре него је ико за њих знао. Стога је ретроактивност закона нелогична и ирационална.

У конкретном случају, субјект који је доносио пословну одлуку да ли да поднесе патентну пријаву за лек у СФРЈ у 1992. години или раније, имао је пред собом правило да се лек не може патентирати ако се пријава поднесе до 31. децембра 1992. године. Тај субјект је на познавању те норме донео одговарајућу одлуку. Законом о патентима из 2004. године се поменуто правило мења на начин да обемишљава поменуте одлуке субјектата и битно мења њихову правну ситуацију. Да би 1992. године могао донети адекватну пословну одлуку, субјект је морао знати норму закона који је донесен тек 2004. године. То је апсурдно.

**Социолошки аргумент** – Упркос томе што се стално мења, друштво има истовремену потребу за одређеном мером континуитета, стабилности и сигурности. Ако би права и правни интереси субјектата могли бити доведени у питање сваком променом закона, односно простом променом воље законодавца у било којем часу, не би било никакве гаранције социјалног поретка.

У конкретном случају, питање патентбилности лекова јесте питање тржишта лекова у условима постојања патента као законског монопола, или у условима потпуне слободе конкуренције (непостојања патентне заштите). Са становишта учесника у производњи и промету лекова на националном тржишту, то одређује основе њихових међусобних конкурентских односа. Такође, за државни систем здравствене заштите, то одређује ниво и односе цена лекова на том тржишту. Ретроактивно преуређивање тих односа ствара неподношљиву нестабилност на тржишту лекова и угрожава пословање низа субјектата који су се поуздали у важење ранијег прописа.

**Аргумент правичности** – Право је ваљано ако је у функцији идеје правде. Једнакост свих пред законом је значајан елеменат тзв. праведног права. Та једнакост се испољава, поред осталог, у томе да се субјекти у једнаким ситуацијама третирају једнако, а у неједнаким неједнако, сходно врсти и мери неједнакости тих субјеката. Неједнакост третмана субјеката који су у једнаким ситуацијама јесте дискриминација која је антипод правди.

У конкретном случају, ако су два субјекта поднела пријаву за хемијску материју до 31. децембра 1992. године знајући да им тада важећи пропис не допушта стицање патентне заштите за лек, правично би било да се, због те забране, ни једном ни другом не призна патент за лек. Међутим, ретроактивним дејством Закона о патентима из 2004. године, добија се следећи резултат: онај субјект по чијој пријави је поступак окончан до ступања на снагу тог закона остаје без патентне заштите, а онај по чијој пријави је поступак још у току (што није његова заслуга), може стећи патент, јер забрана патентирања лекова за њега више не важи. Овде је реч о дискриминацији између субјеката који су се, у свим релевантним аспектима, налазили у истом положају, па им је положај, без њиховог утицаја и без видљивог разлога, промењен.

С друге стране, субјекти који су били у различитом положају (један је поднео пријаву после 31. децембра 1992. године, а други је то учинио раније, али поступак по тој пријави још није окончан), Законом о патентима из 2004. године бивају третирани на исти начин – и један и други могу стећи патент за лек.

## 7. Забрана ретроактивног дејства закона

Као што је познато, Устав Србије садржи забрану ретроактивног дејства закона. Оно је допуштено само изузетно, и то под условом постојања одговарајућег општег интереса, који мора бити дефинисан, одн. утврђен и јавно артикулисан.

Оно што нас наводи на закључак да Закон о патентима из 2004. године има ретроактивно дејство у погледу допуштености патентирања лекова, јесте околност да законодавац није из претходног Закона о патентима из 1995. године преузео прелазну одредбу по којој се наставља забрана патентирања лекова на основу пријава које су поднесене до 31. децембра 1992., а по којима поступак још није окончан. Применом *argumentum a contrario*, следи да је законодавац хтео да од дана ступања на снагу новог Закона о патентима из 2004. године допусти патентирање лекова на основу пријава које се поднесене до 31. децембра 1992., одн. да је хтео да ретроактивно преуреди правну ситуацију из 1992. године.

Под хипотезом да је то била законодавчева намера, Закон о патентима из 2004. је у том свом делу противустанован, јер у поступку његовог доношења није утврђен општи интерес који налаже или оправдава ретроактивно дејство његових одредби о патентбилности лекова на основу пријава које су поднесене до 31. децембра 1992. године. Међутим, сасвим независно од пропуштања да се утврди и образложи општи интерес који у конкретном случају налаже да се одступи од за-

бране ретроактивности закона, није могуће ни наслутити који би то интерес могао бити. **Такав ошшии инштерес, једносшавно, не шосшоји.**

Изостанак утврђеног општег интереса указује на друга два могућа разлога због којих у том закону не постоје прелазне одредбе из претходних закона, по којима је било забрањено патентирање лекова на основу пријава поднесених до 31. децембра 1992.:

Први разлог би могао бити превид или грешка законодавца. Дакле, законодавац није хтео да закон има ретроактивно дејство, али је својим нехотичним пропуштањем отворио могућност примене тог закона на односе који су већ уређени ранијим законима.<sup>11)</sup>

Други разлог би могао бити уверење законодавца да је прелазни режим (о којем је било речи напред) већ окончан протеком 11 година од дана кад је Савезном заводу за патенте СФРЈ поднесена последња пријава за хемијску супстанцу, на нову које пријаве није било допуштено стећи патент за лек. Наиме, то је разуман временски период у којем је Завод морао окончати поступке по **свим** пријавама поднесеним до 31. децембра 1992., те је законодавац пошао од става да је непотребно да преузима прелазну одредбу из претходног закона. Нажалост, међутим, просторне, организационе, кадровске и техничке тешкоће и ограничења са којима се Завод сусрео крајем 90-тих година прошлог века знатно су успориле његов рад и довеле до нагомиланања неиспитаних пријава. Тако, још увек постоје пријаве из 1992. и ранијих година, које су у поступку.

## 8. Предлог решења проблема

Напуштајући терен спекулација о могућим разлозима за изостанак одговарајуће прелазне одредбе, а држећи се констатације да, ако низбогчега другог, онда због непостојања утврђеног општег интереса, Закон о патентима из 2004. године не може имати ретроактивно дејство у погледу патентбилности лекова у Србији, покушаћемо да одговоримо на питање како се овај проблем може решити.

Прво, могуће је од Народне скупштине Републике Србије затражити аутентично тумачење одредбе чл. 141, ст. 2 Закона о патентима из 2004. године, са циљем да се разјасни да ли се том одредбом ретроактивно укида забрана патентирања лекова на основу пријава које су поднесене до 31. децембра 1992. године. Евенуалном аргументу да је одредба чл. 141, ст. 2 Закона о патентима језички јасна и да јој зато не треба тумачење, може се супротставити аргумент да је примена те језички јасне одредбе на питање патентбилности лекова на основу пријава поднесених до 31. децембра 1992., **шрошшвусшавна**. Стога би акт о аутентичном тумаче-

---

11. У прилог томе говори околност да у службеном Образложењу Предлога Закона о патентима из 2004. године, предлагач сумарно реферише на чланове 140 и 141 Предлога Закона о патентима, а да, заправо, пружа ближа објашњења само у вези са чл. 140, који уређује питање заступања пред Заводом. О сложеним последицама примене прелазне одредбе из чл. 141, ст. 2 нема ни речи.

њу те одредбе требало да разјасни да ли је законодавац њоме *хитео* да ретроактивно укине забрану патентирања лекова на основу пријава поднесених до тог датума, или му то није била намера. Као што је познато, акт аутентичног тумачења закона и сам има правну снагу закона<sup>12)</sup>. По свом карактеру, тај закон би био *интерпретиран* са ретроактивним важењем<sup>13)</sup>.

Ако би поменути интерпретативни закон садржао потврду ретроактивног укидања забране патентирања лекова на основу пријава поднесених до 31. децембра 1992. године, он би морао бити пропраћен образложењем у којем би био јасно утврђен општи интерес за тим. Ако би, пак, тај закон показао да законодавац нема намеру да ретроактивно укине забрану патентирања лекова на основу пријава поднесених до 31. децембра 1992. године, онда би постојао правни основ за поништај управних аката и одговарајуће преиначење судских одлука које су у вези са тим питањем донесене применом језичког тумачења одредбе чл. 141, ст. 2 важећег Закона о патентима.

Друго, независно од тражења аутентичног тумачења закона, *државни органи имају обавезу да примењују њихове на начин који није произвољан*. Према томе, језички јасна норма чл. 141, ст. 2 Закона о патентима има се, до даљњег, примењивати од стране Завода за интелектуалну својину и судова у Србији тако, да јој се не прида противуствано ретроактивно важење. Конкретно, Закон о патентима из 2004. у целини се може примењивати на све патентне пријаве по којима поступак није окончан пре његовог ступања на снагу, изузев на пријаве поднесене до 31. децембра 1992., којима је затражена патентна заштита за лек или хемијску супстанцу. У односу на те пријаве мора се примењивати забрана патентирања лекова, која је била утврђена у закону који је важио у време подношења тих пријава.

**Slobodan Marković, Ph.D**  
Professor at the Faculty of Law, Belgrade

## ON UNACCEPTABLE RETROACTIVITY OF LAWS ON THE PRIMER OF PATENTABILITY OF MEDICINE INVENTION UNDER SERBIAN LAW

### Summary

*Prohibition of retroactive effect of laws serves the function of legal stability that is one of the main prerequisites for attracting direct foreign investments. According to the Constitution, each exemption from this rule has to be founded in an important and well elaborated public interest.*

12. Правна енциклопедија, 1. том, Београд, 1985, стр. 76.

13. "У теорији углавном постоји начелна сагласност о томе да интерпретативни закони имају ретроактивно дејство." (С позивом на другу литературу, Перовић, С.: Ретроактивност закона и других општих аката – теорија сукоба закона у времену, Београд, 1987, стр. 173).

*In the field of patent protection of pharmaceuticals in Serbia, the coming into effect of the Law on Patents of 2004 has created an interesting legal situation, which has the elements of the legislator's "negligent" rearrangement of legal relations having the character of *facta praeterita* according to the previous patent legislation. The fact that such a result was, most probably, not intended by the legislator (being indicated by the lack of any *rationale* based on public interest) does not prevent the judiciary and the administration from taking decisions based on applying the problematic norm, as if it was completely compliant with the Constitution.*

*The analysis of both this norm and the actual legal situation in respect of patentability of pharmaceuticals has shown that we are faced with one example of legally forbidden (unconstitutional) retroactive effect of law. The article concludes with proposals how to overcome the problem, starting with the request from the National Assembly to give an authentic interpretation of the problematic provisions of Patent Law, and ending with the reasoning that courts and administrative bodies are entitled to ignore legal provisions that are obviously contrary to Constitution and public order.*

**Key words:** *patent, medicine, retroactivity, legal situation, executed facts, Constitution, public interest.*