
UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

UNIVERZITET U NIŠU
PRAVNI FAKULTET

**ZBORNİK RADOVA PRAVNOG
FAKULTETA U NIŠU**

BROJ 82 | GODINA LVIII | 2019

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

N°82 | YEAR LVIII | 2019

NIŠ, 2019.

ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU

Niš, 2019.

Izdavač

Pravni fakultet u Nišu

Za izdavača

Prof. dr Saša Knežević, dekan

Glavni i odgovorni urednik

Prof. dr Irena Pejić,
redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

Članovi Redakcionog odbora

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

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

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

Dr Michael Geistlinger, profesor Univerziteta, Salzburg, Austrija

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

Dr Marina Dimitrijević, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

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

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

Dr Mustafa Yasan, docent Pravnog fakulteta, Univerzitet "Sakarya", Turska

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

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

Dr Miroslav Lazić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

Dr Zlatan Meškić, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Zenici, Bosna i Hercegovina

Dr Dušica Miladinović-Stefanović, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

Dr Hajrija Mujović, naučnik savetnik Instituta društvenih nauka u Beogradu

Dr Dragan Nikolić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

Dr Dušan Nikolić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu

Dr Vladan Petrov, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu

Dr Nevena Petrušić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

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

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

Dr Nebojša Raičević, redovni profesor
Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

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

Dr Dragoljub Todić, naučni savetnik
Instituta za međunarodnu politiku i
privredu u Beogradu

Dr Dimitrije Čeranić, docent Pravnog
fakulteta u Istočnom Sarajevu, Republika
Srpska, Bosna i Hercegovina

Dr Sanja Čopić, viši naučni saradnik
Instituta za kriminološka i sociološka
istraživanja u Beogradu

Sekretar Redakcionog odbora: Dr Miloš Prica,
docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu

Lektura radova i prevod rezimea: Gordana Ignjatović (engleski)

Lektura: Aleksandra Gojković (srpski)

Tehnički urednik: Nenad Milošević

Štampa: Medivest Niš

Tiraž: 100

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

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

COLLECTION OF PAPERS, FACULTY OF LAW, NIS

NIŠ, 2019

Publisher:

Faculty of Law, University of Niš

For the Publisher:

Prof. dr Saša Knežević, Dean

Editor-in-Chief:

Irena Pejić, LL.D, Full Professor
Faculty of Law, University of Niš

Editorial Board of the Law Faculty Journal

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

Doc. 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)

Prof. dr Michael Geistlinger, University of Salzburg, Department of Public International Law, Salzburg, Austria

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

Prof. dr Marina Dimitrijević, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš, Serbia

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

Prof. dr Gordana Ilić-Popov, Full Professor, Faculty of Law, University of Belgrade, Serbia

Doc. dr Yasan Mustafa, Assistant Professor, Faculty of Law, Sakarya University, Turkey

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

Prof. dr Vesna Knežević Predić, Full Professor, Faculty of Political Science, University of Belgrade, Serbia

Prof. dr Zlatan Meškić, Associate Professor, Faculty of Law, University of Zenica, Bosnia and Herzegovina

Prof. dr Miroslav Lazić, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš, Serbia

Doc. dr Dušica Miladinović Stefanović, Associate Professor, Faculty of Law, University of Niš, Serbia

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

Prof. dr Dragan Nikolić, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš, Serbia

Prof. dr Dušan Nikolić, Full Professor, Faculty of Law, University of Novi Sad, Serbia

Prof. dr Vladan Petrov, Full Professor, Faculty of Law, University of Belgrade, Serbia

Prof. dr Nevena Petrušić, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš, Serbia

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

Prof. dr Željko Radić, Full Professor, Faculty of Law, University of Split, Croatia

Prof. dr Nebojša Raičević, Full Professor, Faculty of Law, University of Niš, Serbia

Prof. dr Darko Simović, Full Professor, University of Criminal Investigation and Police Studies Zemun, Belgrade, Serbia

Dr Dragoljub Todić, Research Fellow, Institute of International Politics and Economics, Belgrade, Serbia

Doc. dr Dimitrije Ćeranić, Assistant Professor, Faculty of Law in East Sarajevo, Republic of Srpska, Bosnia and Herzegovina

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

Technical Secretary of the Editorial Board: Miloš Prica, LL.D.

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

Proofreading: Aleksandra Gojković (Serbian)

Desktop publishing: Nenad Milošević

Print: Medinvest Niš **Circulation:** 100

PUBLICATION CENTRE, Faculty of Law, University of Niš
Trg kralja Aleksandra 11, Niš 18000, Serbia Telephone:
+381 18 500 201,

E-mail: zbornik@prafak.ni.ac.rs

Website: <http://www.prafak.ni.ac.rs>

<http://www.ebscohost.com/public/legal-source>
<http://home.heinonline.org/titles/Law-Journal-Library/Collection-of-Papers-Faculty-ofLaw-Nis/?letter=C>

Central and Eastern European Online Library – CEEOL

SADRŽAJ / CONTENTS

Uvodna reč XI

Editor's Introductory Note XII

I ČLANCI / ARTICLES

U FOKUSU / IN FOCUS

MEĐUNARODNO PRIVATNO PRAVO / *INTERNATIONAL PRIVATE LAW*

Hans van Loon,

Towards a global Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil or Commercial Matters ... 15

Ka globalnoj haškoj konvenciji o priznanju i izvršenju presuda u građanskim ili trgovačkim stvarima

Dr Spyridon Vrellis,

Questions on Protection of Cultural Heritage 37

Pitanja zaštite kulturnog nasleđa

Dr Dušan Nikolić,

Pravci razvoja prava životne sredine 61

Directions in the Development of Environmental Law

Dr Željko Bartulović,

Riječki primer razvoja propisa o trgovini i formi trgovačkog organiziranja do kraja 18. veka 81

Rijeka's Example of the Evolution of Commercial Legal Acts and Forms of Merchant Organisation by the end of the 18th century

Miloš Hrnjaz PhD,

Eastern Europe before the World Court: "Thumbelina" of the International Legal Order?99

Istočna Evropa pred svetskim sudom: "palčica" međunarodnog pravnog poretka?

Dr Miomira Kostić, Pojava i razvoj pametnih gradova u kontekstu kriminološke i kriminalnopolitičke vizure	119
<i>The Emergence and Development of Smart Cites from the perspective of Criminological and Crime Policy</i>	
Dr Dragan Jovašević, Novčana kazna u savremenom krivičnom pravu	139
<i>A Fine in the Contemporary Criminal Law</i>	
Dr Milica Kovač Orlandić, Video-nadzor u prostorijama poslodavca: slučaj Antović i Mirković protiv Crne Gore	165
<i>Video Surveillance in the Employer's Premises: The ECtHR judgment in Antović and Mirković v. Montenegro</i>	
Dr Mahir Muharemović, Zaštita temeljnih ljudskih prava pred međunarodnim investicijskim arbitražama kroz poseban osvrt na pravo na vodu.....	183
<i>Protecting fundamental human rights before international investment tribunals, with specific reference to the right to water</i>	
Dr Nataša Rajić, Granice ustavnosudske kontrole sudske vlasti – neka otvorena pitanja	207
<i>The Limits of the Constitutional Court Control over the Judicial Authority: Some Open Questions</i>	
Dr Milan Pilipović, Uloga i razlozi raspuštanja parlamenta u zemljama regiona.....	219
<i>The Role and Reasons for the Dissolution of Parliament in the Countries of the Region</i>	
Dr Dragana Radovanović, Zasnivanje radnog odnosa sa licem mlađim od 18 godina u Republici Srbiji.....	245
<i>The Employment of a Person under the Age of 18 in Serbia</i>	

II RADOVI STUDENATA DOKTORSKIH STUDIJA / PHD STUDENTS' PAPERS

Bojan Jović,

Odnos zakonodavne i izvršne vlasti –
moć parlamenta i odgovornost vlade265

*Relationship between Legislative and Executive - the Power
of Parliament and the Responsibility of the Government*

Mario Vojnić Hajduk,

Osnovna pravna analiza akreditiva u
pravu Republike Srbije283

Basic Legal Analysis of the Letter of Credit in Serbian Law

III PRILOG / ANNEX

**Draft Convention on the recognition and enforcement
of foreign judgments in civil or commercial matters 307**

Uputstvo za autore..... 321

Uvodna reč

Poštovani čitaoci,

Zadovoljstvo nam je da predstavimo novi broj naučnog časopisa koji, počev od 2019. godine, uređuje i vodi novi Redakcioni odbor Zbornika radova Pravnog fakulteta u Nišu, a koji čine istaknuti naučnici i istraživači iz zemlje i inostranstva. Svojim profesionalnim autoritetom i naučnim ugledom članovi Redakcionog odbora će doprineti afirmaciji časopisa na način koji podstiče istraživačku kreativnost i kvalitet naučne periodike.

U fokusu broja 82/2019 Zbornika radova nalaze se autorizovana predavanja koja su gostujući profesori održali na Pravnom fakultetu u organizaciji Centra za međunarodno privatno pravo haških konvencija Pravnog fakulteta u Nišu. U ovom broju objavljujemo i nacrt Haške konvencije o priznanju i izvršenju stranih sudskih odluka u građanskoj i trgovačkoj materiji koji je predstavljen maja 2018. godine. Ostali radovi rezultat su istraživačkog rada autora iz zemlje i regiona u užim naučnim oblastima prava, kao što su javnopravna, krivično-pravna i građanskopravna.

Takođe, želimo da obavestimo zainteresovane čitaoce i autore da smo počeli sa primenom onlajn uređivanja časopisa u Asistent sistemu uređivanja i publikovanja. To znači da će sve aktivnosti od prijavljivanja rukopisa i praćenja recenzentskog postupka, preko vođenja i čuvanja evidencije, do donošenja uredničkih odluka i publikovanja brojeva biti vršene onlajn na posebnoj veb stranici časopisa. Časopis u ovom trenutku omogućava otvoren pristup svom celokupnom sadržaju na svojoj internoj strani.

U Nišu, april, 2019.

Glavni i odgovorni urednik

Prof. dr Irena Pejić

Editor's Introductory Note

Dear Readers,

We are pleased to present a new issue of the scientific journal Collection of Papers of the Law Faculty, University of Niš (No. 82/2019). From 2019 onwards, the journal will be managed and edited by a new Editorial Board, comprising eminent scholars and researchers from the country and abroad. The professional authority and scientific reputation of the Editorial Board members will contribute to the affirmation of the Law Faculty journal, encourage creativity in scientific research, and improve the quality of scientific periodicals.

In this issue of the Law Faculty journal, the rubric In Focus contains two authorized lectures, held by renowned visiting professors and organized by the Center for Private International Law of the Hague Conventions at the Law Faculty in Niš. In this issue, we also publish the Draft of the Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters, prepared and officially presented by the Special Commission in May 2018. Other scientific papers published in this issue, covering diverse topics in the field of public law, criminal law and civil law, are a result of scientific research of authors from the country and the region.

We would also like to inform interested readers and authors that we have started using the Assistant online journal management system. It means that all publication-related activities, including manuscript submission, monitoring the review process, keeping records and statistical data, editorial decision-making process and publication of approved articles, will be performed online by accessing the designated Law Faculty journal website. The LF journal is an open access publication and its entire content is currently available at the LF journal website.

Niš, April 2019

Prof. Irena Pejić, LL.D.
Editor-in-Chief

I ČLANCI

U FOKUSU
MEĐUNARODNO
PRIVATNO PRAVO

Hans van Loon,*

*Former Secretary General of the Hague Conference
on Private International Law (1996-2013)*

Member of the Institut de Droit International

originalni naučni rad
doi:10.5937/zrpfni1982015L

UDK: 341.24
341.9

*Rad primljen: 18.02.2019.
Rad prihvaćen: 13.04.2019.*

TOWARDS A GLOBAL HAGUE CONVENTION ON THE RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF JUDGMENTS IN CIVIL OR COMMERCIAL MATTERS**

1. Introduction

1. The Government of the Netherlands has convoked a Diplomatic Session of the Hague Conference on Private International Law to be held from 18 June to 2 July 2019 at the Peace Palace in the Hague. Its purpose will be to adopt a Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters. In order to prepare the Session, a Special Commission of the Hague Conference has drawn up a Draft Convention (the “2018 Draft”).¹ This Draft, adopted in May 2018 in English and French, is accompanied by an Explanatory Report by Prof. Francisco Garcimartín and Prof. Geneviève Saumier,² who took part in the Special Commission as experts of Spain and Canada, respectively.

2. In addition to the preparation of the Diplomatic Session, arrangements are underway for a further meeting of an Experts’ Group to address “matters relating to direct jurisdiction (including exorbitant grounds and *lis pendens*/declining jurisdiction), to be held shortly after the conclusion of the Diplomatic Session”.³

*hans.vanloon@ppl.nl

** This paper reproduces the text of a lecture given by the author at the Faculty of Law University of Niš (Center for Private International Law of the Hague Conventions) on the 10th of April 2017.

1 See the Draft Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, Retrieved 1 February 2019, from <https://assets.hcch.net/docs/9faf15e1-9c36-4e57-8d56-12a7d895faac.pdf>. The 2018 Draft Convention’s text is available in this Journal at page 307.

2 Prel. Doc. No 1 of December 2018 – Judgments Convention: Revised Draft Explanatory Report, Retrieved 01, February 2019, from <https://assets.hcch.net/docs/7d2ae3f7-e8c6-4ef3-807c-15f112aa483d.pdf>.

3 Council on General Affairs and Policy of the Hague Conference on Private International Law, *Conclusions and Recommendations*, March 2018, Retrieved 1 February 2019, from <https://>

3. The current project started with a proposal submitted by the United States of America in 1992, which first led to an attempt to negotiate a “mixed” convention. The idea, developed by Prof. Arthur von Mehren, was to draw up an instrument that would: (1) permit certain grounds of jurisdiction (the “white” or “green” list), judgments based upon which must be recognized and enforced by all Contracting States, (2) prohibit certain grounds of jurisdiction (the “black” or “red” list), judgments based upon which may *not* be recognized and enforced, and (3) leave a “grey area” of grounds of jurisdiction to national law, judgments based upon which Contracting States remain free to recognize and enforce, or not (von Mehren, 2002: 408-425 with further references).

4. With the “mixed” convention concept as a start, negotiations took place from 1996 until 2001. But the resulting 2001 *Interim Text*,⁴ preceded by a *Preliminary Draft Convention in 1999*,⁵ left many issues unresolved and was not followed by a final text. Therefore, it was decided to take a step back and focus, first, on a possible instrument on jurisdiction and recognition and enforcement of foreign judgments *only* in cases where *commercial* parties conclude an exclusive *choice of court agreement*. This led to the adoption, on 30 June 2005, of the Hague *Convention on Choice of Court Agreements* (“COCC”),⁶ which entered into force on 1 October 2015.

5. Following the completion of the COCC in 2005, a new attempt was made to negotiate a Convention with a wider substantive scope. Without abandoning the idea of an instrument dealing both with the issue of original (“direct”) jurisdiction of the courts – a *traité double*, negotiations have been concentrated on an instrument on *recognition and enforcement of judgments only* – a *traité simple*. This has resulted in the 2018 Draft, as the basis for the 2019 Diplomatic Session.

2. Background and Context

6. The work of the Hague Conference on judgments in civil and commercial matters has a long history (Teitz, 2019). Since the 1960’s, this history has been intertwined with legislative action regarding civil and commercial judgments

www.hcch.net/en/governance/council-on-general-affairs> Archive> Meeting 2018.

4 Permanent Bureau and the Co-reporters, *Summary of the Outcome of the Discussion in Commission II of the First Part of the Diplomatic Conference 6 – 20 June 2001, Interim Text*, Retrieved 01, February 2019, from <https://assets.hcch.net/docs/e172ab52-e2de-4e40-9051-11aee7c7be67.pdf>.

5 Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters, Retrieved 01, February 2019, from <https://assets.hcch.net/docs/638883f3-0c0a-46c6-b646-7a099d9bd95e.pdf>.

6 Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements.

in the context of the European Economic Community (EEC), subsequently the European Union (EU).

2.1. The 1965 Choice of Court and 1971 Recognition and Enforcement Conventions

2.1.1. Interaction with the 1968 Brussels Convention

7. The first Hague attempts to draw up a multilateral treaty on recognition and enforcement of judgments date back to the 1920's. They were resumed after the Second World War. In 1956, a *Convention on Choice of Court Agreements in the Context of International Sales Contracts* saw the light, and was first signed in 1958.⁷ This instrument, in turn, inspired a *Convention on the Choice of Court*⁸ with a wider scope, adopted in 1964 and first signed in 1965. But neither of these instruments entered into force.

8. In 1966, the Conference adopted a *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*,⁹ first signed in 1971. But this instrument made the recognition and enforcement subject to a bilateral agreement to be concluded between any two Contracting States to the Convention. In addition, the Convention was supplemented by an optional Protocol¹⁰ that excluded a number of "exorbitant" grounds of jurisdiction.

9. The 1958, 1965 and 1971, the Hague Conventions¹¹ provided inspiration for the work of the Member States of the EEC that resulted in the 1968 Brussels *Convention on the Jurisdiction of the Court and Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters*. But the Brussels Convention, now the Brussels Regulation 1215/2012 (Recast)¹² ("Brussels I recast"), went much

7 Convention of 15 April 1958 on the jurisdiction of the selected forum in the case of international sales of goods.

8 Convention of 25 November 1965 on the Choice of Court.

9 Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters. See Fragistas, 1969: 360-388.

10 Supplementary Protocol of 1 February 1971 to the Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters. See Droz, 1969: 498-504.

11 As well as the Convention of 15 April 1958 concerning the recognition and enforcement of decisions relating to maintenance obligations towards children.

12 1968 Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters, **OJ L** 299, 31.12.1972, as modified by Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, *OJ L* 12, 16.1.2001 and Regulation (EU) No 1215/2012

further than the Hague texts in major respects. It (1) includes uniform rules on direct jurisdiction – going beyond the original objective of establishing uniform rules for the recognition and enforcement of judgments only, (2) provides for recognition and enforcement generally without review of the grounds of jurisdiction, and (3) benefits from a mechanism of uniform interpretation by the Court of Justice of the EU (CJEU).

10. Soon after its adoption, the Brussels Convention turned out to be a great success. It provided the model for the Lugano Convention of 1988,¹³ revised in 2007.¹⁴ But it was precisely this success that reduced the life chances of the 1965 and 1971 Hague Conventions. The European Member States of the Conference, focused on litigation in Europe, showed little interest in the Hague instruments, although these could have provided a bridge to non-European countries. As a result, these other countries also lacked interest, especially the US, which had a liberal system for recognition and enforcement of foreign judgments but was keen to obtain more easy recognition and enforcement of US judgments in Europe.

2.1.2. Other reasons why the 1971 Recognition and Enforcement Convention failed

11. There were two further reasons why the 1971 Hague Convention never got off: its alleged discriminatory effect, and the bilateralisation requirement. The 1968 Brussels Convention had been severely criticized by the American Prof. Nadelmann for discriminating against defendants based outside Europe. The Convention (in its Art. 4, now Art.6 of Brussels I recast) not only provides that persons domiciled in a Member State may, whatever their nationality, avail themselves of the exorbitant bases of jurisdiction in force in that Member States as against any defendant not domiciled in the EU but also makes these heads of jurisdiction available to any person domiciled in an EU Member State, and amplifies their effect by ensuring the free circulation of the resulting judgment in the other EU Member States. This criticism prompted the US delegation, supported by the United Kingdom, to propose, as an additional instrument to the 1971 Convention, the 1971 Protocol (*supra* 8.), in order to neutralize these effects. But the Protocol complicated the operation of the Convention.

of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, *OJ L* 351, 20.12.2012.

13 Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters (1988), *OJ L* 319, 25.11.1988.

14 Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, **OJ L** 339, 21.12.2007.

12. Interestingly, the discrimination argument was heard less as negotiations in the Hague progressed, probably because it became more widely accepted that the EU should be seen as one unity in respect of the circulation of judgments. Contrary to the Protocol to the 1971 Convention, the 2018 Draft does not contain a list of prohibited indirect grounds of jurisdiction, but only of exclusive indirect grounds (Art.6). Yet, one could imagine that the discrimination argument might revive with Brexit, unless the UK were to remain bound by the Lugano Convention in either its 1988 or 2007 versions. If not, exorbitant bases of jurisdiction in EU Member States will revive against defendants domiciled in the UK!¹⁵

13. The second issue – bilateralisation – has not disappeared. As noted, the 1971 Convention was to work only between Contracting States that had concluded a bilateral treaty to that effect, as a negotiated expression of mutual trust. This forces Contracting States to decide, in respect of any other Contracting State, whether or not to accept that State as a partner for purposes of recognition and enforcement. That does not facilitate ratification. At this point, the question whether the future Hague Convention on Recognition and Enforcement should be based on a system of bilateralisation is still open.

2.2. The 1999 Preliminary Draft Convention and the 2001 Interim Text

2.2.1. Mixed convention, traité simple, traité double

14. In May 1992, the legal adviser of the US State Department, in a letter to my predecessor Georges Droz, proposed that the Conference “take up the negotiations on a multilateral convention on the recognition and enforcement of judgments”.¹⁶ Attached to the letter was a report by Prof von Mehren, setting out his idea of the “mixed” convention, which, as we have seen, also included proposals relating to direct adjudicatory jurisdiction. The US had initially envisaged bilateral negotiations with European States only, but when the Permanent Bureau pointed out the benefits of a multilateral instrument applying at the global level, and given the experience of the Hague Conference with multilateral treaty-making, the US chose the Hague Conference as the negotiating forum.

15. However, we felt that the 1971 Hague Convention could not simply be ignored. So we suggested that the prudent course would be to proceed, just as the Brussels Convention had developed, by starting negotiations on a single Convention, a *traité simple*, including perhaps indirectly prohibited grounds of jurisdiction,

¹⁵ For a discussion about a possible “discriminatory” effect of the current Draft, see *infra* fn. 33.

¹⁶ For the history of the 2001 Interim text and the 1999 Preliminary Draft Convention, see Pocar, Honorati, 2005: 3-370.

and then look whether the further step of a double Convention, *traité double*, was possible (Permanent Bureau, 1995: 231-293). However, the politics of the 1990's dictated a different course.

2.2.2. *The US v. the EU*

16. In fact, the dynamics of the negotiations were very much determined by the transatlantic dimension, with very different and, as it turned out, incompatible strategic objectives on each side. On the one hand, the US was interested in securing recognition and enforcement of its judgments in Europe, and non-discrimination for its US-based companies and persons regarding direct grounds of jurisdiction. But since the US pursued a liberal policy in respect of recognition and enforcement of foreign judgments,¹⁷ it had little to offer in exchange. On the other hand, Europe was primarily interested in seeing the US reduce the reach of jurisdiction of its courts over Europe-based companies and persons. This was, in the European strategy, the price the US should pay to obtain easier access for its judgments in Europe.

17. So, the negotiations in the period 1996-2001 were strongly focused on jurisdictional issues. The EU pushed towards a full double convention, which the US resisted. Tension mounted further with the 1997 Amsterdam treaty, which entered into force in 1999 and gave the EU legislative powers in the field of private international law. This led to the perception that the EU States parties acted as a block. A Preliminary Draft Convention was adopted in 1999, generally welcomed by European States but not by the US and some other States. By 2001, when the "Interim Text" full of disputed bracketed language, saw the light, it was clear that a comprehensive Convention dealing with both jurisdiction and recognition and enforcement was beyond our reach, and that the project had to be scaled down.

18. Nevertheless, the work invested in the project was not lost. Various ideas and provisions found their way into the COCC, as well as into the 2018 Draft. Moreover, the 1999 *Nygh-Pocar* Report on the Preliminary Draft Convention (Nygh, Pocar, 2000: 19-128) has been an invaluable reference tool not only for the *Hartley-Dogauchi* Explanatory Report on the COCC¹⁸ but also for the *Garcimartín-Saumier* Report on the current draft Convention.

17 Recognition and enforcement in the US are not covered by federal statute, but mainly by two Uniform Acts, the 1962 Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act and the 2005 Uniform Foreign-Country Money Judgments Recognition Act. The liberal attitude towards recognition and enforcement which they reflect is followed, in those states of the US that have not adopted these two statutes and for judgments not covered by them, by common law principles based on comity.

18 Hartley, Dogauchi, 2005: 860-863.

2.2.3. Six major challenges

19. Six major issues, in particular, prevented the conclusion of a comprehensive global *traité double* in 2001. Four of these were related to direct grounds of jurisdiction: (i) activity-based jurisdiction, (ii) the internet, (iii) consumer and employment contracts, and (iv) intellectual property (IP). The other two were (v) bilateralisation, and (vi) the relationship with the Brussels (and Lugano) regime.¹⁹ These issues had to be, and were, resolved in the context of the COCC.²⁰ They will have to be resolved for the future Hague Convention.

2.3. The 2005 Choice of Court Convention

2.3.1. How the COCC deals with these challenges

20. Activity-based jurisdiction (major issue (i)) and the internet (ii) present challenges when it comes to determining the proper determination of the competent court in the absence of a designation by the parties. However, these issues disappear, or are at least very much reduced, where the parties agree themselves on the competent court, the situation contemplated by the COCC. Regarding consumer and employment contracts (iii), they are excluded from the scope of the COCC. The Convention also found a way to deal with IP issues (iv): it excludes issues of validity of patents and trademarks, the idea being that they should not be the object of contractual designation, but be litigated in the place where the IP rights were registered. But since that problem does not arise with unregistered rights such as copyright, these are included. On the other hand, agreements on the infringement of patents and trademarks are excluded again, except where they are part of a dispute on a licensing contract. The exclusions do not apply to proceedings if the excluded matter arises merely as a preliminary issue.

21. In the context of the COCC, limited to situations where the parties agree on the exclusive court, there was no need to provide for a bilateralisation mechanism (v). Importantly, the COCC found a solution for its relationship with the Brussels and Lugano regimes²¹ (vi), thus providing inspiration for the future Convention.²²

19 Permanent Bureau, *Some Reflections on the present state of negotiations on the Judgments Project in the context of the future work program of the Conference*, Prel. Doc. No 16 of February 2002, Retrieved 01, February 2019, from <https://assets.hcch.net/docs/fc32c43e-22ac-4cb1-8f79-67688d66b282.pdf>

20 See, especially, van Loon, 2016: 46-51; van Loon, 2016: 11-29; Brand, 2016: 31-43; Stanivuković, 2016: 45-68; Musseva, 2016: 69-91; Alihodžić, 2016: 93-113; Süral, 2016: 115-132.

21 Art.26 (6) respectively 26 (2) and (3) of the COCC.

22 Art. 24 (4) and (2) and (3). For a critical discussion of Art. 24, however, see Noodt Tequila, Abou-Nigm, 2017/2018: 464-468.

2.3.2. Interaction COCC and Brussels I recast

22. The COCC has had a substantial impact on the revised provisions on prorogation of jurisdiction (Art. 25) and *lis pendens* (Art. 31) of Brussels I recast. Conversely, this has facilitated the early approval of the COCC by the EU²³. As we shall see, the COCC has also been a model for the 2018 Draft in many respects, including its scope and grounds for refusal of recognition and enforcement. But there are also departures from that model.

3. Challenges for the future Convention

3.1. Changed Dynamics

23. If one could say that at the time of the 2001 Interim Text, the EU-US dynamics prevailed, nowadays the negotiations in the Hague have changed and have acquired a more global character. China and other (formerly) “emerging” States have become more actively involved, and the treaty to be adopted in 2019 is bound to reflect more global interests. It has always been our hope at the Permanent Bureau that a judgments convention would serve the whole world, and it had been a major argument when we suggested the Hague Conference as the appropriate forum for the topic (*supra* 14).

24. In some respects, it has become more challenging to reach global agreement (Bonomi, 2015/2016: 1-31).²⁴ A noticeable example here is IP (major issue (iv), *supra* 19.). Whereas the COCC found a solution for the inclusion of some IP-related issues in the treaty, in the course of the negotiations on the 2018 draft, China, the EU, the US, and others, each had their own views on whether IP should be included and, if so, which aspects. The 2018 Draft reflects this lack of common understanding.

25. On the other hand, the fact that the current work is limited to the recognition and enforcement of judgments, and does not address original jurisdiction of the courts, should make it easier to reach a consensus. For the purpose of such a convention, a foreign judgment needs to pass the test whether the court giving the judgment had a sufficient link with the case as defined, in general terms, by the Convention, in order to determine whether that judgment qualifies for

23 In addition to the EU (27 States), Denmark, Mexico, Montenegro and Singapore are Parties to the COCC. With a view to ensuring the continued application of the Convention, in the event of and subject to a “no deal” in the Brexit negotiations, the UK signed and ratified the Convention on 28 December 2018, entry into force on 1 April 2019. China and the US have signed but not yet ratified the Convention.

24 This article discusses an earlier draft text, but is still relevant. See also Teitz, 2019.

recognition and enforcement in the State addressed. But States remain free to determine on which grounds their courts may, or may not, assume jurisdiction. So, contrary to the COCC which excludes consumer and employment contracts (major issue (iii), *supra* 19), judgments in such matters are included in the 2018 Draft.

26. Nevertheless, the difference in approach between the US and other States to adjudicatory jurisdiction, although reduced by recent US Supreme Court decisions, remains an important issue even at the stage of recognition and enforcement of judgments. As a result, major issues in activity-based jurisdiction (i), and the Internet (ii), referred to above, pose challenges for the current negotiations as well.

3.2. Judicial jurisdiction: the US compared with other States

27. In the US, judicial jurisdiction is a constitutional matter²⁵ and, in that respect, its position is rather unique.²⁶ Whatever statutes in the US say about the reach of the jurisdiction of the courts, the courts must apply constitutional principles of due process to check that the limitations of due process are not exceeded. According to *International Shoe v. Washington*,²⁷ the defendant must have “*minimum contacts*” with the forum state such that the maintenance of the suit does not “offend traditional notions of fair play and substantial justice”. This leads to a focus on the relationship *between the defendant and the forum*, whereas in Europe and other States it is the relationship *between the subject matter of the litigation (or claim) and the forum* that is the relevant touchstone.

28. At the same time, in the US, the defendant is brought to court for purposes of adjudicatory jurisdiction not only where he/she is *domiciled*²⁸ – the dominant approach of the Brussels/Lugano system – but also when he/she is *active* in a State or *directs activity* at that State – a criterion which in Brussels I recast only appears in Art. 4 (1) (c). If the defendant is not domiciled in a State, but is doing business there in a continuous and systematic manner, he/she may be brought to court in that country, *even if the claim arises out of the activity of the defendant elsewhere*, not in that State: *general jurisdiction*.

25 In *Pennoyer v. Neff*, (95 U.S. 714 (1878)) the US Supreme Court decided that when it comes to adjudicatory jurisdiction defendants are protected under the Fifth and Fourteenth amendments of the US Constitution

26 For a recent overview see Silberman, 2019.

27 *International Shoe v. Washington*, 326 U.S. 310 (1945).

28 Or *deemed* to be domiciled, see Arts. 11 (2), 17 (2), and 20 (2) of the Brussels Regulation (Recast).

29. Recently, and in part as a result of the criticisms expressed during the negotiations on the judgments project in The Hague of the overly broad assertion of jurisdiction to which this may lead, the US Supreme Court²⁹ has narrowed the standard for general jurisdiction. A corporation's link with the forum must be so continuous and systematic as to render the defendant essentially "at home" in the forum State, which comes close to the place of incorporation and principal place of business known in the Brussels/Lugano system.

30. If the defendant, although not present in the forum country, is active there, or directs activity at that country but not in such a continuous and systematic manner as to render the defendant "essentially at home" in that country, then he/she may still be subject to the jurisdiction of that court, provided the claim "arises out of that activity": *specific jurisdiction*. This, however, requires "purposeful availment" by the defendant of "the benefits and protections of [the forum State's] laws"³⁰. Again, recent case-law of the Supreme Court has limited the reach of the "arising out/purposeful availment" requirement³¹.

31. So, in respect of *contracts*, the court-dispute connection based on the place of performance of the contract, as defined by Art. 7 (1) of Brussels I recast, is in the US view too narrow (on the one hand) because it does not provide for jurisdiction where the defendant, without being active *in* that country, directed its activity *at* that country. But, on the other hand, it is too broad because it may lead to jurisdiction of a court in a country in which the defendant neither was active nor at which it directed activities.

32. In respect of *torts* (Art 7 (2) Brussels I recast), the EU and US approaches do not conflict so far as the court-claim connection is based on the place where the act or omission causing the injury occurs. But where the court-claim connection is based simply on the place where the injury arose, and not on "purposeful conduct" of the defendant, the US has a problem. In the US view, this is only acceptable if the defendant's activity is in one way or another directed at the country where the injury took place. In *Walden v. Fiore*³², the US Supreme Court recently ruled that mere injury suffered by a forum resident is not a sufficient

29 First in *Goodyear Dunlop Tires v. Brown*, 131 S. Ct. 2846 (2011), then in *Daimler AG v. Bauman*, 134 S.Ct. 746 (2014). In *Daimler* (p.23), the Supreme Court refers to the Solicitor General's brief, according to which "foreign governments' objections to some domestic courts' expansive views of general jurisdiction have in the past impeded negotiations of international agreements on the reciprocal recognition and enforcement of judgments" an indirect reference to the Hague negotiations on a "mixed" convention.

30 Justice O'Connor, in *Asahi Metal Industry Co. v. Superior Court*, 107 S.Ct.1026 (1987).

31 See *McIntyre Machinery, Ltd. v. Nicaastro*, 131 S. Ct. 2780 (2011); *Bristol-Myers Squibb Co. v. Superior Court of California*, 137 S. Ct. 1773 (2017).

32 *Walden v. Fiore*, 134 S. Ct. 1115 (2014).

connection between the defendant and the forum. Internet jurisdiction, both in defamation and in other cases, including concerning trademark infringement, raises special questions relating to what “purposeful availment” implies.

33. Not surprisingly, then, the *forum actoris*, provided for by the Brussels/Lugano regime, enabling weak parties such as insured persons, consumer and employees to sue a defendant who is domiciled abroad in the court of their own domicile, only based on the fact of their being domiciled there, is not acceptable for the US.

4. Impact on the 2018 Draft Convention

34. The difference in approach between the US, focused on the defendant–forum relationship, and that of the Brussels/Lugano regime and other States, focused on the dispute (claim)–forum relationship, is reflected in the 2018 Draft, in particular its Article 5, which deals with indirect bases for recognition and enforcement.³³ But the 2018 Draft also echoes other, economic and cultural differences, including in relation to intellectual property, defamation and privacy.

4.1. Contracts

35. Article 5 (1) (g), in its first limb, focusing on the place of performance, reflects the court–dispute approach. Therefore, it does not cover judgments given by a court of a country where a significant amount of (preparatory) work was done under the contract but not such that it qualified as “the place of performance”. On the other hand, the second limb excludes recognition and enforcement of judgments based on the test of the first limb where “the defendant’s activities did not constitute a purposeful and substantial connection to that State”. This meets the US defendant–forum requirement, but implies a limitation of the Brussels/Lugano approach, and reduces predictability.

33 For criticism of the approach followed by art. 5, see Brand, 2019. He argues that “[in contrast to] just about every *trade treaty* [emphasis added *HvL*]...the Draft text does not include a rule of non-discrimination. Rather, through the choice of a specific set of rules of indirect jurisdiction in Article 5(1), it allows those states which discriminate in the process of judgments recognition to continue to do so”. However, while the Draft certainly seeks to facilitate international trade by enhancing the free flow of judgments, that does not make it a *trade treaty* subject to the rule of non-discrimination regarding foreign products and services. It is true that the Draft does not oblige the requested State to apply a recognition and enforcement test based on whether or not the original court had based its judgment on a ground of direct jurisdiction available in the requested State, as Prof. Brand would have preferred (and for which a precedent may be found in Art. 20(3) of the 2007 Hague Child Support Convention). But, for the purpose of the test of Article 5, incoming judgments from all Contracting States are to be treated uniformly, without discrimination.

4.2. Torts

36. Article 5 (1) (j) on non-contractual obligations, including torts, is narrowly drafted in two respects. First, in terms of the types of damage with which the judgment is concerned: “death, physical injury, damage to or loss of tangible property”, thus excluding immaterial damage among other matters. Second, by excluding judgments rendered by the courts of the State where the injury arose, if that was not also the State where the act or omission took place. This is a more limited approach than that of the Court of Justice of the European Union (CJEU) interpreting the Brussels Convention,³⁴ according to which both the court of the place where the damage is caused and where the injury arose have jurisdiction. It is even narrower than the 2001 Interim text, which, analogous to the provision on contractual obligations (*supra* 35.),³⁵ did include this basis of jurisdiction subject to a foreseeability test.³⁶ It is hoped – also in the light of the 2030 UN Agenda for Sustainable Development which highlights the current “immense challenges to sustainable development”³⁷ – that the final text will make room for recognition and enforcement of judgments emanating from the court of the place where the injury arose if the defendant could reasonably foresee that its conduct would give rise to the harm in that State (van Loon, 2018: 298-318).

4.3. Internet

37. Courts in the US, the EU, and Canada continue to wrestle with issues of jurisdiction concerning defamation through the Internet, which may cause damage in multiple States. In *Keeton v. Hustler Magazine*,³⁸ in the context of print distribution, the US Supreme Court permitted a defamation claim for the *totality* of the damage, even in a forum where minimal damage occurred. By contrast, the CJEU, in *Shevill v. Press Alliance*,³⁹, also a print defamation case, ruled that a

34 CJEU, C-21-76, *Bier v. Mines de Potasse* (1976).

35 Art. 10 of the 2001 Interim Text read as follows: *A plaintiff may bring an action in tort or delict in the courts of the State a) in which the act of omission that caused the injury occurred or b) in which the injury arose, unless the defendant establishes that the person claimed to be responsible could not reasonably have foreseen that the act or omission could result in an injury of the same nature in that State.*

36 This probably reflects uncertainty regarding the US Supreme Court’s position in respect of the requirements for the exercise of specific jurisdiction over a non-resident defendant, following its recent decision in *Bristol-Myer Squibb v. Superior Court* (*supra*, fn. 32)

37 UN, *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, Retrieved 01 February y 2019, from [ht tps://sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld](https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld), par. 14.

38 *Keeton v. Hustler Magazine*, 465 U.S. 770 (1984).

39 CJEU 7 March 1995, C-68/93, ECLI:EU:C:1995:61

plaintiff may sue only for the damage suffered in the State of distribution (“*mosaic*” approach), and can recover *full* damages or injunctive relief only suing in the place where the publisher is established. However, in *eDate Advertising and Others*⁴⁰ and *Bolagsupplysningen OU v. Svensk Handel AB*,⁴¹ both Internet cases, the CJEU found that the plaintiff may, in addition, bring a suit for *full* damages and injunctive relief in the courts of the Member State where the plaintiff has the “centre of his interests”. A recent Canadian Supreme Court decision on Internet defamation is conspicuous by a sharp division of the justices regarding the application of *forum non conveniens*.⁴² In view of these differences, and more fundamental cultural variances on the balance between freedom of speech and protection of personal reputation, it comes as no surprise that the 2018 Draft excludes defamation altogether, Art. 2 (1) (k).

4.4. Intellectual Property

38. Other types of cases may also involve the Internet, for example infringement of trademarks or commercial contracts. Art. 5 (3) under (a) and (b) has bracketed language to deal with a judgment given by, for example, a court in the State of registration of a trademark against a defendant who offers cloud based services from an interactive website attracting customers from around the world for infringement of that trademark, without having acted in or targeted activities at that State.

39. But Art. 5 (3) itself appears in brackets, as do Arts. 6 (a), 7 (1)(g), 8 (3), and 11. Moreover, Art. 2 (1) (m) potentially excludes IP altogether. A complete exclusion of IP would be a step back in comparison with the COCC, so hopefully it will be possible to avoid such a far-reaching decision.

4.5. Consumers and employees

40. Contrary to the COCC, the 2018 Draft includes judgments on consumer and employee contracts. Where the consumer or employee seeks recognition and enforcement of a judgment *in their favour*, other rules apply. However, the trader/ employer will only obtain recognition and enforcement *against* a consumer or employee, where they have addressed to the court their express consent to its jurisdiction and the Draft excludes in that case judgments given by the court of performance (Art. 5 (2)). Nor does it provide for recognition and enforcement of judgments given by courts of the consumers’ or employees’ domicile, or the

40 CJEU 25 October 2011, C-509/09, ECLI:EU:C:2011:685

41 CJEU 17 October 2017, ECLI:EU:C:2017:766

42 *Haaretz.com v. Goldhar*, 2018 S.C.C. 28.

place where the employee habitually carries out his/her work (in contrast to Arts. 17-23 Brussels I recast).

5. Other features of the 2018 Draft Convention

5.1. Exclusions/Inclusions

41. The exclusions from scope of the 2018 Draft largely coincide with those of the COCC. But the 2018 Draft includes judgments given in anti-trust (competition) matters – still in brackets, as a sensitive matter – and on claims for personal injury, damage to tangible property, and rights *in rem* (Permanent Bureau, 2018). As in the COCC, where an excluded matter arises merely as a preliminary issue in the proceedings, it does not trigger the exclusion of the judgment: Art. 2 (2). But the ruling on that preliminary matter itself *shall* not be recognised and enforced *under the Convention* (but *may* still be *under national law*), and insofar as the judgment was based on a ruling on that matter, it *may* be refused (Art. 8). Contrary to Art. 10 (4) COCC, a reference to Art. 19 is missing however. Also contrary to the COCC (Art. 17), the 2018 Draft does not contain a provision for contracts of (re-)insurance relating to a matter to which the Convention does not apply.

42. Similar to the COCC, the 2018 Draft provides that “proceedings are not excluded from the scope of the Convention by the mere fact that a State, including a government, a governmental agency or any other person acting for a State, is a party thereto” (Art. 2 (4)). However, Art. 20, in bracketed language, permits Contracting States to reverse this rule, by declaring, with reciprocal effect, that it will *not* recognise or enforce such a judgment when that State, or an agency or person acting on its behalf, *itself* is involved except where it concerns an enterprise owned by a State.

5.2. Exclusive bases for recognition and enforcement.

Recognition and Enforcement under national law

43. Art. 6 obliges courts to refuse recognition and enforcement of judgments that do not respect the requirements of Art. 6 (a)(*supra* 39), (b) and (c). As noted, the Draft Convention does not include a list of prohibited bases for recognition and enforcement, but indirectly these provisions have a similar effect regarding judgments not based on the exclusive bases of Art. 6. This is an exception to Art. 16, which makes it clear that the Convention is generally non-exclusive, leaving Contracting States free to recognise and enforce judgments on any basis not foreseen, or on any matter excluded, by the Convention.

5.3. Refusal of recognition or enforcement and procedural matters

44. Arts. 7 (grounds of refusal), 8 (preliminary questions) (*supra* 41.), 9 (severability), 10 (punitive damages), 12 (judicial settlements), 13 (documents), and 14 (1) (procedure) correspond largely with, or are even identical to, Articles 9, 10, 15, 11-14 of the COCC.

45. Art 7 (1) (b), permitting refusal of recognition and enforcement if the judgment is obtained “by fraud” contrasts with the corresponding provision of the COCC, limited to fraud “in connection with a matter of procedure”. As with the added language in par. (c) (“...and situations involving infringements of security or sovereignty of that State”), the risk is that this may invite a review of the merits of the judgment, contrary to the provision of Art. 4 (2) which prohibits such review. Art. 7 (1) (d) extends the idea underlying the COCC that court designations by the parties must be respected, to non-exclusive choice of court agreements and agreements in trust instruments.

46. The 2018 Draft contains several interesting novelties. One novelty is the provision of Art. 4 (4), which gives the requested court a certain flexibility in dealing with judgments that are subject to review in the State of origin. Contrast this with many national recognition regimes requiring that the judgment must be final. Another novelty is the exclusion by Art. 14(2) of the application of the *forum non conveniens* test at the stage of recognition and enforcement: the requested court may not refuse the recognition or enforcement of a judgment on the ground that the requesting party had better seek such recognition or enforcement in another State⁴³. Another helpful provision is Art. 15 on security for costs, inspired by Articles 14 and 15 of the 1980 Hague Convention on Access to Justice.

5.4. Judgments given by a common court

47. Another novelty is the provision, in bracketed language, dealing with judgments rendered by “common courts” (Art 4 [(5)], [(5) and (6)]). These are courts established by two or more States, such as the Common Court of Justice and Arbitration of the Organization for the Harmonization of Business Law (CCJA); the Caribbean Court of Justice (CCJ); the Judicial Committee of the Privy Council (JCPC); or the future Unified Patent Court. But since the EU counts as a “Contracting State”, as it may itself become a Party to the future Convention, the CJEU is not to be considered as a common court.

43 Note that the Convention, being a *traité simple*, does not and cannot exclude the application of the *forum non conveniens* by the court originally addressed.

48. The 2018 Draft seeks to establish the conditions under which a judgment rendered by a common court “shall be deemed to be a judgment given by a court of a Contracting State”. First, a declaration of a Contracting State identifying such a court is required. Second, the draft deals with the “free rider” problem, i.e., it seeks to prevent recognition or enforcement of a judgment rendered by a common court in situations where one or more of the States on whose behalf the common court exercises jurisdiction is not a Party to the Convention. Otherwise, a State could benefit from the Convention without binding itself to it⁴⁴. Finally, the Declaration has effect in the relation to other Contracting States only if they have not opted out from (Art. [6], first alternative), or into it (Art. [6], second alternative).

6. Conclusion

49. There is a certain irony in the fact that, when later this year the Convention on the Recognition and Enforcement of Judgments will see the light, the work that started in the 1960's with the 1965 Choice of Court and the 1971 Recognition and Enforcement Conventions will have come full circle: the Hague Conference will, once again, after having crafted an instrument on choice of court, adopt a Recognition and Enforcement Convention! Yet, the image of an upward spiral will hopefully do better justice to the outcome. If one compares the 1965 and 2005 Choice of Court Conventions, it is only fair to note that the former went only half way, in particular insofar as it did not unify the rules of recognition and enforcement of judgments but left these to national law, and it never came into force, whereas the 2005 Convention now binds 32 States, has been signed by the US and China, and is likely to attract more Parties in the future.

50. The reasons for the failure of the 1971 Convention have been set out *supra* 10.–13. The structure of the new Convention will hopefully be less complicated than that of its predecessor. A bilateralisation requirement should be avoided, or at least drafted in a way that makes the application of the Convention not unduly difficult.

Contrary to the situation forty years ago, there is no competing (European or international) instrument available. On the contrary, through its membership of the Hague Conference (since 2007), the EU has acknowledged the importance of this organisation as a forum for negotiating global instruments. For the EU, the Judgments Project is now a priority project of the gradual construction of an external EU policy on judicial cooperation in civil and commercial matters.

44 Subparagraph (a) excludes such situations where the judgment is based on consent only of the parties. Subparagraph (b) deals with all other situations, in so far as a clear link can be established between the judgment and a Contracting State.

From a global perspective, the Convention will fulfill a long-felt need for a multilateral framework for the recognition and enforcement of judgments. The Convention will, as a whole, contribute to the aforementioned 2030 UN Agenda for Sustainable Development which encourages the international community to “promote the rule of law at the national and international levels and ensure equal access to justice for all” (Sustainable Development Goal 16.3).⁴⁵ In terms of its scope, if (for example) IP and or anti-trust matters were excluded, it may end up as a rather modest instrument, but that may be inevitable to attract worldwide participation. In the future, its substantive reach might also be broadened, through additional protocols.⁴⁶

It will be very important to focus the energy of the Conference on the promotion and follow up on the implementation and application of the future Convention. This will require considerable efforts, from which work on a possible “*traité double*” (*supra* 2.) should not detract. After so many years of intense study, dialogue and negotiations, the 2019 Convention on the Recognition and Enforcement of Judgments in Civil or Commercial Matters has the potential of meeting the need for a truly global common framework for the circulation of judgments in our emerging world society.

Literature/References

Alihodžić, J. (2016). The Hague Convention 2005 and Bosnia and Herzegovina. *Anali Pravnog fakulteta u Zenici*. 18(9). 93-113.

Asahi Metal Industry Co. v. Superior Court, 107 S.Ct.1026 (1987).

Bonomi, A. (2015/2016). Courage or caution? A critical overview of the Hague Preliminary Draft on Judgments. *Yearbook of Private International Law*, Volume 17 (2015/2016). 1-31.

Brand, R. (2016). The 2005 Hague Choice of Court Convention in the United States. *Anali Pravnog fakulteta u Zenici*. 18(9). 31-43.

Brand, R. (2019). *The Circulation of Judgments under the Draft Hague Judgments Convention*. Retrieved 01, February 2019, from https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3334647

⁴⁵ See, both on the EU and the global perspective on the future Convention, Pertegás, 2018: 67-82.

⁴⁶ Cf. Art. 22 of the 2018 Draft: “The Secretary General of the Hague Conference on Private International Law shall at regular intervals make arrangements for (a) review of the operation of this Convention, including any declarations; and (b) consideration of whether any amendments to this Convention are desirable.

Bristol-Myers Squibb Co. v. Superior Court of California, 137 S. Ct. 1773 (2017).

Brussels Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters (1968), OJ L 299, 31.12.1972.

CJEU, C-21-76, *Bier v. Mines de Potasse*, CJEU 30 November 1976.

ECLI:EU:C:1976:166. CJEU, *Bolagsupplysningen OU v. Svensk Handel AB*, 17 October 2017,

ECLI:EU:C:2017:766.

CJEU, *eDate Advertising and Others*, 25 October 2011, C-509/09,

ECLI:EU:C:2011:685. CJEU, *Shevill v. Press Alliance*, 7 March 1995, C-68/93,

ECLI:EU:C:1995:61. Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters.

Convention of 15 April 1958 concerning the recognition and enforcement of decisions relating to maintenance obligations towards children.

Convention of 15 April 1958 on the jurisdiction of the selected forum in the case of international sales of goods.

Convention of 25 November 1965 on the Choice of Court.

Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements.

Convention of 23 November 2007 on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance.

Convention on jurisdiction and the enforcement of judgments in civil and commercial matters (1988), OJ L 319, 25.11.1988.

Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 339, 21.12.2007.

Council on General Affairs and Policy of the Hague Conference on Private International Law, *Conclusions and Recommendations*, March 2018, Retrieved 1 February 2019, from <https://www.hcch.net/en/governance/council-on-general-affairs> Archive> Meeting 2018>.

Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, OJ L 12, 16.1.2001.

Daimler AG v. Bauman, 134 S.Ct. 746 (2014).

Draft Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters, Retrieved 1, February 2019, from <https://assets.hcch.net/docs/9faf15e1-9c36-4e57-8d56-12a7d895faac.pdf>

Droz, G. (1969). Explanatory Report on the Supplementary Protocol of 1 February 1971 to the Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters. In Acts and Documents of the Extraordinary Session (1966, pp.498-504). The Hague: HCCH Publications.

Fragistas, Ch. (1969). Explanatory Report on the 1971 Hague Judgments Convention. In Acts and Documents of the Extraordinary Session (1966, pp. 360-388). The Hague: HCCH Publications.

Goodyear Dunlop Tires v. Brown, 131 S. Ct. 2846 (2011).

Haaretz.com v. Goldhar, 2018, S.C.C. 28.

Hartley, T., Dogauchi, M. (2005). *Explanatory Report of the Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements*. Retrieved 01 February 2019 from <https://assets.hcch.net/upload/expl37final.pdf>

International Shoe v. Washington, 326 U.S. 310 (1945).

Keeton v. Hustler Magazine, 465 U.S. 770 (1984).

McIntyre Machinery, Ltd. v. Nicastro, 131 S. Ct. 2780 (2011).

Musseva, B. (2016). Opposability of Choice-of-Court Agreements against Third Parties under the Hague Choice-of-Court Convention and Brussels Ibis Regulation. *Anali Pravnog fakulteta u Zenici*. 18(9). 69-91.

Noodt Tequila, M., Ruiz Abou-Nigm, V. (2017/2018). The Draft Judgments Convention and its Relationship with other International Instruments. *Yearbook of Private International Law*, 19(2017/2018). 449-474.

Nygh, P., Pocar, F. (2000). *Report of the Special Commission of the Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*. Retrieved 01 February 2019 from <https://assets.hcch.net/docs/638883f3-0c0a-46c6-b646-7a099d9bd95e.pdf>

Pennoyer v. Neff, (95 U.S. 714 (1878)) of the US Supreme Court.

Permanent Bureau (2018). *The possible exclusion of anti-trust matters from the Convention as reflected in Article 2 (1) (p) of the 2018 draft Convention*. Retrieved 01 February 2019 from <https://assets.hcch.net/docs/dcd7c92a-d3fd-46a5-bae5-627ff1636003.pdf>

Permanent Bureau (2019). *Some Reflections on the present state of negotiations on the Judgments Project in the context of the future work program of the Conference*, Prel. Doc. No 16 of February 2002, Retrieved 01 February 2019 from <https://assets.hcch.net/docs/fc32c43e-22ac-4cb1-8f79-67688d66b282.pdf>

Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law (1995). Some reflections of the Permanent Bureau on a general convention on enforcement of judgments (Prel. Doc. No. 17 of May 1992). In the *Proceedings of the Seventeenth Session, Tome I, Miscellaneous Matters* (pp. 231-293). The Hague: HCCH Publications.

Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law and the Co-reporters (2001), *Summary of the Outcome of the Discussion in Commission II of the First Part of the Diplomatic Conference 6-0 June 2001, Interim Text*, Retrieved 01 February 2019 from <https://assets.hcch.net/docs/e172ab52-e2de-4e40-9051-11aee7c7be67.pdf>

Pertegás, M. (2018). Brussels I Recast and the Hague Judgments Project. In: G. Van Calster & Jura Falconis (eds.), *European Private International Law at 50* (pp. 67-82). Antwerp: Intersentia.

Pocar, F., Honorati, C. (eds). *The Hague Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Judgments, Proceedings of the Round Table held at Milan University on 15 November 2003*. Milan: Wolters Kluwer Italia

Prel. Doc.No 1 of December 2018 – Judgments Convention: Revised Draft Explanatory Report, Retrieved 01 February 2019 from <https://assets.hcch.net/docs/7d2ae3f7-e8c6-4ef3-807c-15f112aa483d.pdf>

Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters, Retrieved 01 February 2019, from <https://assets.hcch.net/docs/638883f3-0c0a-46c6-b646-7a099d9bd95e.pdf>

Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, *OJ L* 351, 20.12.2012.

Silberman, L. (2019). Judicial Jurisdiction and Forum Access - The Search for Predictable Rules. In: F. Ferrari & D. Fernandez Arroyo (eds.), *The Continuing Relevance of Private International Law and Its Challenges*. Edward Elgar Publishing.

Stanivuković, M. (2016). Choice of Court Convention (HCCH) and Arbitration. *Anali Pravnog fakulteta u Zenici*. 18(9). 45-68.

Supplementary Protocol of 1 February 1971 to the Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters.

Süral, B. C. (2016). Possible Impact of the Hague Convention on Choice of Court Agreements on Turkish Law. *Anali Pravnog fakulteta u Zenici*. 18(9). 115-132.

Teitz, L.E. (2019). Another Hague Judgments Convention? Bucking the Past to Provide for the Future. 29 *Duke Journal of Comparative & International Law*. 29(2019).

UN, *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development*, Retrieved 01 February 2019 from <https://sustainabledevelopment.un.org/post2015/transformingourworld>, par. 14.

van Loon, H (2018). Principles and building blocks for a global legal framework for transnational civil litigation in environmental matters. *Uniform Law Review*, 23 (2018). 298-318.

van Loon, H. (2016). The 2005 Hague Convention on Choice of Court Agreements - an Introduction. *Anali Pravnog fakulteta u Zenici*. 18(9). 11-29.

van Loon, H. (2016). *The Global Horizon of Private international Law*. Recueil des cours/Collection of Courses of the Hague Academy of International Law (vol.380). The Hague: Brill | Nijhoff

von Mehren, A.T. (2002). *Theory and Practice of Adjudicatory Authority in Private International Law: A Comparative Study of the Doctrine, Policies, and Practices of Common-Law and Civil-Law Systems, General Course*. Recueil des Cours /Collected Courses of the Hague Academy of International Law (vol. 295). The Hague: Brill | Nijhoff

Walden v. Fiore, 134 S. Ct. 1115 (2014).

Hans van Loon,

Bivši generalni sekretar Haške konferencije o međunarodnom privatnom pravu (1996-2013), član Instituta za međunarodno pravo

KA GLOBALNOJ HAŠKOJ KONVENCIJI O PRIZNANJU I IZVRŠENJU PRESUDA U GRAĐANSKIM ILI TRGOVAČKIM STVARIMA

Rezime

Diplomatska sednica Haške konferencije o međunarodnom privatnom pravu posvećena usvajanju Konvencije o priznanju i izvršenju presuda u građanskim ili trgovačkim stvarima održaće se u periodu od 18. juna do 2. jula 2019. godine. U ovom radu dat je osvrt na istoriju tog projekta, koji seže do 1992. godine, kada su Sjedinjene Američke Države predložile usvajanje „mešovite konvencije“. S tim u vezi, razmatra se i dinamika inicijalnih pregovora: razlozi zbog kojih pregovori nisu mogli da iznedre konvenciju koja bi, osim priznanja i izvršenja presuda, unifikovala i osnove direktne međunarodne nadležnosti, već su doveli do otpočinjanja pregovora o usvajanju Konvencije o izboru suda iz 2005. godine, čiji je domašaj ograničen na sporazume o izboru (isključivo) nadležnog suda i priznanje i izvršenje presuda donetih na osnovu takvih sporazuma. Autor takođe razmatra okolnosti pod kojima je došlo do aktuelnih pregovora koji su doveli do izrade Nacrta Konvencije o priznanju i izvršenju presuda (maja 2018. godine), čije je polje primene ograničeno samo na priznanje i izvršenje presuda. Uprkos navedenom ograničenju, razlike koje postoje između SAD-a i drugih država po pitanju sudske nadležnosti i dalje imaju važan uticaj na priznanje presuda u materiji ugovora, delikata, aktivnosti na internetu, intelektualne svojine, prava potrošača i zaposlenih. U radu se navodi i nekoliko drugih karakteristika Nacrta Konvencije iz 2018, koje jednim delom počivaju na Konvenciji o izboru suda a drugim delom predstavljaju novine. Naposletku, autor zaključuje da će buduća konvencija, iako je polje njene primene možda manje ambiciozno od onoga što je isprva planirano, ipak ispuniti dugogodišnja očekivanja na globalnom planu.

Ključne reči: *Nacrt Haške konvencije o priznavanju i izvršenju presuda, Haška konvencija o izboru suda, Regulativa Brisel I (recast), dinamika i izazovi pregovaračkog procesa, osnovi direktne i indirektno međunarodne nadležnosti, sudska nadležnost u SAD i drugim državama, ugovori i delikti, intelektualna svojina, razlozi odbijanja priznanja, bilateralizacija.*

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

originalni naučni rad
doi:10.5937/zrpfni1982037V

UDK: 930.85
341.24
7.025

Rad primljen: 10.02.2019.
Rad prihvaćen: 31.03.2019.

QUESTIONS ON PROTECTION OF CULTURAL HERITAGE**

Introduction

1. The aim

The aim of the following lines is to give a summary of the efforts undertaken by international organizations and national legislations, in particular by Greek law, in order to protect the cultural heritage of a country, also called cultural patrimony or cultural property¹. Greece, since the very beginning, during and after the creation of the modern State, has been very concerned with the protection of cultural objects, and in particular with their international protection, as it often suffers from theft and looting of many elements of its cultural heritage. In order to increase the protection of such objects, this country plays an active role in the international arena, promoting the return and restitution of stolen or illegally exported elements of cultural heritage to their countries of origin.

* vrellis@law.uoa.gr

** This paper reproduces the text of a lecture given by the author at the Faculty of Law University of Niš (Center for Private International Law of the Hague Conventions) on the 13th of April 2016.

1 The term *cultural heritage* seems preferable, though it has been criticized, e.g., by Merryman, 1985: 1911-1916, as being *romantic* and as expressing a kind of *cultural nationalism*; nevertheless, being emotionally strong, this term emphasizes more than one factors: a time factor and a national one, which includes, in turn, a cultural element, since cultural identity can be considered as one of the component parts of a nation, affirming and ensuring the identity of the community, to which the item belongs (in a non-strictly legal sense). These factors are always important in order to determine the protected object as well as the degree of the protection. On the concept of the term and on its evolution, see Loulanski, 2006: 207-233.

2. The risks

There are two types of risks menacing cultural heritage: those regarding the corporal integrity of cultural objects threatened by war and other analogous activities² or pollution, natural disasters, public and private works, etc; and risks regarding the interest of a country to keep them in its territory on the one hand, and the interest of the owner to keep an object in its possession on the other hand (thefts and illegal exports). The need for protecting cultural objects from a natural or other disaster is generally recognized, at least in theory, because cultural heritage is very important for a country or a nation, as it is for science, in the sense that it collects a great deal of precious information regarding the evolution of the way of life of human communities. Consequently, their protection is very important for mankind as a whole, a factor which led to the use of the term *world cultural heritage*³. The whole mankind has an obvious "interest" that an Egyptian, Syrian, Afghan, Serbian or Greek monument be protected from destruction. Therefore, international Conventions have been concluded in order to enhance cooperation of States for the preservation of cultural heritage, like the UNESCO Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage (Paris, 16 November 1972).

For jurists, however, the second category of risks carries particular interest, namely with regards to the theft and illegal export of an isolated cultural object or an item removed from a monument. Therefore, we'll insist here on this very issue, which also calls for international cooperation, if not even more so than the first category. Greece is very interested in such cooperation and participated actively in all international negotiations for establishing new instruments within the framework of the UNESCO, the Unidroit, the United Nations or the Council of Europe. It adopted, *e.g.*, the UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property (Paris, 14 November 1970), qualified as *the most influential document in this area*, as well as the Unidroit Convention on stolen or illegally exported cultural objects (Rome, 24 June 1995)⁴. In the EU regime, two other

2 See the UNESCO Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict with Regulations for the Execution of the Convention 1954 (The Hague, 14 May 1954), adopted by Greece and Serbia, and the Protocols; on this Convention Domínguez-Matés, 2008: 851-882; Kamga, 2008: 817-849.

3 The UNESCO established a list of monuments belonging to the world cultural heritage, including among others, *e.g.*, the *Palace of Galerius, Stari Ras and Sopoćani*, the *Studenica Monastery* in Serbia; the *Acropolis (Athens)*, the *Temple of Apollo Epicurius at Bassae*, the *Archaeological Sites of Delphi, Olympia, Aigai (modern name Vergina)*, the *Island of Delos* in Greece.

4 Regarding this very important Convention, see, *e.g.* Vrellis, 2003:17-46. For a comparison between this Convention and the Directive 93/7/EEC of the Council, see Siehr, 1998: 671-683.

instruments are important on this matter: The Council Regulation (EEC) no. 3911/92 of 9 December 1992 on the export of cultural goods (amended several times since) which currently finds its codified version in Council Regulation (EC) no.116/2009 of 18 December 2008 on the export of cultural goods⁵; and the Council Directive 93/7/EEC of 15 March 1993 on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State (modified later and) recast actually by Directive 2014/60/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State and amending Regulation (EU) no 1024/12 (corrigendum in *OJ L* 147, 12.6.2015, p. 24).

The procedure introduced by this Directive was considered as “a first step in establishing cooperation between Member States in this field in the context of the internal market” (recital no. 6 of the Directive 2014/60/EU). The Community had examined the matter as if it were about articles of commerce (see, however, *infra*, 1.2.1). It thus dealt with them as an exception from the fundamental freedom of circulation of goods into the Common Market. Therefore, it restricted this exception, in only some objects classified, before or after their unlawful removal from the territory of a Member State, among “the national treasures possessing artistic, historic or archaeological value”. It would certainly be much better if the Community would deal with such objects not as articles of commerce but rather as elements of the national cultures of member States, all of which enrich cultural diversity; this very diversity seems important for the future of the European Union itself.

3. The main trends

Two different trends appear on a global level. One trend stresses the interest of a usually economically poor but culturally very rich State to keep a cultural object in its territory. Such an interest is extremely important for the history of the country and the identity of the people. This feeling - affirming the continuity and the identity of a nation - has been qualified by the partisans of the second trend as romantic and *nationalistic* (*supra*, note 1). Beside this unjust blame, the second trend refers to the trade freedom as a general principle, covering both usual articles of commerce and objects of art, including cultural objects wrongly assimilated to objects of art. Consequently, according to that second trend, a cultural object must be freely sold in its initial country (*country of origin*), then be transferred to another country, sold there, etc. Even a cultural object stolen in its country of origin and transferred to another country may

5 The Regulation establishes a Community system to protect Member States' cultural heritage from illegal exportation out of the Community borders to *non-Member States*.

be (according to the same trend) legally acquired by a *bona fide* purchaser, sold further to another person and entered into the market. This second trend, so-called *internationalistic*, is supported in particular by persons involved in art trade, art dealers and countries economically rich but culturally rather poor. These countries want to collect cultural objects from all over the world, make profit by organizing auctions in their own territory (*e.g.* Sotheby's in London or Christies), enrich their museums, and they allege that they are in a better position to safeguard the corporal integrity of cultural objects, which are threatened at their home countries with war or other analogous activities or pollution or natural disasters or pillage etc⁶. Thus, they save, as they often cynically pretend, said objects from destruction risks and offer to their citizens and the visitors, opportunities of enjoyment and cultural development. To be sincere, one must stress the fact that the global annual turnover in art market is enormous, analogous to a large extent to that in weapons, and this is a factor stimulating the increase of the illegal trafficking of cultural objects; a traffic which many wish to transform or disguise into legal trade by invoking some well-known rules of private and private international law, such as the protection of a *bona fide* possessor or the *lex rei sitae*.

Our subject will be limited to the exploration of two main questions: (1) What are the protected items? (2) How are they protected, in particular on the international level?

Chapter 1: The protected items

Concerning the definition of cultural objects, two particular problems arise: (a) How are they defined? (b) Do all these objects merit protection, and if so, do all of them merit protection to the same extent?

1.1. How to define a cultural object

Two specific points require more attention:

1.1.1. Who must have the competence for qualifying an item as a cultural object?

A first possible answer is that each State may define which items are considered as cultural objects according to its own law. The other States have to recognize

⁶ Such an allegation is not true. *E.g.*, the fragments of the *Parthenon* temple (Athens), illegally removed and partly destroyed by Lord Elgin (the so-called Elgin Marbles), have been damaged at least twice there, although many had pretended that it was safer for the antiquities to be kept in the British Museum instead of being rendered to Greece, where they were exposed to pollution: (1) when the British Museum, in which they are, awkwardly attempted to clean them; and (2) quite recently, when the room in which the fragments are exhibited has been submerged after a heavy rain.

that definition. This solution has been adopted by the UNESCO Convention (Paris, 1970). Article 1 states, “For the purpose of this Convention, cultural objects are those which, on religious or secular grounds, *are designated by each State* as being of importance for archaeology, prehistory, history, literature, art or science and belong to one of the following categories [...]”; an analytical list of items follows thereafter. Such a solution affirms the principle of mutual recognition of national legislations on the point at hand. In other words, a State recognizes and considers as a cultural object an item which is qualified and protected as such by the legal system of another State. It is obvious that the partisans of a very broad protection of cultural objects are in favor of such a wording.

A similar reference to the domestic legislation is to be found in the Directive 2014/60/EU as well as its initial version (Directive 93/7/EEC). In this instrument, however, the definition is far more restricted, since it is limited to a restricted number of very important cultural objects, those classified as *national treasures* of the relevant Member State, within the meaning of Article 36 of the Treaty, and belonging to one of the categories listed in an Annex or forming integral parts of public collections, etc⁷. The scope of the new version (Directive 2014/60/ EU) is more extensive, covering (i) any cultural object classified *or defined* by a Member State as a *national treasure*, (ii) whether or not such objects form part of public or other collections or are single items, and (iii) whether or not they originate from regular or clandestine excavations.

A different solution has been adopted by the Unidroit Convention (Rome, 1995). Article 2 (the outcome of hard negotiations in Rome) repeats the UNESCO definition, and is accompanied with the same analytical enumeration of items in an *Annex, but without any reference to the State's legislation*. It is an autonomous definition for the purpose of the Convention, not depending on the national legislation of the Contracting States. Consequently, an item qualified as a cultural object by the State of its origin may not be qualified or protected as such by the Unidroit Convention.

1.1.2. What are in principle the items which may be qualified as cultural objects?

There are many answers to this question.

In various national, European and international texts, one may come across definitions which, on the one hand, combine and accumulate some abstract and general elements (*e.g.* an item which, on religious or secular grounds, is of importance for archaeology, literature, art, science etc.) with some other rather

⁷ That Annex contained various items, among them archaeological objects, photographs, films, books etc.

concrete and detailed elements, on the other hand (*e.g.* an item belonging to inventories of institutions) [see Council Regulation (EC) no 116/2009].

Domestic legislations define cultural objects using either some vague and more or less broad wording (this is the case *e.g.* in Canada, Japan, Portugal, Finland, Greece, and other countries)⁸ or a system of classification, registration or inventory, in order to protect exclusively the registered or inventoried items⁹. The second system may appear simple and satisfactory (and useful for the international art trade), but in reality it is not at all satisfactory because (i) a great number of poor countries with a rich and ancient cultural heritage, are not able, to finance such inventories; and (ii) the most vulnerable cultural objects, those unlawfully excavated, remain without any protection, just because they are unknown and consequently they cannot be inventoried.

Sometimes national legislations adopt extremely broad definitions of cultural objects. This is, for example, the case of Greek Act no 3028/2002 on the protection of Antiquities and Cultural Heritage in general¹⁰. Article 2 letter (a) of the Act, without using any list of items, simply states that “Cultural objects shall mean testimonies of the existence and the individual and collective creativity of humankind (human beings)”¹¹. This means that actually *any product of human activity*, as an element of safeguarding the historic memory of human beings constitutes a cultural object and, consequently, it forms part (under some conditions) of the protected cultural heritage of the Country. Obviously, such a general definition is not appropriate for identifying positively the items deserving a specific protection. On the contrary, in a sense, it would be dangerous: If every testimony of a human activity were effectively protected, future creations would be in some way prohibited or scarcely realizable, for lack of space in a narrow piece of land of a small country where culture has been developing for millennia. Thus, it is necessary to find an appropriate criterion, in order to specify the items deserving an increased protection.

8 See in Vrellis, 1996: 221-222.

9 Cf. the UNESCO *Recommendation for the Protection of Movable Cultural Property of 28 November 1978*, art. 12 letter (a).

10 See Vrellis, 2004: 1779-1788.

11 Besides the tangible cultural heritage Greek law and international Conventions actually protect *intangible cultural objects* as well. See art. 5 of the Act, which preceded the UNESCO Convention of 17 October 2003 for the Safeguarding of the Intangible Cultural Heritage (ratified among others by Greece and Serbia). However, it seems doubtful whether or not we are already mature enough to establish a satisfactory system of protection of the intangible cultural heritage, if something like that really exists.

1.2. Are all these objects worth being protected to the same extent?

In order to protect a cultural object, various international instruments, like the UNESCO and the Unidroit Conventions, require that it must be of *importance* for archaeology, history, literature, art or science, etc. This condition presents a twofold aspect: (a) the importance as a concept, and (b) the degree of the importance.

1.2.1. The importance as a concept

The importance (as a concept) of a cultural object shall not be linked with its financial value. A piece of textile of no earthly use may have an extremely high moral and historic value for a State or a nation, because it is the bloodstained flag of that nation fighting for freedom. Evaluating the importance of an item on the base of its price in the market is an idea completely incompatible with the *ratio* of protecting cultural objects. However, Council Regulation (EC) no 116/2009 and the initial Directive 93/7/ EEC required for the protection of some categories of cultural objects (like drawings, photographs, books, pictures etc) that they have a minimum price in the market. Fortunately, under the new version (Directive 2014/60, Recital 9), cultural objects classified or defined as national treasures no longer have to belong to categories or comply with thresholds related either to their age or financial value in order to qualify for return under the Directive.

In the UNESCO's and the Unidroit definitions of cultural objects, the importance of the item has to do with archaeology, history, literature, art, etc. This link has a temporal and a cultural aspect. On the one side, for many cultural objects like those being important for paleontology or history, the critical factor is that of their age; on the other side, for other cultural objects, like those being important for art, the critical factor is obviously the cultural one¹².

1.2.2. The degree of importance

Greek Law proceeds to specific and precise distinctions, making dependent the degree of protection reserved to a cultural object/monument on the degree of its importance: The importance of a monument mainly refers to its age¹³. The general

¹² In a similar way, Greek Law tries to identify the protected cultural objects through another, additional concept, *i.e.* that of the *monument*. The monument is a narrower concept than that of cultural object. The terminology used by Greek Act no 3028/2002 is rather confusing, but one might affirm that the Monuments are the tangible cultural objects which are protected or worth being protected by the law, either because of their age or their intrinsic cultural importance.

¹³ Council Regulation (EC) no. 116/2009 too takes into consideration a time factor, covering, *e.g.*, archaeological objects or books more than 100 years old, printed maps more than 200

rule is: More ancient items are more protected; more recent items are less protected. Regarding the recent objects, a cultural factor appears: modern monuments are worth being protected on the ground of their cultural (historic, artistic or scientific) importance. More particularly, the main distinction adopted by the Greek Act, reiterating the previous rules, is the distinction between monuments dated from the very remote past until the year 1830 inclusive (ancient monuments) and those dated after this year (modern monuments)¹⁴. Without entering into quite complicate details, it suffices to stress an additional distinction inside the frame of ancient monuments: the Act distinguishes between ancient monuments dated until 1453 A.D.¹⁵, and those dated after 1453 until 1830.

A.1.a. All the ancient monuments (movable and immovable) dated until 1453 (*i.e.* coming from the prehistoric period, from antiquity or from the Byzantine period) enjoy the maximum protection: They are considered monuments *ex lege*; they are *extra commercium*, barred from acquisition by way of *usucapio*, and not subject to seizure. The *immovables* in principle are the ownership of the State, which is also their possessor¹⁶. The *movables* in principle belong to the State as regards their ownership and possession, albeit with exceptions: (a) Rights of ownership over religious movables already belonging to the Church or to other ecclesiastical or religious bodies and institutions, remain; (b) the rights of ownership of individuals over such movables, legally imported into Greece, are recognized under conditions, if they are not the result of an excavation, and may be transferred either *inter vivos* or *mortis causa*. A permit of a singular *possession* of movables belonging to the State may be granted to individuals by decision of the Minister of Culture. The transfer of that possession may be permitted, usually after approval of the Minister of Culture, in preference towards other public bodies and institutions or other legal persons, in order to be displayed in a collection of a museum. Any transfer taking place in violation of the mentioned rules is null and void. They cannot be legally acquired even by a *bona fide* purchaser, and even though they are bought in an auction house or in an open market.

b. The same system seems to apply *grosso modo* to the ancient monuments (movable or immovable) dated after 1453 (until 1830, of course), which are found during an excavation or any other archaeological research, or are detached from immovables.

years old, archives more than 50 years old etc.

14 After the revolution against the Ottoman Empire, the year 1830 marked the birth of the modern Greek State.

15 The year 1453 is the end of the Byzantine Empire.

16 There is one exception to the ownership of the State: ownership over religious immovables already belonging to the Church, or to other ecclesiastical or religious bodies and institutions, remains.

2. Regarding ancient monuments dated after 1453 (until 1830) but not falling within the exceptional categories just mentioned, namely items discovered during an excavation or detached from an immovable, such items are less protected. The Act distinguishes between immovables and movables. (i) Immovables are monuments *ex lege*; the State remains their owner, but the possibility of other persons beyond the State to acquire the ownership over them is nevertheless recognized. (ii) On the contrary, in order to be protected, movable monuments dated after the year 1453 but before the year 1830 inclusive, not discovered during an excavation (etc.) must be qualified as monuments by virtue of a decision of the Minister of Culture (as modern movable monuments), due to their “social, technical, folkloric, ethnological, artistic, architectural, industrial or in general historic or scientific importance”. The crucial element for their protection is not their age but their cultural importance. They may exceptionally belong to persons other than the State, even to individuals; in that case, they may be seized under a specific procedure and the right of ownership over them may be transferred under conditions. When they are the ownership of the State, their possession by other persons may be permitted by a decision of the Minister of Culture.

B.1. Modern monuments (*i.e.* those dated after 1830) are protected, not because of their age but because of their “architectural, town planning, social, ethnological, folkloric, technical, industrial, or in general historic, artistic or scientific” importance. It is precisely this significance that leads the Minister of Culture to qualify such objects as “monuments” and grant them protection, since they are not protected *ex lege*. The time elapsed since their creation is relatively short and, consequently, does not suffice for protecting them. At this moment, the criterion of cultural importance intervenes and balances the youth of age. Individuals are allowed to acquire ownership over all modern monuments and exercise it under conditions. It is worth noting that (unlike other movable items) a movable monument, stolen or lost, cannot be legally acquired *a non domino* from a third person, even though the latter is *bona fide* and even though he bought it in an auction or in an open market.

2. It is worth stressing a distinction made by the Act between less modern and more recent monuments. The latter must be particularly important in order to be qualified as monuments: (a) The modern cultural objects created in a period before the last 100 years are qualified as monuments due to their cultural importance (in the above sense); but (b) the modern cultural objects dated within the period of the last 100 years (*i.e.* from today back to 1919; the more recent modern objects) may be qualified as monuments due to their *particular* cultural importance (in the mentioned sense). The discretion of the Ministry, though under the judicial control of the *Conseil d’Etat* (the Administrative Supreme

Court in Greece), seems extensive, all the more so as this Court had in the past interpreted very widely the historic importance of a building (*e.g.* an open-air cinema). It seems advisable that a corrective criterion should be introduced in order to restrict the over-extensive ministerial power of qualification, and not to allow the qualification of an object of art as a monument, as long as the intellectual property rights over this object remain¹⁷.

The system established by Greek Law is a moderate position between two extremes: on the one hand, the opinion considering that every cultural object is important by itself and must be protected at the highest level, and, on the other hand, the opinion supporting that only a more or less restricted number of items of great or significant importance (the cultural *treasures*) are worth being protected.

Chapter 2: Cultural objects' protection on international level

It is noted *supra* that theft and illegal export of a cultural object are particularly interesting for jurists, and especially on the international level. All States have an interest to keep their own cultural heritage under their control and in their territory, or to recover it. A first crucial issue in this respect is the *nationality/origin of a cultural object*. Does a concrete item belong to State (country, community, tribe) X or to State (country, community, tribe) Z?

2.1. The nationality of a cultural object

2.1.1. The importance of the question

In case where the same object is claimed by two or more different States, and has to be restituted to its national State, *i.e.* to the State of its origin, it is absolutely necessary to know exactly to which of them it must be returned. The solution is sometimes very difficult. Let us suppose, for instance, that an object belongs to a culture (*e.g.* of pre-Columbian era), which has been developed in the territory of more than one actual States (*e.g.* Mexico, Peru and other countries in Latin or South America). This object has been illegally excavated somewhere in the general area of that culture, but the place of the excavation remains unknown. It has been consequently found in a third country (U.S.A.), where it is claimed by more States (Mexico and Peru). There is no easy answer to the question which is the State of origin of that object, to which it has to be returned.

Besides, it is interesting to know whether a State, which affords an increased protection to its national cultural objects, is ready to provide for an analogous

¹⁷ For more details see Vrellis, 2006: 429-442.

protection of foreign cultural objects, for example in returning them to their country of origin in case of an illicit exportation from that country. Countries adopt various solutions. For example, Canada, Australia and the USA have established a rather efficient protection regarding foreign cultural objects, proceeding to a control of the legality of their export from their Country of origin, at the moment of their import into their territories. Greek Law aims to protect in the first place the cultural heritage of the Country (Article 1 § 1). Thus, *the import of cultural objects into Greece* is in principle free, under the condition that the UNESCO Convention of 1970 and other rules of International law are respected¹⁸ (in general, this means that the imported items should be legally exported from their Countries). On the contrary, *the export of monuments from Greek territory* is in principle forbidden and may lead to imprisonment and confiscation of the items¹⁹. At the European level, Council Regulation (EC) no. 116/2009, estimating “necessary to take measures in particular to ensure that exports of cultural goods are subject to uniform controls at the Community’s external borders” (Preamble no. 3), stipulates that, in principle, “the export of cultural goods [in the meaning of the Regulation] outside the customs territory of the Community shall be subject to the presentation of an export licence” (Article 2 § 1), which “shall be valid throughout the Community (Article 2 § 3)”²⁰. Regarding the introduction and import into the customs territory of the Union of cultural goods, inter-institutional negotiations on a “proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the import of cultural goods” have recently led to a compromise²¹.

18 In case of violation of international rules, criminal sanctions are provided (art. 64-65 of the Act).

19 Exceptionally, under specific circumstances and conditions, and in general, after permission by the Ministry of Culture, the export of monuments is permitted, *e.g.* for the purpose of their display in museums or for loaning or exchange, research, educational or conservation purposes (art. 34 § 11 of the Act).

20 Commission implementing Regulation (EU) No 1081/2012 of 9 November 2012 for the purposes of Council Regulation (EC) no. 116/2009 on the export of cultural goods (see Corrigendum in *OJ L* 93, 28.3.2014, p. 86), which codified Commission Regulation (EEC) no. 752/93 of 30 March 1993, laying down provisions for the implementation of Council Regulation (EEC) no. 3911/92, establishes (arts. 1-2) three types of licences for the export of cultural goods: (a) a *standard licence*, “normally [...] used for each export subject to Regulation (EC) no. 116/2009”; (b) a *specific open licence*, covering “the repeated temporary export of a specific cultural good by a particular person or organization”; and (c) a *general open licence*, covering “any temporary export of any of those cultural goods that form part of the permanent collection of a museum or other institution”.

21 See the text of the provisional agreement upon that proposal, available at [http://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/imco/inag/2019/01-16/CJ33_AG\(2019\)632807_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/imco/inag/2019/01-16/CJ33_AG(2019)632807_EN.pdf)

2.1.2. *Criteria of nationality*

Various criteria have been advanced in order to designate the nationality of a cultural object: (a) A *personal criterion*, not quite satisfactory: as State of origin is considered the State whose nationality has the creator of the object.²² Personal criterion is sometimes combined with a territorial one, like in Swedish law on cultural heritage (1989), Ch.5 s.2: “The term Swedish items of historic interest refers to items which were actually or presumably made in Sweden or in some other country by a Swede. The term foreign items of historic interest refers to items made in another country by a non-Swede”.

(b) A *territorial criterion* with various nuances: as State of origin is considered the State in the territory of which the cultural object has been found during an excavation (very satisfactory criterion), or has been created, or it has been located there for many years and has been somehow “naturalized” there.

(c) A *functional criterion* (often very satisfactory), which means the link of the object to a monument (a temple) in which the object was used or which it was intended for. According to this criterion, the sculptures and reliefs of the Parthenon in the Acropolis in Athens, illegally removed by Lord Elgin at the beginning of 19th century and retained by the British Museum, must be returned to the monument (the Parthenon, *i.e.* to Greece).

(d) A *contractual criterion*: The State of origin is that which legally obtained the object from its owner.

(e) A *cultural criterion*, *i.e.* the link to the history or the culture of a State, has been proposed by the *Institute of International Law* in 1991 at Basel. Article 1 §1 (letter b) of the *Resolution on the International Sale of Works of Art from the Angle of the Protection of the Cultural Heritage* states: “For the purpose of this Resolution: [...] b) ‘country of origin’ of a work of art means the country with which the property concerned is most closely linked from the cultural point of view”. The cultural criterion may be very interesting but sometimes quite difficult to apply.

(f) *Combined criteria*: The UNESCO Convention of 1970 on the means of prohibiting and preventing the illicit import, export and transfer of ownership of cultural property attempted to combine various criteria in Article 4, without any priority among them: “The States Parties to this Convention recognize that for the purpose of the Convention property which belongs to the following categories forms part of the cultural heritage of each State: (a) Cultural property created by the individual or collective genius of nationals of the State concerned,

²² See New York Court of Appeals 2nd cir. (1982), on the case of *Matisse, Portrait sur fond jaune*.

and cultural property of importance to the State concerned created within the territory of that State by foreign nationals or stateless persons resident within such territory; (b) cultural property found within the national territory; (c) cultural property acquired by archaeological, ethnological or natural science missions, with the consent of the competent authorities of the country of origin of such property; (d) cultural property which has been the subject of a freely agreed exchange; (e) cultural property received as a gift or purchased legally with the consent of the competent authorities of the country of origin of such property". The weakness of this approach is the risk that the same object could be considered as having more than one State of origin.

2.1.3. Criteria established by Greek Law²³

(i) A kind of combination of territorial and cultural criteria is established by Greek Law. too. The main criterion is territorial: *The actual situs of the object*. The principle is rather simple: Every cultural object, which *is located* within the boundaries of the Greek State, including the territorial waters, as well as within other maritime zones over which Greece has relevant jurisdiction according to international law (*i.e.* the underwater cultural heritage²⁴), is considered to be part of the Greek cultural heritage (Article 1 § 2 first sentence of the Act no 3028/2002). The concept of underwater cultural heritage includes sites, cities [like the ancient cities (lost under the water) of Kefhréai (partly under the sea) and *Helike* (in Greece)]²⁵, structures [like the *Beacon at Alexandria* (Egypt)],

23 See Sp. Vrellis, 2006: 442-446.

24 The underwater cultural objects are a very important category of cultural objects, both for archeologists and jurists, scientifically and financially; they run the danger of being looted by treasure hunters; Williams, S. (1997), *Patrimoine sous-marin: La course aux trésors*, *Sources UNESCO* no 87 (février 1997), p. 7-8 [Electronic version]. Retrieved 20 February 2016, from https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000105111_fre

25 Regarding *Helike*, an important trading port in the Gulf of Corinth, destroyed and submerged -probably not by the sea but by an inland lagoon, which later silted over- on a winter night in 373 BC, after a catastrophic earthquake and tsunami, see <https://en.wikipedia.org/wiki/Helike>, and Katsonopoulou, Soter, (2005) *in* <http://www.helike.org/paper.shtml>.

buildings, human remains, vessels²⁶, aircraft, other vehicles or any part thereof, their cargo or other contents²⁷, which have been partially or totally under water²⁸.

The actual *situs*, as the main criterion according to Greek Law, seems on the one hand too extensive and, on the other hand, quite restrictive. There are cultural objects, located in Greece, which do not belong to Greek culture. There are also cultural objects belonging to Greek culture, created by Greek people, but not located in actual Greek territory, and therefore not belonging to the Greek cultural heritage.

(ii) The authors of the Act in Greece tried to broaden the purely territorial criterion. Article 1 § 3 states that “within the framework of the rules of international law, the Greek State also takes care of the protection of cultural objects that hail from Greek territory, regardless of the time of their removal. The Greek State also takes care within the framework of international law, of the protection of cultural objects that are historically connected with Greece, wherever they may be located”. Whatever the real meaning of this wording might be (actually it seems dubious enough), the law recognizes that the State has a reasonable interest, within the framework of international law, in the protection of such cultural objects, provided that they have a link with the State. This link has a double aspect: a territorial one (the provenance of the object from Greek territory) or a cultural one (the historical connection of the object with Greece).

26 Shipwrecks and their cargo are very well protected, as they are covered by the mud on the seabed (a phenomenon called *The Pompei effect*). Therefore, they offer us precious information about the trade, the ship-construction, and the life of the crew in the Antiquity. One of the oldest known underwater shipwrecks is the *Dokos shipwreck* (Early Helladic II period, probably around 2200 BC), discovered near the small island of *Dokos*, off the coast of the Peloponnese and excavated later; for more details see <http://web.archive.org/web/20080121231045/http://www.ienae.gr/e107EN/page.php?6>. Another very important cultural object is *The wreck at Point Iria* (around 1200 BC), discovered in 1962, but systematically surveyed over four excavation seasons from 1991 to 1994; for more details see <http://web.archive.org/web/20080121231050/http://www.ienae.gr/e107EN/page.php?7>

27 A very important underwater cultural object is the *Mechanism of Antikythera* (2nd or 1st century B.C.), found by chance in 1900 in a shipwreck at the bottom of the sea of *Antikythera* (a small island between the Peloponnese and Crete, Greece). Through high-technology instruments, the scientists concluded that it was a kind of an analog computer, designed to predict astronomical positions and eclipses for calendrical and astrological purposes, as well as the Olympiads (*i.e.* the cycles of the ancient Olympic Games). For more details see, https://en.wikipedia.org/wiki/Antikythera_mechanism, <http://www.antikythera-mechanism.gr/project/overview>.

28 Cf. the UNESCO *Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage* (Paris, 2 November 2001), art. 1 § 1 (not ratified by Greece); regarding this Convention see Dromgoole, 2006: *passim*; Vrellis, 2005: 823-840; Zhao, 2008: 601-641; Trevisanut, 2008: 643-686.

The first sentence of Article 1 § 3 concerns items which are no longer within Greek territory, but they hail from it. This provenance has an exclusive territorial meaning: The relevant cultural objects were in the past found or located inside the Greek State, but they have been taken away from it and they are no longer in Greece. They do not need to belong to Greek civilization or to be items culturally linked with the Greek world. The time of their removal is from the law point of view irrelevant. These items must be protected by Greek law. But, due to the fact that they actually are not in Greece, they cannot be protected *effectively*. Therefore, the Greek State must take care for their protection, in the framework of the rules of international law, *e.g.*, in the framework of the UNIDROIT Convention (1995).

The second sentence of Article 1 § 3 introduces a factor justifying the interest of the Greek State in the protection of a cultural object which is not in Greece. This factor is the cultural object's historical connection with Greece. It is worth being observed that the *situs* of the item is here completely irrelevant. Any territorial connection with Greek territory vanishes. The concrete object may never have been in Greece. It nonetheless attracts the care of the Greek State because of a factor of cultural nature, *i.e.* its historical link with Greece.

The Law system, despite the ambiguity of the terminology in various points, reflects nevertheless a spirit of realism, in distinguishing (on the one hand) the effective protection of the cultural objects which are actually in Greece, a protection which can be secured by the State, and (on the other hand) the care for objects which are beyond its sovereignty. The rule is quite flexible because it links the extent of care, which may be manifested by the Greek State, with the development of international law.

2.2. Recovering stolen or illegally exported cultural objects

What is particularly interesting for jurists is the respect of the legitimate interest of the State of origin in keeping its cultural objects in its territory and not permitting their export without an authorization of the competent national authority²⁹. Despite all kind of national interdictions or control of export, the illegal removal or traffic of cultural objects is an undeniable fact of enormous dimensions. This phenomenon raises the question of the acquisition of the ownership in cultural objects by a *bona fide* purchaser and the question of return of the removed object to its State of origin.

29 See, more generally, Siehr, 1993: 9-292.

2.2.1. Refusing the recovery

Two well-known cases may enlighten the situation:

(1) The case *Winkworth v Christie* [(1980) 1 All ER 1121] regards stolen goods: Works of art were stolen from an Englishman's house in England. They were taken to Italy and sold there to an Italian man who, then, sent them back to England to be auctioned by Christie. Applicable in England and in Italy as well as Italian law, according to a widely adopted conflict-of-laws rule, providing as applicable to the transfer of ownership the law of the Country in which the object is situated (the *lex rei sitae*) at the moment of the transfer of its ownership. Under Italian law, the Italian buyer obtained *bona fide* the ownership of the items, albeit they were stolen. The House of Lords recognized the ownership thus acquired, and rejected the claim of the ancient owner although, under Anglo-Saxon Laws, stolen items can never be legally acquired, even by a *bona fide* purchaser. But, English Law was not applicable to the case because it was not the *lex rei sitae* at the critical moment. In substance, between the ancient owner, deprived of his rights and the *bona fide* purchaser, the Court preferred the latter. In my view this was a bad judgment although it applied strictly the traditional way of thinking of such issues in private international law. The evil had two roots: (a) the conflict-of-laws rule submitting the ownership in cultural objects to the *lex rei sitae*³⁰; (b) the domestic (Italian) law, according to which a *bona fide* purchaser acquires the ownership in a cultural object even though the latter was stolen.

(2) The case *Attorney General of New Zealand v Ortiz* [(1982) 3 All ER 432 (CA); (1983) 2 All ER 93 (HL)] regards the illegal export. Five wooden panels, forming the great door of a Maori chief, had been lost for centuries in a swamp in the North Island. In 1972, a tribesman came upon the door and carried it home. In early 1973, this man sold the panels to an English dealer in primitive art works for \$ US 6,000. The dealer, who legally became the owner in New Zealand, took the panels illegally to New York. In case of illegal export from the Country, even by their owner, the items were considered as automatically confiscated by the Crown. Then, the dealer sold the door to George Ortiz, a collector of African and Oceanic works of art living in Switzerland. Ortiz bought the door for \$ US 65,000 and sent it to his collection in Geneva. As his daughter had been kidnapped and he needed ransom money to obtain her release, he had to put the panels up for sale in 1977. The panels were sent to Sotheby's in London for auction. The New Zealand Government became aware of this, and brought proceedings in the British Courts; a writ was issued claiming a declaration that this carving

30 Sometimes, casually, the traditional application of the *lex rei sitae* may work out at satisfactory results, as it was the case regarding cultural objects of Ecuador; see Clerici, 1989: 804-805.

belonged to the New Zealand Government and an injunction to prevent the sale or disposal of the door. The Court of Appeals and the House of Lords decided that the panels need not be returned to New Zealand because English Courts could not take into account foreign laws of public or penal character like the New Zealand laws on export and confiscation of cultural objects, since such laws have no effects out of the territory of the State which had established them. This was a bad decision, too, because the preponderant and legitimate interest of the State of origin, which demands that the item continues to be in any case located in its territory, has been neglected³¹.

2.2.2. Efforts at facilitating the recovery

Many efforts have been undertaken at the international level in order to ameliorate this situation, and facilitate the recovery of the objects. At the same time, extremely important Codes of Ethics (adopted by Museums, Associations, etc.) aim to prevent Museums from acquiring cultural objects of shady or suspicious provenance³².

(a) One possibility to recover stolen or illegally exported cultural objects is to carry on negotiations with the possessor of the objects. Negotiations may be efficient and prompt but they are not always free from inconvenience. One example is the *Aidonia Treasure*³³.

(b) (i) The opinion adopted in *Ortiz* case that a foreign public law, like an Act prohibiting the export of the items and providing the confiscation of the illegally exported items, cannot be applied in another State became less strong during the last decades. Actually, there are many who do not see anymore an

31 It must be noted that Ortiz's surviving wife agreed to return the five panels to New Zealand. They are now housed at the local *Puke Ariki Museum*.

32 See e.g. ICOM code of ethics for museums Principles 2.2 and 2.3. The Principles of such Codes are not legal rules in the strict sense of the term. Nevertheless, they are very useful, and they form the corn of what may be called *lex cultus*; Vrellis, 2014: 477-486.

33 The *Aidonia Treasure* is a collection of Mycenaean gold and jewellery (15th century BC), which has been robbed in the late 1970s from a cemetery at Aidonia, a southern Greek village outside Nemea, and exported to Switzerland. In April 1993, part of the treasure appeared for sale in New York by the Ward Gallery in Manhattan. The price asked was \$ 1.5 million. The study of the catalog and of an Expert Committee revealed that "these objects came undoubtedly from the looting of the Mycenaean tombs in Aidonia". As Greece claimed the collection, a settlement was reached between the Gallery and Greece: in exchange for Greece dropping its suit, the Gallery donated the Mycenaean material to *the Society for the Preservation of the Greek Heritage*, a charitable organization based in Washington, D.C. The Society would exhibit the collection in the United States and Greece and might eventually return it to Greece on a permanent basis. See further Elia, 1995: 119-128.

impediment to the taking into account such foreign rules in the State in which a foreign cultural object is imported.

(ii) Moreover, the respect of these foreign rules is sometimes considered as imposed by the *international ordre public*, as decided on 22 June 1972 in Germany [BGHZ 59 82, regarding *Nigerian cultural objects*]³⁴. (iii) Further, such rules may be considered as overriding mandatory rules (*règles d'application immédiate*), which must be respected, so it is argued, not only in the State which established them but also in foreign States. One can find an example of such a position in the Greek legislation (Act no. 3658 of 2008, Article 13 § 3), which considers the Act 3018/2002, in its entirety, as overriding mandatory, and combines this with the exclusive international competence of Greek Courts (Article 13 § 1³⁵). However, besides some precise issues [like contractual or (more restrictively) non-contractual obligations³⁶], a general rule of applying or taking compulsory into account foreign overriding mandatory rules still does not exist. Actually, Article 19 of the Swiss Code on Private International Law remains an exception.

(c) Another model could be Article 31 § 2 of the Portuguese Act (of 1985) on cultural objects, whereby, subject to reciprocity, contracts concluded in Portugal and regarding a cultural object imported in this country in violation of the law of its State of origin, are null and void.

(d) Another very interesting proposal aims at replacing the traditional conflict-of-laws rule of the *lex rei sitae* regarding cultural objects by a new one, designating as applicable either the law of the State where the object has been stolen (the *lex furti*)³⁷ or the *law of the State of origin*³⁸.

(e) *Last but not least, international Conventions, like the Unidroit Convention (1995), constitute reliable weapons against theft and illegal export of cultural objects, provided that a great number of import States ratify these Conventions or adhere to them.*

34 Bleckmann, 1974: 112-132.

35 It is quite doubtful whether foreign States will recognize this exclusive competence of Greek courts.

36 Rome I Regulation (art. 9), and Rome II Regulation (art. 16) respectively.

37 *Autocephalous Greek-Orthodox Church of Cyprus v Goldberg*, U.S. District Court for the Southern District of Indiana, 3. 8. 1989, 717 F. Supp. 1374; U.S. Court of Appeals for the Seventh circuit, 4.10.1990, 917 F. 2d 278, 1990 U.S. App. Decision (in the case of *Panaghia Kanakaria's mosaics*)

38 Despite the difficulties of designating that State; it seems that Art. 12 of the Council Directive 93/7/EEC, repeated in Directive 2014/60/EU (a technically bad and confusing provision), might be considered as a formula of the *lex originis*.

Though the UNESCO Convention (1970) is a public international law Convention establishing important principles and providing for obligations of States, but not offering to States or individuals remedies against thieves or persons involved in illicit acts, the Unidroit Convention fills in the gaps in the field of private law³⁹. Beside the fact that it serves as a source of inspiration for national Courts⁴⁰, regional or international instruments (Directive 2014/60/EU, recital no. 16), and Codes of Ethics⁴¹, the Unidroit Convention rectifies (without retroactivity) both bad solutions referred supra in Winkworth and Ortiz cases.

(i) Regarding stolen items or cultural objects unlawfully excavated which are considered stolen (according to Article 3 § 2)⁴², the Convention is clear: “The possessor of a cultural object which has been stolen shall return it” (Article 3 § 1). *Bona fides* of the possessor is irrelevant regarding the ownership of the object and its restitution. The concept of a stolen good in the sense of the Convention is broad enough to include not only all kinds of appropriation of an item belonging to another person but also “all the felonious takings”⁴³, if I may use the terms of the American Courts in the cases *Turley* and *Schultz*. In order to avoid any difficulty of the requesting State regarding the proof of its ownership over the illegally excavated cultural object, one could recommend the States to adopt a rule establishing the State ownership over all cultural objects coming from excavations, as it is the case, *e.g.*, in Egypt, Greece, Iran, Italy⁴⁴.

39 Although the Unidroit Convention has not been ratified yet by some great States involved in the illegal traffic of cultural objects (France, Germany, the Netherlands, Russia, Switzerland, the United Kingdom, the United States), it nevertheless constitutes in the field of private law “le seul effort international et universel sérieux” against the illegal traffic of these objects: Lalive d’Epinay, 1996: 49; cf. Droz, 1997: 279-280.

40 *Government of the Islamic Republic of Iran v The Barakat Galleries Limited* [2007] EWCA Civ.

1374, as well as *L. v Chambre d’accusation du canton de Genève*, BGE 123 II 134, although the mention Unidroit Convention was not adopted by the interested States (the United Kingdom in the first case, and France and Switzerland in the second one).

41 See, for example, the *ICOM Code of Ethics for Museums*, Ch. 7, available at <https://icom.museum/wp-content/uploads/2018/07/ICOM-code-En-web.pdf>; *International Code of Ethics for Dealers in Cultural Property* (UNESCO 1999), available at <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000121320>.

42 The assimilation of the illegally excavated to the stolen cultural objects, and consequently the obligation to restate them unconditionally, constitutes the most effective weapon against the greatest danger threatening national cultural heritage, *i.e.* the illegal excavation. Such an excavation destroys all scientific information concerning the items. “Archaeological resources from past epochs can never be renewed”; Nafziger, Paterson, Renteln, 2010: 252-256.

43 Gerstenblith, 2009: 30. For a more analytical account, see Vrellis, 2015: 574-575.

44 Vrellis, 2015: 576-577; Sheng, 2009: 10.

(ii) Regarding illegal export, the protection afforded by the Convention is (unfortunately) minor, but it may prevent solutions like that in *Ortiz* case. Article 5 § 1 and § 3 states that “A Contracting State may request the Court or other competent authority of another Contracting State to order the return of a cultural object illegally exported from the territory of the requesting State”; and that “the Court or other competent authority of the State addressed shall order the return of an illegally exported cultural object if [the protection here is submitted to conditions] the requesting State establishes that the removal of the object from its territory significantly impairs one or more of the following interests: (a) the physical preservation of the object or of its context; (b) the integrity of a complex object; (c) the preservation of information of, for example, a scientific or historical character; (d) the traditional or ritual use of the object by a tribal or indigenous community, or establishes that the object is of *significant cultural importance* for the requesting State”⁴⁵.

Two other important points in the Unidroit Convention must be highlighted: (a) Regarding some categories of stolen cultural objects, those forming an integral part of an identified monument (like the sculptures and reliefs of the Parthenon), or an archaeological site, or those belonging to a public collection,⁴⁶ the Convention provides that a claim for their restitution “shall not be subject to time limitations other than a period of three years from the time when the claimant knew the location of the cultural object and the identity of its possessor”, even though the possessor had acted *bona fide* (Article 3 § 4). Thus, it establishes the principle of imprescriptibility, accompanied (unfortunately) by the possibility of a State to “declare that [such] a claim is subject to a time limitation of 75 years or such longer period as is provided in its law” (Article 3 § 5). (b) In case of restitution of a stolen good or an illegal export, the *bona fide* possessor shall be entitled, at the time of its return, to payment by the requesting State of fair and reasonable compensation (Articles 4 and 6). As a principle, this is a bad solution since there is no *bona fide* acquisition in cultural objects’ illicit traffic. Pretending to be a *bona fide possessor* is a lie, a fiction, a creature of a romantic imagination. Nothing more! Anyway, so it was agreed in the Unidroit Convention⁴⁷. Nevertheless, what is interesting regarding this point is that in determining whether the possessor of an illegally exported cultural good is *bona fide*, “regard shall be had to the circumstances of the acquisition, including the absence of an *export certificate* required under the law of the requesting State”

45 The EU Directive 2014/60/EU establishes a system of administrative cooperation between

Central Authorities of Member States, using the *Internal Market Information System (IMI)*.

46 Regarding the meaning of ‘public collection’ in the framework of the Convention see art. 3 § 7; cf. the definition for the purposes of Directive 2014/60/EU in its art. 2 no. (8).

47 Cf. an analogous system in Directive 2014/60/EU.

of origin (Article 6 § 2). I would be happier if the Convention had been more courageous at this point and if it had considered the absence of the certificate as a presumption of the *mala fides* of the possessor. But anyway, in the adopted rule one may discover a first step towards using the most effective weapon in the fight against the illicit traffic of cultural object, *i.e.* the *certificate of origin*. The absence of such a certificate must always lead to the nullity of any transfer of the object and the reason to refuse any compensation to the possessor. Let us hope that it will be so in the future.

Conclusion

Despite the progress realized during the last decades regarding the protection of the cultural heritage, there is still a lot to do in order to arrive in a satisfactory regime⁴⁸. The attention of those who will deal with this issue in the future must be in particular focused on: (a) the possible assimilation of the status of the illegally exported cultural objects to that of stolen objects, in order to increase the protection, combined with an effort to limit to some extent the categories of cultural objects deserving higher protection; (b) to endow with more efficiency the certificates of origin; (c) to rectify or (even better) to abolish the regime of the so called *bona fide* purchase of cultural objects; and (d) to fight for unconditional return of stolen or illegally exported cultural objects to the State of their origin, without pretexts of any kind.

References

- Asam, H. (2004). Rechtsfragen des illegalen Handels mit Kulturgütern – Ein Überblick, in *Festschrift für Erik Jayme*, vol. 2. München: Sellier. European Law Publishers. 1651-1668
- Bleckmann, A. (1974). Sittenwidrigkeit wegen Verstosses gegen den *ordre public international* – Anmerkung zum Urteil des BGH vom 22. Juni 1972, *ZaöRV* 34. 112-132
- Clerici, R. (1989). La protection des biens culturels vis-à-vis des règles italiennes de conflit, *Riv. dir. intern. priv. proc.* 25 (4). 799-808
- Domínguez-Matés, R. (2008). The international protection of cultural heritage during non-traditional armed conflicts, including acts of terrorism”, in Nafziger, J.A.R., Scovazzi, T. (eds.), *Le patrimoine culturel de l’humanité*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers. 851-882

48 See also Asam, 2004: 1668.

Dromgoole, S. (ed.), (2006). *The protection of the Underwater Cultural Heritage – National perspectives in light of the UNESCO Convention 2001* (2nd ed., Leiden: Martinus Nijhoff)

Droz, G. (1997). La Convention d'Unidroit sur le retour international des biens culturels volés ou illicitement exportés (Rome, 24 juin 1995), *Revue Critique d.i.p.* 86 (2). 239-281

Elia, R. (1995). Greece v Ward: The return of Mycenaean Artifacts, *JCP* 4 (1). 119-128

Gerstenblith, P. (2009). *Schultz and Barakat: Universal Recognition of National Ownership of Antiquities*, *Art Antiquity and Law* 14 (1). 21-48

Kamga, M. (2008). La Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé de 1954 et ses deux Protocoles de 1954 et de 1999, in Nafziger, J.A.R., Scovazzi, T. (eds.), *Le patrimoine culturel de l'humanité*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers. 817-849

Katsonopoulou, D., Soter, St. (2005). Discoveries at ancient Helike (Jan. 2005) Retrieved 20 February 2019 from <http://www.helike.org/paper.shtml>

Lalive d'Épinay, P. (1996). Une avancée du droit international: la Convention de Rome d'Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés, *RDU* 1 (1). (1996) 40-58

Loulanski, T (2006). Revising the concept for cultural heritage: The argument for a functional approach, *IJCP* 13. 207-233

Merryman, J.H. (1985). Thinking about the Elgin Marbles, *Michigan L. Rev.* 83. 1881-1923

Nafziger, J.A.R., Paterson, R.K., Renteln, A.D. (2010). *Cultural Law – International, Comparative, and Indigenous*, Cambridge University Press

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the import of cultural goods, Retrieved 20 February 2019 from [http://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/imco/inag/2019/01-16/CJ33_AG\(2019\)632807_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/commissions/imco/inag/2019/01-16/CJ33_AG(2019)632807_EN.pdf)

Sheng, G. (2009). Recovering illegally removed cultural property and improving cultural property protection: A Chinese perspective, *Art, Antiquity and Law* 14 (1). 1-19

Siehr, K. (1998). The protection of Cultural Property: the 1995 Unidroit Convention and the EEC Instruments of 1992/93 compared, *ULR* 3 (2-3) (*in memory of M. Evans*). 671-683

- Siehr, K. (1993). International art trade and the law, *RCADI* vol. 243. 9-292
- Trevisanut, S. (2008). Le régime des épaves des navires d'Etat dans la Convention UNESCO sur la protection du patrimoine culturel subaquatique, in Nafziger, J.A.R., Scovazzi, T. (eds.), *Le patrimoine culturel de l'humanité*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers. 643-686
- Vrellis, Sp. (2015). Les biens archéologiques et la Convention d'Unidroit (1995) sur les biens culturels volés ou illicitement exportés, *ULR* 20. 568-582
- Vrellis, Sp. (2014). Règles de déontologie en matière de biens culturels", in *Essays in Honour of Laura Picchio Forlati*. Torino: G. Giappichelli Editore. 477-486
- Vrellis, Sp. (2006). The new Act no 3028/2002 on the Protection of the Antiquities and the Cultural Heritage in general, in *Festschrift für Apostolos Georgiades zum 70. Geburtstag*. München, Athen, Bern: C.H. Beck, Ant.N. Sakkoulas, Stämpf li.425-463
- Vrellis, Sp. (2005). La protection du patrimoine culturel subaquatique: Regards sur la Convention de l'UNESCO de 2001, in *Pacis Artes – Obra Homenaje al Professor J. D. Gonzáles Campos* vol. I. Madrid: UAM, Eurolex editorial. 823-840
- Vrellis, Sp. (2004). La notion de l'héritage culturel dans la nouvelle loi grecque sur la protection des antiquités, in *Festschrift für Erik Jayme*, vol. 2. München: Sellier. European Law Publishers. 1779-1788
- Vrellis, Sp. (2003). La Convention d'Unidroit sur les biens culturels volés ou illicitement exportés: un acquis culturel, in *La protection internationale des biens culturels – Regard dans l'avenir (Actes de Colloque, Athènes 23.11.2001)*. Athènes, Komotini: éd. Ant. N. Sakkoulas. 17-46
- Vrellis, Sp. (1996). Le statut des biens culturels en droit international privé in *Académie Internationale de Droit Comparé -XIV Congrès international du droit comparé, Athènes 1994– Rapports généraux* Athens/The Hague: Ant.N. Sakkoulas Publishers, Kluwer Law International. 221-249
- Williams, S. (1997). Patrimoine sous-marin: La course aux trésors, *Sources UNES- CO* no 87 (février 1997), p.7-8 [Electronic version], Retrieved 20 Feb. 2016 from https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000105111_fre
- Zhao, Y-j (2008). The relationships among the three multilateral regimes concerning the Underwater Cultural Heritage, Nafziger, J.A.R., Scovazzi, T. (eds.), *Le patrimoine culturel de l'humanité*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers. 601-641

Dr Spyridon Vrellis,

Prof. emeritus, Pravni fakultet, Univerzitet u Atini, Grčka

Prof. dr. h.c. ELTE Budimpešta

PITANJA ZAŠTITE KULTURNOG NASLEĐA

Rezime

Cilj ovog rada je prikazati nastojanja i preduzete aktivnosti međunarodnih organizacija i nacionalnih zakonodavstava, a naročito grčkog zakonodavstva, u pogledu zaštite kulturnog nasleđa određene države, koje se takođe određuje kao kulturna baština ili kulturno dobro. Od samog početka, tokom i nakon stvaranja moderne države, Grčka je veoma posvećena zaštiti kulturnih dobara, naročito u okviru međunarodne zaštite ovih prava, jer se često suočava sa krađom i pljačkom predmeta svoje kulturne baštine. Kako bi se povećala zaštita otuđenih kulturnih dobara, Grčka igra aktivnu ulogu na međunarodnoj sceni kroz borbu za restituciju ukradenih ili nezakonito izvezenih kulturnih dobara i njihov povraćaj u zemlje porijekla.

Uprkos napretku koji je tokom poslednjih decenija ostvaren u pogledu zaštite kulturne baštine, još uvek ima dosta spornih pitanja koja se moraju razrešiti kako bi se postigao zadovoljavajući režim zaštite kulturnih dobara. Oni koji će se ubuduće baviti ovom materijom treba da posvete naročitu pažnju sledećim pitanjima: (1) omogućiti izjednačavanje statusa nezakonito izvezenih kulturnih dobara sa statusom ukradenih dobara, kako bi se povećao stepen njihove zaštite, u kombinaciji sa nastojanjem da se u određenoj meri ograniče kategorije kulturnih objekata koji zaslužuju veći stepen zaštite; (2) osigurati efikasnije dejstvo sertifikata o poreklu; (3) popraviti ili (još bolje) ukinuti režim tzv. bona fide kupovine kulturnih dobara; i (4) nastaviti borbu za restituciju ukradenih ili nezakonito izvezenih kulturnih dobara i njihov безусловni povraćaj u državu porijekla, bez ikakvih izgovora i ustupaka.

Ključne reči: *Zaštita kulturnog nasleđa, kulturna baština, kulturno dobro, restitucija.*

Dr Dušan Nikolić,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta
Univerzitet u Novom Sadu

originalni naučni rad
doi:10.5937/zrpfni1982061N

UDK: 502.131.1
Rad primljen: 11.12.2018.
Rad prihvaćen: 30.12.2018.

PRAVCI RAZVOJA PRAVA ŽIVOTNE SREDINE**

Apstrakt: Čovekov odnos prema prirodi kao i prema okruženju stvorenom ljudskim radom je tek u poslednjih nekoliko decenija počeo da postaje predmet posebne pravne regulative i posebnih pravnih studija. Ta problematika je izučavana sporadično i fragmentarno, u okviru tradicionalnih grana prava. Sedamdesetih godina XX veka počelo se govoriti o integralnoj pravnoj zaštiti. Time je otvoren put ka postepenom stvaranju nove, integrativne i sintetičke grane prava, koja je tokom proteklih nekoliko decenija dobijala različite nazive i različitu sadržinu. U novije vreme je najrasprostranjeniji naziv Pravo životne sredine. Ona, u osnovi, obuhvata dve grupe pitanja. Prva se odnose na prava i obaveze koje čovek ima ili može imati u vezi sa zaštićenim dobrima u svom okruženju, a druga na pravnu zaštitu tih dobara.

U ovom radu su sumarno prikazani predistorija prava životne sredine, pravci u kojima je ono razvijano u proteklih pola veka, osnovna obeležja na sadašnjem nivou razvoja, kao i projekcije razvoja u bližoj i daljoj budućnosti.

Uporednopravna istraživanja su pokazala da su važnu ulogu u nastajanju nove grane imali sudovi i to ne samo u angloameričkom, već i u evropskom kontinentalnom pravu. Kroz njihovu praksu su modifikovani neki od postojećih pravnih instituta i postepeno stvarani novi, koji su bili usmereni na zaštitu čovekove životne sredine. Organi zakonodavne vlasti su bili manje inventivni i nedovoljno efikasni. Zakonska regulativa je nerazvijena i kasni za

* dnikolic@pf.uns.ac.rs

** U radu su izloženi rezultati istraživanja vršenih u okviru naučnoistraživačkog projekta broj 179079 *Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo*, čiji je nosilac Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, a koji, u okviru produženog istraživačkog ciklusa, finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Srbije. Pojedini segmenti su zasnovani na istraživanjima vršenim u okviru naučnoistraživačkog i razvojnog projekta *Unapređenje pravnog obrazovanja u oblasti prava životne sredine u Srbiji*, koji je realizovan u saradnji sa Univerzitetom Kolumbija u Njujorku.

promenama u okruženju. Sa sličnim problemima se suočava i savremena pravna nauka. Još uvek postoje brojne nedoumice i kontradikcije, počev od terminoloških i pojmovnih, do onih suštinskih, koje se odnose na pravnu prirodu i funkciju prava životne sredine. Očigledno je da postoji naglašena potreba za usaglašavanjem pravne terminologije, najpre na nacionalnom nivou, a potom i na međunarodnom planu. Takođe, potrebno je usaglasiti termine kojima se služe pravnici sa onima koje koriste pripadnici drugih profesija. To je posebno važno zbog toga što će se u narednom periodu sve više razvijati tzv. napredne (multidisciplinarnе i interdisciplinarnе) studije, koje treba da doprinesu povezivanju znanja iz različitih oblasti nauke i efikasnijem delovanju u sferi zaštite životne sredine i održivog razvoja. Pravna nauka i pravna praksa se ne mogu razvijati samostalno i izolovano. Potrebno im je odrediti odgovarajuće mesto u širim kontekstima koji se uspostavljaju radi (re)integracije usitnjene nauke i integralnog delovanja u ovoj oblasti. Pravo treba da doprinese tome da se promene tokovi u društvu koji ugrožavaju zaštićena dobra u čovekovom okruženju, ali pritom i samo mora doživeti snažnu transformaciju. U radu su navedeni pravci u kojima se te promene odvijaju.

Ključne reči: životna sredina, pravo, pravo životne sredine, napredne studije.

1. Uvod

Proteklo je gotovo pola veka od kako je započeto detaljnije bavljenje problematikom pravne zaštite životne sredine i održivog razvoja. U međuvremenu je nastala nova, integrativna grana prava, koja na naučnom planu povezuje znanja iz različitih pravnih disciplina, a na regulativnom, brojne institute, od kojih je većina preuzeta iz tradicionalnih grana. Njeno oblikovanje još uvek traje, uz mnoštvo nedorečenosti, nedoumica i problema teorijske i praktične prirode.

Na stranicama koje slede izloženi su predistorija, dosadašnji pravci razvoja, sadašnje karakteristike prava životne sredine, kao i projekcija njegovog razvoja u bližoj i daljoj budućnosti.

Članak predstavlja sintezu istraživanja vršenih u okviru više komplementarnih naučnoistraživačkih i razvojnih projekata i zasnovan je na većem broju radova koji su objavljivani tokom prethodnih godina. (Nikolić, 2009; 2013: 61-80; 2018: 52-70; 2014: 85-101; 2015: 131-146).

2. Predistorija prava živote sredine: ka novoj grani prava

Čovekov odnos prema prirodi, kao i prema okruženju koje je stvoreno ljudskim radom, tek je u poslednjih nekoliko decenija počeo da postaje predmet posebne pravne regulative i posebnih pravnih studija. Na to je uticao čitav niz različitih okolnosti. Dok su ljudi na nižem nivou društvenog razvoja živeli u harmoniji sa prirodom i u skladu sa zakonima prirode, veća potreba za pravnim pravilima nije ni postojala. Kasnije, kada su se okolnosti promenile, nedostajala je svest o tome šta se događa i šta bi trebalo činiti. U toj epohi sporadično su nastajala pravna pravila koja su doticala problematiku zaštite čovekovog okruženja, ali samo fragmentarno i posredno, kroz regulisanje odnosa među ljudima u vezi sa stvarima i svojinom koja je postojala na njima. Tako su npr. stari Rimljani ustanovili posebnu tužbu (*actio aquae pluviae arcendae*), koja se mogla koristiti ukoliko je vlasnik susednog zemljišta stvorio opasnost od nastupanja štete tako što je izmenio prirodni tok vode, ako je uvećao brzinu i snagu vodotoka sužavanjem korita i sl. Odgovornost je vezivana samo za postupke čije su se posledice osećale na susednim nepokretnostima. Vlasnik nije odgovarao za širenje (emitovanje) štetnih uticaja sa svoje nepokretnosti u okolinu. On je bio odgovoran samo ako su ti uticaji doprli do susedne nepokretnosti. Takva pravila su bila potpuno u skladu sa individualistički koncipiranim rimskim pravom.

Vremenom su ljudi postali svesni svog uticaja na prirodno okruženje i na moguće posledice svojih postupaka, ali je nedostajala politička volja da se nešto bitnije promeni. U periodu liberalnog kapitalizma, pripadnici vladajućih slojeva su smatrali da stvari treba da idu svojim tokom (*Laissez faire et laissez passer, le monde va de lui même*) i da organi državne vlasti ne treba da sputavaju tehničkotehnološki i privredni razvoj. Društvo je živelo u skladu sa zakonima tržišta, sledeći težnju za što većim profitom. Privatni (pojedinačni i grupni) interesi su često bili iznad javnih (opštih, društvenih). Usled toga je u visokoindustrijalizovanim sredinama došlo do ekstremnog zagađenja životne sredine. Organi zakonodavne vlasti nisu na to reagovali na adekvatan način, ali su zato sudovi u pojedinim zemljama počeli da donose odluke koje su nagovestile u kom pravcu će se razvijati buduća pravna regulativa. U kreativnosti je prednjačilo francusko pravosuđe. Jednu od ključnih, tzv. istorijskih odluka u vezi sa zaštitom životne sredine, doneo je Apelacioni sud u Lionu 1856. godine, povodom slučaja Badua protiv Ondrea (*Badoit v. André*). Ogist Badua, vlasnik fabrike za eksploataciju mineralne vode u San Galmieru (*Saint-Galmier*), podneo je

tužbu protiv svog suseda i konkurenta Ondrea, koji je na svom posedu postavio crpnu pumpu i masovnim ispumpavanjem vode smanjio za dve trećine dotok do tužiočeve nepokretnosti. U sudskom postupku je utvrđeno da tuženi nije koristio resurs za zadovoljenje svojih potreba, već da je vodu ispuštao u obližnju reku. Sud je izneo stav da je pravo svojine ograničeno u tom smislu da vlasnik mora da dozvoli susedima da uživaju svoja prava, odnosno da nesmetano koriste svoje stvari. Takođe je utvrdio da je tuženi preduzeo navedene radnje samo da bi iscrpeo susedov izvor i, što je u ovom kontekstu posebno važno, da je time ugrozio i samo prirodno dobro od posebnog značaja. Sud je obavezao tuženog da tužiocu nadoknadi štetu i da prestane sa ispumpavanjem vode na opisani način.¹ Time je dat dodatni impuls razvoju Teorije o zloupotrebi prava (*Théorie de l'abus de droit*), koja je, kako se najčešće navodi u literaturi, zasnovana na odluci u vezi sa slučajem Dor protiv Kelera (*Doerr v. Keller*), koju je godinu dana ranije doneo Apelacioni sud u Kolmaru.² Sudovi su delovali korektivno (*correctrix legis*) ukoliko se subjektivno pravo vršilo u nameri da se drugome naškodi i ako nije postojala lična korist za vlasnika od takvog postupanja. Time je nesumnjivo učinjen značajan napredak u pravcu moralizacije prava i ka uspostavljanju drugačijih odnosa prema okruženju. Međutim, ponekad je bilo teško dokazati da se radi o zloupotrebi. Zato je u praksi do izražaja došao drugačiji pristup problematici odnosa prema okruženju, koji je takođe razvijan još od sredine XIX veka. Kasacioni sud je doneo niz odluka kojima je postepeno razvijao ideju o tome da vlasnik mora koristiti nepokretnost tako da ne opterećuje svoje susede preko razumne mere. Na toj osnovi izgrađena je teorija o prekomernom uznemiravanju susedstva (*Théorie des troubles anormaux du voisinage*), koja je u značajnoj meri ograničila pravo svojine.³

Na internet stranici Kasacionog suda Francuske nalazi se podatak da je njeno oblikovanje započeto 1844. godine.⁴ Odlučujući o sporu između građana i fabrike koja je stvarala nepodnošljivu buku, Sud je iskazao nameru da iznađe pravičnu ravnotežu između potrebe da se građanima pruži odgovarajuća zaštita i da se u isto vreme industriji omogući da unapredi svoj rad i poslovanje.⁵ Već naredne godine, Kasacioni sud

1 Cour d'appel de Lyon, 18. aprila 1856, D.P. 1856.2.199.

2 Cour d'appel de Colmar, 2. maja 1855, D.P., 1856, 2, 9.

3 Teorija o prekomernom uznemiravanju susedstva je u potpunosti prihvaćena u praksi sudova u Belgiji, Luksemburgu i Monaku, a imala je u ticaja i na razvoj prava u Holandiji. Vid. (Willisch, 1987: 182).

4 Cour de cassation, 27 novembre 1844.

5 Vid.: François Guy Trébulle, *Les techniques contentieuses au service de l'environnement - Le contentieux civil*. Dostupno na: <https://www.courdecassation.fr/venements/23/colloques>

je doneo odluku u kojoj je rečeno da je vršenje prava svojine ograničeno prirodnom i zakonskom obavezom da se ne čini šteta na tuđoj imovini.⁶ Odlukom od 4. februara 1971. godine ustanovljen je princip objektivne odgovornosti, odnosno odgovornosti bez obzira na krivicu (*responsabilité sans faute*) za prekomerno uznemiravanje suseda.⁷ Time je učinjen značajan napredak u odnosu na teoriju o zloupotrebi prava, jer tužilac više nije morao dokazivati da je tuženi imao nameru da mu naškodi. U odluci od 19. novembra 1986. godine formulisano je načelo da niko ne može da prouzrokuje drugom prekomerno smetanje.⁸ Godine 2010. raspravljano je o prevenciji rizika od nastupanja štete i o principu preventivnog ograničavanja prava svojine (*prévention du risque de dommage*).⁹ Očigledno je da su francuski sudovi u periodu dugom gotovo dva veka postepeno gradili i razvijali institute građanskog prava koji su mogli poslužiti kao relativno efikasno sredstvo za zaštitu životne sredine. (Nikolić, 2014: 85-101). Međutim, proteklo je i propušteno mnogo godina, dok ljudska društva nisu pod pritiskom narastajućih problema počela da se misaono i delatno produbljenije i sistemski bave pitanjima zaštite prirodnih dobara, a u tom kontekstu i oblikovanjem odgovarajućih pravnih pravila.

Kao što je već rečeno, planski razvoj pravne regulative, naučnih istraživanja i pravnog obrazovanja u oblasti zaštite životne sredine, započeo je tek u drugoj polovini XX veka. Zanimljivo je da su značajniji iskoraci na naučnom i obrazovnom polju napravljeni u angloameričkom pravnom području, koje je karakteristično po kazuizmu, a ne na prostoru kontinentalne Evrope, poznatom po dubokim filozofskim promišljanjima, visokom nivou apstraktnosti, sistematici i sistemizaciji. Oni koji se bave uporednim pravom znaju da se to može objasniti činjenicom da u angloameričkom svetu dominira tzv. *predmetna sistematika*. Naime, pravna pravila su grupisana po predmetu pravnog regulisanja. Po istom modelu je koncipirana većina naučnih i nastavnih disciplina (npr. pravo intelektualne svojine, pravo informacija, sportsko pravo, pravo virtualne stvarnosti i dr.).

activites_formation_4/2005_2033/intervention_m_trebulle_8133.html (12. 11. 2014).

6 Vid.: Cour de cassation. Req. 20 févr. 1849 : DP 1849.1.148. Prema: François Guy Trébulle, *op. cit.*

7 Vid.: Cour de cassation, troisième chambre civile, arrêt du 4 février 1971.

8 Vid.: Cour de cassation, troisième chambre civile, arrêt du 19 novembre 1986.

9 Vid.: Cour de cassation, troisième chambre civile, arrêt du 3 mars 2010, pourvoi n° 08-19.108, Bull. 2010, III, n° 53. Vid.: https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2011_4212/troisieme_partie_etude_risque_4213/livre_3._risque_prevenu_4266/anticipation_risque_4269/principe_precaution_22866.html (12. 11. 2014).

U kontinentalnoj Evropi vekovima postoji diskrepancija između načina na koji se grupišu norme i onoga što je obuhvaćeno pojedinim nastavnim predmetima. Regulatorna je uglavnom sistematizovana prema predmetu, a nastavne discipline prema tzv. metodu pravnog regulisanja, odnosno prema diferencijalnim načelima (Nikolić, 2017: 107-144) na kojima se zasnivaju pojedine grane i familije grana prava.

Na Starom kontinentu je problematika pravne zaštite životne sredine dugo izučavana sporadično i fragmentarno, u okviru tradicionalnih grana prava i njima posvećenih naučnih i nastavnih disciplina. Regulatorna je takođe bila nerazvijena i nesistematizovana. Tek sedamdesetih godina XX veka počelo se govoriti o integralnoj pravnoj zaštiti. Time je trasiran put za razvoj nove, integrativne, sintetičke grane prava koja je tokom proteklih nekoliko decenija dobijala različite nazive i različitu sadržinu.

3. Terminološko, pojmovno i sadržinsko usaglašavanje

U početku je u uporednom pravu korišćen naziv *pravo zaštite životne sredine* (*environmental protection law*) (Bocken, 1996.). On je u osnovi odgovarao do tada dosegnutom nivou razvoja pravne misli i pravne regulative. Pažnja pravnika je bila skoncentrisana na problematiku zaštite pojedinih dobara u čovekovom okruženju. Međutim, vremenom je sazrela svest o tome da treba na adekvatan način urediti i pitanja koja se tiču režima njihovog korišćenja, odnosno upotrebe. Naziv koji se odnosio samo na pravnu zaštitu tada je postao suviše uzak.

Vremenom je šire prihvaćen novi naziv – *ekološko pravo* (u Sjedinjenim Američkim Državama: *Ecology law*; u Rusiji: *ekologičeskoe pravo*). On je i danas zastupljen u pravnoj literaturi nekadašnjih članica jugoslovenske federacije. Većina pravnika pod njim podrazumeva granu prava koja obuhvata pravila o upotrebi i zaštiti dobara u čovekovom okruženju. Međutim, biolozi i drugi naučnici koji se bave prirodnim naukama, smatraju da su naziv i sadržina samo delimično podudarni. (Vujić, 2005:21). Naime, ekologija obuhvata znatno užu materiju. Predmet izučavanja i zaštite su samo biološke vrste i njihova staništa, a ne i vrednosti stvorene ljudskim radom. Zato je pravna nauka počela da traga za novim nazivima i novim pojmovima.

Od pre petnaestak godina u široj upotrebi je naziv *pravo životne sredine* (u zemljama angloameričkog pravnog područja: *environmental law*; u Francuskoj i

Švajcarskoj: *droit de l' environnement*; u Nemačkoj: *umweltrecht*; u Italiji: *diritto ambientale*; u Hrvatskoj: *pravo okoliša*; u Sloveniji: *pravo okolja*).

U normativnom smislu, *pravo životne sredine* je skup načela i pravnih pravila kojima je regulisan čovekov odnos prema prirodi, kao i prema okruženju koje je stvoreno ljudskim radom. Reč je o posebnom segmentu pravnog sistema sa jasno određenim predmetom pravnog regulisanja. Pravo životne sredine u osnovi reguliše dve grupe pitanja. Prva se odnosi na prava i obaveze koje čovek ima ili može imati u odnosu na zaštićena dobra u svom okruženju. Druga se tiče pravne zaštite. Ona postaje aktuelna kada neko postupi suprotno obavezi i time ugrozi ili povredi zaštićena dobra.

Teoretičari već duže vreme bez većeg uspeha pokušavaju da na adekvatan način odrede pravnu prirodu prava životne sredine. Najviše zabune unosi to što se u njemu nalaze elementi više tradicionalnih grana iz različitih pravnih oblasti. Pravo životne sredine sadrži pravila iz domena ustavnog, upravnog, građanskog, privrednog, krivičnog, međunarodnog javnog, međunarodnog privatnog prava, građanskog procesnog, krivičnog procesnog prava i sl. Ono se zbog toga ne može u celini uklopiti ni u jednu od (dihotomnih) pravnih oblasti. Pravo životne sredine je istovremeno i javno i privatno (Pozzo, 1996: 9-15), materijalno i procesno. Sve to ukazuje na činjenicu da novu granu prava ne treba posmatrati u okviru starog koncepta i kroz prizmu tradicionalne sistematike. Pojedini autori su pokušavali da opravdaju nastanak ove grane prava tako što su tražili ono što je čini različitom u odnosu na svaku tradicionalnu granu ponaosob. Međutim, rešenje se nalazi u širem idejnom kontekstu. Pravo životne sredine je nova *sintetička grana prava* koja ima jedan novi kvalitet i prepoznatljivost u okviru pravnog sistema, upravo zbog toga što objedinjuje sva načela i pravna pravila koja se odnose na istu problematiku. Ono je zasnovano na već pominjanoj *predmetnoj sistematici* koja dobija sve veći značaj u savremenom svetu usled regionalnih i globalnih integracionih procesa i fuzije angloameričkog i evropskog kontinentalnog prava. Pravo životne sredine je *integrativna grana prava* jer povezuje različite grane i različite pravne oblasti. Uz sve to, ono je samosvojno (*sui generis*) jer počiva na naročitoj kombinaciji raznorodnih pravnih načela. (Nikolić, 2009).

U pravnoj terminologiji je sve stvar konvencije. Međutim, u ovom trenutku nje nema. Pravnici se još uvek nisu usaglasili međusobno, čak ni na nacionalnom nivou. Upečatljiv primer predstavljaju pojedini

tematski zbornici radova posvećeni čovekovom odnosu prema okruženju, u kojima autori (ko-autori) koriste različite nazive za iste kategorije.¹⁰

U uporednom pravu je konfuzija srazmerno veća. Terminološko i pojmovno usaglašavanje je jedan od prioriternih zadataka savremene pravne nauke. Pritom treba imati u vidu činjenicu da pravnici ponekad pridaju određenim pojmovima i nazivima značenje koje se razlikuje od onoga koje je prihvaćeno u drugim naučnim oblastima i u široj javnosti. Usled toga nastaju problemi u komunikaciji, kako unutar pravne struke i nauke, tako i na širem planu. Očigledno je da je pri određivanju naziva i pojmova koji se koriste u pravu potrebno uspostaviti saradnju sa stručnjacima iz drugih naučnih oblasti i podsticati multidisciplinarnost i interdisciplinarnost.

4. Razvoj naprednih studija: multidisciplinarnost i interdisciplinarnost

Već spominjani problem fragmentacije se može ublažiti i većim delom prevazići, razvijanjem multidisciplinarnih i interdisciplinarnih studija koje povezuju znanja iz više različitih tradicionalnih pravnih disciplina, ili omogućuju popunjavanje praznina koje postoje među njima (interna multidisciplinarnost i interdisciplinarnost). Međutim, kao što je već rečeno, potrebno je ostvariti sintezu znanja na širem planu, povezivanjem pravnih disciplina sa disciplinama koje pripadaju drugim naučnim oblastima (eksterna multidisciplinarnost i interdisciplinarnost). Taj zadatak je neuporedivo složeniji od prethodno navedenog. Svetska nauka je poslednjih decenija izdvojena na mnoštvo vrlo uskih disciplina u okviru kojih je stvorena enormna masa nedovoljno povezanih i nesistemizovanih podataka. Fragmentizovanje nauke je uticalo na to da i obrazovanje bude usko profilisano. Nasuprot tome, brze strukturne promene društva iziskuju od pojedinaca ili kolektiviteta da se brzo prilagođavaju promenama u okruženju, za šta su potrebna šira znanja. Neosporno je da su globalne informacione mreže doprinele tome da se stvore uslovi za svojevrsnu demokratizaciju obrazovanja, ali je takođe činjenica da nisu utvrđeni kriterijumi za vrednosnu selekciju i proveru raspoloživih informacija.

¹⁰ Tako su npr. autori priloga u zborniku *Pravo i životna sredina* (ed. Dragoljub Kavran – Gordana Petković), objavljenom u Beogradu 1997. godine, koristili različite nazive za novu granu prava: (Kavran, Petković, 1997: 17:41); (Popović, 1997: 59-80); (Joldžić, 1997: 81-125); (Vukićević, 1997: 223-240); (Tomić, 1997: 276-288).

Pred čovečanstvom je nova velika sinteza znanja. Ovoga puta je u pitanju proces koji prevazilazi okvire pojedinih društava. Reč je o globalnoj sintezi koja predstavlja odgovor na izazove sa kojima se suočavaju gotovo sve razvijene društvene zajednice. U literaturi se već duže vreme ukazuje na činjenicu da u postojećim okolnostima nedostaju specijalisti za interdisciplinarnost i univerzalnost koji bi bili sposobni da, poput starih enciklopedista, integrišu usitnjenu nauku i reformišu tradicionalni koncept obrazovanja. Zato je na pojedinim naučnim i visokoškolskim institucijama posebna pažnja posvećena reintegraciji nauke i objedinjavanju znanja. Reč je o tzv. naprednim studijama (*advanced studies*) koje podstiču interdisciplinarni i multidisciplinarni pristup u naučnim istraživanjima i visokom obrazovanju. Takva razvojna orijentacija će biti od ključnog značaja za uključivanje u savremene tokove i jedan od glavnih preduslova za razvoj i stabilnost mnogih institucija i društava kojima one pripadaju. (Nikolić, 2015: 131-146). Kad je u pitanju problematika zaštite životne sredine i održivog razvoja napredne studije imaju poseban značaj. Ona će u značajnoj meri uticati na egzistenciju sadašnjih i budućih generacija, na kvalitet njihovog života i na opstanak mnogih drugih bioloških vrsta na Plavoj planeti.

5. Kontekstualizacija: pravna nauka i nauka o sistemu planete Zemlje

Poslednjih godina je došlo do značajnih promena u pogledu samog pristupa problematici zaštite životne sredine i održivog razvoja. Decenijama je svaki aspekt razmatran odvojeno, ponaosob. U novijim dokumentima *Ujedinjenih nacija*, sačinjenim u okviru *Programa za životnu sredinu i održivi razvoj (United Nations Environment Programme – UNEP)*, zastupljen je sistemski pristup. U studiji *GE05 Global Environment Outlook – Environment for the future we want*¹¹, objavljenoj 2012. godine, povodom UN RIO+20 konferencije o održivom razvoju, govori se o *sistemu planete Zemlje (The Earth System)*, koji predstavlja egzistencijalnu osnovu svih ljudskih društava. Rečeno je da on deluje kao jedinstvena celina, koju čine fizičke, hemijske, biološke i ljudske komponente. Međutim, konstatovano je i da su čovekove aktivnosti narušile sklad zemljinog sistema i sposobnost samoregulacije. O tome svedoči globalni rast temperature, kao i rast nivoa mora i okeana, pod uticajem prekomernog emitovanja karbondioksida i metana u atmosferu, koje izaziva efekat *staklene bašte*. Čovek je, uz to, odgovoran

11 *Global Environment Outlook – Environment for the future we want*, Nairobi, 2012.

za masovno krčenje šuma, za urbanizaciju, pretvaranje šumskog zemljišta u poljoprivredne površine i za oduzimanje prirodnih staništa drugim biološkim vrstama. Takve aktivnosti su doprinele drastičnom smanjenju biodiverziteta. Usled prekomerne upotrebe hemijskih sredstava u poljoprivrednoj proizvodnji, zemljište postaje manje plodno, a negde i potpuno neupotrebljivo. Istovremeno, šire se pustinjski predeli u kojima nema uslova za normalan život. (Nikolić, 2009: 16-23). Cena hrane na svetskom tržištu permanentno raste. Savremena potrošačka društva nesrazmerno i nepotrebno iscrpljuju dragocene resurse, ne vodeći dovoljno računa o međugeneracijskoj solidarnosti, odnosno o tome da ih treba čuvati i za naredne generacije. (Nikolić, 2012: 781-788). Tragovi ljudske destrukcije su toliko izraženi da pojedini autori govore o novoj, antropogenoj geološkoj epohi.¹²

Opisani trendovi su dugo posmatrani izolovano i u teritorijalnom smislu, kao lokalni ili regionalni problemi. Tek je u drugoj polovini XX veka uočeno da se zapravo radi o uzajamno povezanim procesima koji proizvode značajne posledice na globalnom planu. Vremenom je sazrela svest o tome da čitavoj problematici treba pristupiti na sistemski način i da planetu Zemlju treba posmatrati kao složen, dinamički sistem, na koji se mogu primeniti osnovne postavke *Opšte teorije sistema*, a posebno one koje se odnose na upravljanje sistemskim celinama u kriznim situacijama¹³.

Značajan napredak u tom pravcu predstavlja i to što se na pojedinim univerzitetima razvija nova naučna (i nastavna) oblast pod nazivom *Earth System Science*¹⁴.

Sistemski problem iziskuje sistemski pristup. Kao što su različiti procesi u čovekovom okruženju međusobno povezani, tako bi i odgovor na njih morao da bude celovit, sveobuhvatan i zasnovan na saradnji stručnjaka različitih profila. Međutim, stvarnost je drugačija. Kao što je već rečeno, savremena nauka je usitnjena i nedovoljno razvijena. U mnogim segmentima nedostaje integrativni pristup. Još uvek nema dovoljno multidisciplinarnih i interdisciplinarnih projekata koji

12 *Global Environment Outlook – Environment for the future we want*, str. XVIII

13 *Opšta teorija sistema (General system theory)* zasnovana je pedesetih godina XX veka u radovima Ludviga fon Bertalanfija (*Ludwig von Bertalanffy*). Za svega nekoliko decenija prerasla je u fundamentalnu disciplinu čiji se principi primenjuju u mnogim naučnim oblastima.

14 V. na primer: *Earth System Science and Climate Change Group*, Wageningen University and Research Centre. <http://www.wageningenur.nl/en/Expertise-Services/Chair-groups/Environmental-Sciences/Earth-System-Science-Group.htm>

omogućuju celovito sagledavanje problema. Osim toga, istraživanja su, mahom, ograničena na analizu postojećeg stanja. Evidentno je da u mnogim naučnim oblastima nedostaje prognostička komponenta. To predstavlja ozbiljan problem, jer u epohi brzih promena, postoji sve izraženija potreba za brzim donošenjem odluka. Otuda bi trebalo da savremena nauka ide u susret događajima. To posebno važi za tzv. *normativne discipline*, čija znanja treba da posluže kao orijentir onima koji kreiraju javnu politiku i donose odluke od strateškog značaja.

Pravo znatno zaostaje za promenama u društvu. Ono u mnogim sektorima ne odražava čak ni postojeće stanje, mada bi po logici stvari trebalo da (do izvesne mere) ide ispred vremena u kom živimo. Naime, za razliku od običajnih pravila koja su nastajala spontano i dugotrajno, državna regulativa se donosi i važi *pro futuro*. (Allen, 1964: 1). Ona predstavlja instrumentarijum za usmeravanje relevantnih procesa u društvu. Da bi mogli da se ostvare odgovarajući efekti, moraju postojati i odgovarajući instrumenti. Drugačije rečeno, kreatori javnih politika i oni koji te politike sprovode, moraju imati na raspolaganju alat koji odgovara stan- dardima savremenog društva. Međutim, tradicionalni pravni institu- ti nisu u potpunosti usklađeni sa praktičnim potrebama. Uz to, mnoga pravno relevantna pitanja uopšte nisu regulisana važećim propisima.

O stanju pravne regulative u pojedinim sektorima slikovito govori podatak da se u Republici Srbiji, u domenu susedskih odnosa i dalje primenjuju pravna pravila iz *Građanskog zakonika za Kneževinu Srbiju* iz 1844. godine, koji je formalno prestao da važi još 1946. godine, na osnovu *Zakona o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. i za vreme neprijateljske okupacije*¹⁵. *Pitanje je u kojoj meri takva pravna regulativa može da odgovori na izazove vremena u kom živimo?*

Očigledno je da pitanja pravne zaštite čovekovog okruženja treba smestiti u mnogo širi kontekst i povezati sa drugim naučnim oblastima. Time će se otvoriti novi ugao posmatranja celokupne problematike, proširiti saznanji horizonti i aktuelizovati mnoga pitanja, a među njima i ona koja se tiču objekata i subjekata pravne zaštite.

6. Određivanje objekata pravne zaštite i subjekata prava

Protetklo je gotovo pola veka od kako je započeto oblikovanje prava životne sredine. Međutim, još uvek nije jasno šta je objekt pravne zaštite (šta štitimo) i ko je subjekt pravne zaštite (u čijem interesu to činimo).

¹⁵ Zakon je objavljen u *Službenom listu FNRJ* broj 86/1946.

Nova grana prava je u početku bila zasnovana na tzv. *antropocentričnom* pristupu (konceptu) čiju okosnicu čini stav da svaki pojedinac ima pravo da živi u zdravoj životnoj sredini. Ta koncepcija je ubrzo naišla na kritiku jer se pokazalo da zaštita okruženja zavisi od pojedinaca. *Šteta se nanosi čoveku* i on odlučuje o tome da li će tražiti preduzimanje određenih mera ili izricanje sankcija. Savremeno pravo životne sredine je zasnovano na bitno drugačijem tzv. *ekocentričnom* pristupu. Zabranjeni su postupci kojima se nanosi *šteta samom okruženju*. Smatra se da državni organi u takvim slučajevima treba da deluju nezavisno od toga da li su pojedinci ili udruženja podneli zahtev za pružanje zaštite. U tom kontekstu se postavlja pitanje ko je subjekt prava? Pojedini teoretičari smatraju da je to sama životna sredina. Međutim, na sadašnjem nivou razvoja pravne misli, pravne svesti, pravne nauke i (naročito) pravne regulative, takavo stanovište je teško braniti. Naime, subjekt prava može biti samo onaj ko ima pravni subjektivitet. (Nikolić, 2010: 254). U savremenom svetu se to svojstvo (za sada) priznaje samo ljudskim bićima.

U pravnoj teoriji se već duže vreme vode rasprave o tome da li je pravo isključivo ljudski (antropogeni) fenomen i da li i neke druge biološke vrste mogu imati pravni subjektivitet.

Stari Rimljani su smatrali da postoji jedno univerzalno prirodno pravo (*ius naturale*), „kojim je priroda poučila sva živa bića, jer to pravo nije svojstveno samo ljudskom rodu, nego je zajedničko svim živim bićima...”¹⁶

I neki naši savremenici smatraju da pravo u rudimentarnom obliku postoji u zajednicama drugih bioloških vrsta. (Nikolić, 1995). Ipak, u savremenoj nauci i dalje preovlađuje mišljenje da je ono isključivo ljudski fenomen.¹⁷ U prilog tom stavu navodi se da se ljudi, za razliku od svih drugih društvenih bića koja slede jedino svoje instinkte, prilikom zadovoljavanja većine potreba rukovode kulturnim obrascima ponašanja. Kao *razumno biće*, čovek svesno potiskuje instinktivne obrasce i zajedno sa ostalim pripadnicima svoje vrste ustanovljava posebna društvena pravila. No, da li pravilima koja stvaraju ljudi može biti priznat pravni subjektivitet životnoj sredini, a time i pravna sposobnost (sposobnost da bude nosilac prava i obaveza)? Po šire prihvaćenom mišljenju, životnu sredinu čine prirodna dobra i dobra stvorena ljudskim radom (zgrade, putevi, ulice, trgovi itd.). Do sada nije bilo predloga da se građe-

16 D. 1.1.1.3. *Ulpianus libro primo Institutionum*.

17 „Neka druga bića ne dolaze u obzir, jer je pravo isključivo društvena manifestacija“.
(Vuković, 1959: 240).

vinskim objektima prizna subjektivitet.¹⁸ Međutim, u novije vreme ima sve više zalaganja da se i životinjama priznaju određena prava. To znači da one ne bi predstavljale samo objekte pravnih odnosa, kao do sada, već da bi mogle imati i neku vrstu pravnog subjektiviteta. (Vodinić, 2012: 325, 327, 411–416.) Toj problematici je u uporednom pravu posvećena posebna naučna i nastavna disciplina (*Pravo životinja; Animal Law*).¹⁹

Zbog svega toga su prihvatljiva jedino stanovišta onih autora koji govore o izvesnom pomeranju, idejnom kretanju, od životne sredine kao objekta pravne zaštite ka subjektu pravne zaštite, uz napomenu da se to odnosi samo na pojedine činioce čovekovog okruženja. (Cvetić, 2013: 117-129). Do drugačijeg pristupa će možda doći kada pravo u većoj meri bude prilagođeno aktuelnim trendovima u drugim naučnim oblastima.

7. Prilagođavanje pravne regulative promenama u životnoj sredini

Organizacija ujedinjenih nacija je 2004. godine, u okviru *Razvojnog programa (United Nations Development Programme – UNDP)*, uz podršku Švajcarske, Kanade i Holandije, sačinila okvirni dokument o politici prilagođavanja na klimatske promene, koji predstavlja svojevrsni priručnik za utvrđivanje razvojne strategije, javnih politika i odgovarajućih mera u toj oblasti (*Adaptation Policy Frameworks for Climate Change: Developing Strategies, Policies and Measures (Lim, Spanger-Siegfried: 2004)*). On treba da omogući državama članicama (pre svega onima u razvoju) da lakše odrede nacionalne prioritete i da sačine sveobuhvatne i koherentne strateške dokumente (*National Adaptation Strategies*).

Okviri strateškog planiranja u toj oblasti definisani su i na nivou Evropske unije. Evropska komisija je 2007. godine donela tzv. *Zeleni papir* pod nazivom *Prilagođavanje na klimatske promene u Evropi – opcije za delovanje EU (Green Paper „Adapting to climate change in Europe – options for EU Action“)*, a 2009. i *Beli papir* pod nazivom *Prilagođavanje na klimatske promene: ka evropskom okviru za delovanje (White Paper „Adapting to climate change: Towards a European framework for Action“)*. Godine 2012. usvojena je *Evropska platforma za prilagođavanje na klimatske promene (European Climate Adaptation Platform)*. Taj dokument je poslužio kao podloga za izradu

18 U perspektivi bi se mogle očekivati i takve inicijative u vezi sa tzv. *pametnim zgradama* u kojima će sve značajniju ulogu imati uređaji sa veštačkom inteligencijom.

19 Nastava u toj oblasti se izvodi na oko 120 univerziteta u Sjedinjenim Američkim Državama. Interesovanje za tu naučnu i nastavnu disciplinu postoji i na evropskim univerzitetima.

glavnog strateškog dokumenta. *Strategija prilagođavanja Evropske unije (European Union Adaptation Strategy)* usvojena je aprila 2013. godine. Time je učinjen značajan napredak, jer se EU, po mišljenju pojedinih analitičara, u prethodne dve decenije gotovo isključivo bavila pitanjima od značaja za smanjenje klimatskih promena²⁰, ne uvažavajući dovoljno potrebu za prilagođavanjem.

U dokumentima Evropske komisije se navodi da „prilagođavanje podrazumeva očekivanje negativnih efekata klimatskih promena i odgovarajuće delovanje u cilju prevencije ili umanjenja štete koje oni mogu prouzrokovati, ili korišćenje prilika koje mogu nastupiti. Dokazano je da dobro isplanirano, rano prilagođavanje kasnije štedi novac i živote“²¹.

Cilj strateškog planiranja u ovoj oblasti je da se na osnovu kratkoročnih, srednjoročnih i dugoročnih projekcija sagledaju potencijalni rizici i da se utvrde mere koje će doprineti tome da evropski prostor bude manje osetljiv na klimatske promene. O značaju strategije prilagođavanja svedoče podaci o aktuelnim i mogućim zbivanjima u regionu. Temperatura je u kontinentalnoj Evropi u prethodnoj deceniji (2002–2011) bila prosečno viša za 1.3°C u odnosu na predindustrijski period. To znači da je u regionu zabeležen brži rast u odnosu na globalno zagrevanje. Sve češće dolazi do ekstremnih prirodnih događaja, o čemu svedoče učestali toplotni talasi, šumski požari i suše u južnoj i centralnoj Evropi. Na severu pak raste rizik od velikih poplava i erozije tla. Procena je da će biti sve više katastrofalnih događaja koji će za posledicu imati značajne ekonomske gubitke, razaranja, zdravstvene probleme i smrt većeg broja lica²².

Do sada je dvadesetak država članica Evropske unije utvrdilo *nacionalnu strategiju prilagođavanja na klimatske promene*. (Carina H. Keskitalo, 2010). U Republici Srbiji su započete pripreme za izradu takvog dokumenta.

Evropska platforma prilagođavanja na klimatske promene upućuje na potrebu da se organizovano radi na razvoju odgovarajućih *transnacionalnih strategija*.

20 V.: *Europe adapts to climate change: Comparing National Adaptation Strategies* (grupa autora), Global Environmental Change 20/2010, str. 440 i dr.

21 <http://ec.europa.eu/clima/policies/adaptation/>

22 V.: *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European*

Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, tačka 2.

[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0216:FIN:EN:HTML, 14. 12. 2013.](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0216:FIN:EN:HTML,14.12.2013)

Strateško planiranje u ovoj oblasti na svim nivoima podrazumeva i odgovarajuću pravnu regulativu kojom se, na direktan ili indirektan način, obezbeđuje sprovođenje javnih politika u vezi sa klimatskim promenama.

Strategije prilagođavanja na klimatske promene će dodatno uticati na razvoj prava na nacionalnom nivou, ali će imati uticaja i na razvoj nadnacionalnog prava koje oblikuju institucije Evropske unije.

U nacionalnim okvirima će biti doneti novi propisi za sprovođenje javnih politika u toj oblasti. To znači da će biti uvedena nova pravila i da će nastati i novi pravni instituti. U svakom slučaju, u pojedinim segmentima će se izmeniti postojeći pravni režim. Treba očekivati naglašeniji državni intervencionizam u oblasti svojinskih odnosa, ugovornog prava i sl. Tradicionalni pravni instituti će, u izvesnoj meri, biti redefinisani, a autonomija subjekata sužena u javnom interesu. To se posebno odnosi na način ostvarivanja pojedinih vrsta građanskih subjektivnih prava. Uz to, treba očekivati i izvesne promene u pravcu humanizacije i moralizacije građanskopravnih odnosa. Poseban naglasak će biti na jačanju uzajamnosti i solidarnosti pri ostvarivanju građanskih subjektivnih prava i ispunjavanju obaveza u kriznim situacijama.

8. Jačanje uloge građanskopravnih instituta u okviru prava životne sredine

Problematika zaštite životne sredine je decenijama bila najneposrednije vezana za javno pravo (upravno i ustavno). Međutim, okolnosti su se poslednjih godina bitno izmenile. Novija istraživanja pokazuju da privatno, a time i građansko pravo ima sve značajniju ulogu u toj oblasti. (Vandenbergh, 2013: 129). Taj trend se jednim delom može pripisati i činjenici da su neki građanskopravni instituti u međuvremenu usklađeni sa praktičnim potrebama u domenu zaštite životne sredine i održivog razvoja.

Zahvaljujući vizionarstvu profesora Mihaila Konstantinovića, u Srbiji decenijama postoji mogućnost da se u okviru građanskog prava efikasno štite interesi društvene zajednice u vezi sa životnom sredinom i održivim razvojem. *Zakonom o obligacionim odnosima* iz 1978. godine, propisano je da svako može zahtevati od drugoga da ukloni izvor opasnosti od koga pretila znatnija šteta njemu ili neodređenom broju lica, kao i da se uzdrži od delatnosti od koje proizilazi uznemiravanje ili opasnost od štete, ako se takve posledice ne mogu sprečiti odgovarajućim

merama. Osim toga, određeno je da će sud, na zahtev zainteresovanog lica, narediti da se preduzmu odgovarajuće mere za sprečavanje nastanka štete ili uznemiravanja, ili da se otloni izvor opasnosti, na trošak držaoca izvora opasnosti, ako on to sam ne učini. Najzad, propisano je i da se, ako šteta nastane u obavljanju opštekorisne delatnosti, za koju je dobijena dozvola nadležnog organa, može zahtevati samo naknada one štete koja prelazi normalne granice, ali da se i tada može tražiti preduzimanje opravdanih mera za sprečavanje nastupanja daljih štetnih posledica ili za njihovo smanjenje²³. Na osnovu formulacije zakonske norme se može zaključiti da je zapravo reč o tzv. popularnoj tužbi (*actio popularis*) kojom se može tražiti izricanje određenih građanskopravnih sankcija (Nikolić, 1995) i mera radi zaštite javnih interesa. Takvo normativno rešenje je u skladu sa aktuelnim tendencijama o kojima je bilo reči u prethodnim odeljcima. Međutim, ono samo po sebi nije dovoljno. Potrebno je da dođe i do određenih promena u tumačenju i primeni zakonskih normi. Naime, u praksi se relativno retko koriste mogućnosti koje u domenu zaštite životne sredine pružaju odredbe *Zakona o obligacionim odnosima*.

Literatura/References

- Allen, C.A. (1964). *Law in the Making*, Oxford.
- Bocken, H. (1996). *The Codification of Environmental Law*, održane u Gentu 1995, Kluwer Law International, The Hague – London – Boston.
- Vandenbergh, M.P. (2013). *Private Environmental Governance*, 1.
- Vodinelić, V.V. (2012). , *Građansko pravo – Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu i Službeni glasnik, Beograd.
- Vujić, A. (2005). *Zaštita životne sredine*, Novi Sad.
- Vukićević, M. (1997). *Uslovi za harmonizaciju prava životne sredine EU sa pravom životne sredine SRJ*, Pravo i životna sredina, Beograd, str.223–240.
- Vuković, M. (1959). *Opći dio građanskog prava*, knjiga I, Školska knjiga, Zagreb.
- Global Environment Outlook – Environment for the future we want*, Nairobi, 2012.
- Joldžić, V. (1997). *O elementima neophodnim za uspostavljanje ekološkog prava kao samostalne discipline pravne nauke*, Pravo i životna sredina, Beograd, str. 81–125.

23 V.: član 156 *Zakona o obligacionim odnosima*.

Kavran D, Petković, G. (1997). *Mesto i uloga prava životne sredine u pravnom sistemu Savezne Republike Jugoslavije*, Pravo i životna sredina, Beograd, str. 17–41.

Keskitalo, H.C. (2010). *Developing Adaptation Policy and Practice in Europe: Multi- level Governance of Climate Change*, Springer, Dodrecht – Heidelberg – New York, 2010.

Lim, B. Spanger-Siegfried, E. (2004). *Adaptation Policy Frameworks for Climate Change: Developing Strategies, Policies and Measures*, Cambridge University Press.

Nikolić, D. (1995). *Građanskopravna sankcija (geneza, evolucija i savremeni pojam)*, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad.

Nikolić, D. (2009). *Osnove prava životne sredine*, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad.

Nikolić, D. (2013). *Klimatske promene i građansko pravo – Elementi za strategiju prilagođavanja*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 4, 61–80.

Nikolić, D. (2014). *Apsolutnost svojine u francuskom pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 4, 85–101.

Nikolić, D. (2015). *Podela nauka i njihova međusobna uslovljenost*, u: *Strateški pravci razvoja Srbije u XXI veku: Nauka – stanje, strategija, perspektive*, Srpska akademija nauka i umetnosti, Beograd, 2015, 131–146.

Nikolić, D. (2017). *Uvod u sistem građanskog prava*, XIV izmenjeno i dopunjeno izdanje, Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Novi Sad.

Nikolić, D. (2018). *Climate change and property rights changes*, poglavlje u knjizi: *Property rights and climate change – Land use under changing environmental conditions* (ed. Fennie van Straalen etc.), Routledge Complex Real Property Rights Series, London – New York, 2018.

Pozzo, B. (1996). *Danno ambientale ed imputazione della responsabilita*, Milano.

Popović, S. (1997). *Osnovne karakteristike ekološkog prava*, Pravo i životna sredina, Beograd, str. 59–80;

Tomić, N. *Veza i odnosi između upravnog i ekološkog prava*, Pravo i životna sredina, Beograd, str. 276–288.

Willisch, J. (1987). *State Responsibility for Technological Damage in International Law*, Ducker & Humbolt, Berlin.

Dušan Nikolić, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law. University of Novi Sad

DIRECTIONS IN THE DEVELOPMENT OF ENVIRONMENTAL LAW

Summary

A relationship of a human being towards nature and its surroundings created by human labour has become a subject of separate legal regulation and separate legal studies only in the past few decades. Previously, this topic was investigated only sporadically and fragmentarily, within the traditional branches of law. The concept of integral legal protection started being conceived in the 1970s. It opened up a way towards a new, integrative and synthetic branch of law, which has changed its name and content over past few decades. In recent times, this new branch has been most commonly called Environmental law. It, basically, encompasses two groups of questions: those pertaining to the rights and duties which a human being may have in relation to the protected goods in his environment, and those pertaining to the legal protection of these assets. This article briefly discusses the prehistory of Environmental law, directions of its development over the past half a century, its features at the current level of development, as well as the projections of its future development in the near and a more distant future.

Comparative studies reveal that court practice has had a key role in the emergence of this new branch of law, not only those in the Anglo-American legal system but also those in the European-continental law. Through their practice, the courts have modified some existing legal institutes and concurrently created some new institutes, aimed at the protection of human environment. Legislative authorities have been less inventive and insufficiently efficient in that respect. Statutory regulation is underdeveloped, frequently lagging behind social changes. The contemporary legal science encounters similar problems, particularly in terms of numerous terminological, conceptional and substantive contradictions and inconsistencies on the legal nature and functions of environmental law. Obviously, there is a stressed need for harmonizing legal terminology, both at the national and the international level. Moreover, the terminology used by legal professionals has to be attuned with the terminology used by other professions. This is especially important given the fact that the future will be marked by the development of the so-called advanced (interdisciplinary and multidisciplinary) studies which should enable bringing together of knowledge of different scientific fields and more efficient reaction in the field of environmental protection and sustainable development. Legal doctrine and legal practice cannot be developed in isolation, independently from other branches of science. It is essential to determine their positions within wider contexts established

for the purpose of (re)integrating the existing fragmented sciences and enabling joint action in this field. Law should contribute to instituting changes in the societal flows which jeopardize protected goods in the human environment, whereas it concurrently has to undergo a vigorous transformation itself. The article provides an overview of directions in which these changes ensue.

Keywords: *environment, law, Environmental law, interdisciplinary and multidisciplinary studies.*

Dr Željko Bartulović,*
Redovni profesor Sveučilišta u Rijeci
Pravni fakultet

originalni naučni rad
doi:10.5937/zrpfni1982081B

UDK: 347.79(497.5)"17"
323(497.5)(=163.41)"17"

Rad primljen: 20.12.2018.
Rad prihvaćen: 25.01.2019.

RIJEČKI PRIMER RAZVOJA PROPISA O TRGOVINI I FORMI TRGOVAČKOG ORGANIZIRANJA DO KRAJA 18. VEKA

Apstrakt: Autor istražuje pravno-povesni aspekt razvoja oblika privrednog poslovanja i uticaja države na njega. Uz antičke primere analizira neke srednjovjekovne oblike pomorskog poslovanja na Jadranu. Oni se razvijaju bez uticaja vlasti, putem trgovačke prakse. U kontinentalnoj Hrvatskoj uticaj vladaoca na razvoj gospodarstva vidi se na primjeru Zlatne bule zagrebačkom Gradecu 1242. Statut Rijeke iz 1530. u normama insistira na sigurnosti trgovine i brzom sudskom rešavanju sporova među trgovcima i pomorcima. Aktima o proglašenju slobode plovidbe Jadranom 1717, kao i Rijeke i Trsta slobodnim (bescarinskim) lukama, car Karlo VI daje poticaj novom trgovačkom razvoju. Sredinom veka donosi se niz administrativno-privrednih reformi koje prati utemeljenje trgovačkih kompanija, primitivnih akcionarskih društava te porast broja trgovaca pojedinaca. U razvoju riječke trgovine važno mjesto imali su i srpski trgovci.

Cljučne riječi: trgovački propisi, 18. vek, Rijeka, Srbi.

1. Uvod – antički period

Historija daje brojne primere o različitim formama trgovačkih poslova i povezivanja trgovaca. Država svojim propisima ograničava, usmerava ili potiče privredne aktivnosti i njihove organizacione forme. Povesna analiza interakcije gospodarstva, države i prava kao i interdisciplinarno istraživanje ekonomskih aspekata vrlo je korisno. Trgovina grada i luke Rijeka bili su predmet različitih istraživanja, ali pravnih nije bilo mnogo.

* zeljko@pravri.hr

U starom Egiptu vanjska trgovina odvijala se posredovanjem države koja ju je kontrolisala (Bartulović, 2014: 21). Hetitska država osiguravala je zaštitu trgovaca pa čl. 5 zakonika iz 16. v. pr. n. e. „Ubistvo trgovca“ određuje kaznu od 100 mina srebra (Kandić, 1983: 63).

Dioklecijan u 3. v. n. e. pokušava prevladati ekonomsku krizu državnom regulacijom privrede. Carevi daju privilegije udruženjima zanatlija, trgovaca (*collegia negotiatorum*) i pomorskih prevoznika (*navicularii*), ali su ih i kontrolisali. Gušenje privatnog preduzetništva i intervencionizam države naziva se „vojno-industrijski kompleks“ (Karajović, 1997: 64–67, Bujuklić, 2016: 47, Boras, Margetić, 1998: 197–198).

2. Zlatna bula Gradecu 1242.

Slomom Rima dolazi do zamiranja robno-novčane privrede, uz neke izuzetke, npr. u doba karolinške renesanse. Novi uzlet počinje za krstaških ratova kada dolazi do direktnih kontakata Zapada i Istoka pa i trgovine u 13. veku.

U kontinentalnoj Hrvatskoj nastaju naselja koja žive od zanatstva i trgovine. Pravna forma nastanka urbanih naselja bile su i povelje o osnivanju privilegovanih slobodnih i kraljevskih gradova, npr. Varaždina 1220, Virovitice 1234, Samobora 1242, Križevaca 1252, Bihaća 1279, Koprivnice 1356. itd. Zlatna Bula Bele IV Gradecu iz 1242. sadrži najopširniju listu privilegija. Kralj „gostima“ (*hospites*) daje pravo slobodnog naseljavanja (uporedi moderno sticanje državljanstva i radne dozvole). Ako se ne nađu pljačkaši, štetu trgovcima plaća vlast tog teritorija. Građani ne plaćaju carine unutar državnih granica (up. današnje bescarinske zone). Kralj je doseljenicima dao vlasništvo nad zemljištem i oslobodio ih svih obaveza idućih pet godina (Margetić, Sirotković, Bartulović, 1989: 33–35, Margetić, 2000: 205–206). U Gradecu se u 14. veku spominju žene koje posluju samostalno ili kao ortakinje, npr. „gospođa Margareta trgovkinja“ (*domine Magarethe institricis*). Statut iz 1425. spominje „hljebarice“ i „solarice“, a građa trgovkinje, krčmarice I „ugledne poslovne žene“ i kao kreditore (Margetić, Apostolova Maršavelska, 1990: 105–106, Apostolova Maršavelski, 1986: 118–123).

3. Primeri trgovačkih poslova na Jadranu

Do razvoja trgovine dolazi i u komunama na Jadranu. Glosatori bude uspavanu pravnu nauku, a postglosatori proučavaju i statute severno-italijanskih komuna jer sadrže nove oblike trgovačkih poslova.

U Veneciji nastaju novi oblici pomorskog poslovanja i trgovačkog povezivanja.

U *rogadiji* (u Dalmaciji *rogancia*) primalac stvari, trgovac, obavezuje se obaviti posao za vlasnika, u njegovo ime, a uz svoj rizik. Njegova zarada je u razlici prodajne cijene i onoga što preda vlasniku. *Collegantia* je najčešći posao 12. veka. Ulagач (*stans, iactator*) daje dvostruki iznos kapitala, a druga strana (*procertans, tractator*) putuje i trguje. Dobit dele po pola, a gubitak srazmerno uloženom kapitalu. Splitski statut iz 1312. poznaje koleganciju, ali i socijetet (*societas*) (knj. III, gl. 73). Margetić piše da se radi o dvostrukoj koleganciji u koju dve strane unose kapital. Takvi ugovori postoje i u Dubrovniku u 13. veku. U Veneciji termin kolegancija označava dvostranu koleganciju dok jednostrana nema pravni naziv (Margetić, 1995: 205, Margetić, 1997: 263–284, Kostrenčić, 1915: 287, Beuc, 1988: 309, Statut Grada Splita, 1988).

Entega je ugovor u kojem jedna strana ulaže kapital ili robu, druga strana brod, a mornari rad. To je najrazvijenija forma socijeteta, svojevrсни srednjovekovni *joint venture*. Zarada se deli na trećine, a van Jadrana zbog većeg rizika veći dio primaju vlasnik broda i robe, tj. kapitala. Regulira ga i Dubrovački statut iz 1272, a koristi se do 16. veka (Statut grada Dubrovnika, 1990, knj. VII, gl. 42–53).

Marinari ad partem su mornari koji ne primaju platu već udeo u zaradi pri čemu mornari preuzimaju i obaveze u održavanju i popravku broda (knj. VII, gl. 1) i štetu koja na teretu ako brod nije dobro održavan (knj. VII, gl. 6). U 16. i 17. veku ovu formu poslovanja zovu „ploviti na dubrovački način“. Razlog njenog postojanja nesigurnost je pomorskih putovanja.

Društvo karatista nastaje kada se pri gradnji ili korišćenju broda vlasnički udeo idealno deli na 12 ili 24 karata. Suvlasnici zavisno o visini udela stiču pravo na udeo u dobiti (Kostrenčić, 1914: 962, Šundrica, 1972: 15, Cvitanić, 1979: 222, Margetić, 1997: 263–279, Bartulović, Af lić, 2018: 15). To je oblik primitivnog akcionarskog društva koji se koristio zbog rizika od propasti broda.

U ribarskoj družini jedna strana daje brod, druga mreže, a ribari ulažu radnu snagu. Dobit se deli u različitim razmerima (Beuc, 1988: 309, Bartulović, 2008: 23).

4. Trgovački propisi u statutu Rijeke iz 1530. godine

Prema Herkovu, Rijeka je u 16. veku bila „ugledan trgovački grad“, pa se sa „obzirom na velike koristi“ od trgovine i zanata „nastojalo raznim

mjerama... unaprediti i raznim pogodnostima privući što veći broj stranih trgovaca“ (Herkov, 1948: 109–110). Propis knj. I, gl. 53, „O kupovanju trgovačke robe i o isplatama trgovcima za njihovu robu“, objašnjava: „U svrhu da bi naš grad bio što bogatiji i da našem kralju porastu prihodi od daća množinom trgovaca, koji će dolaziti ovamo u što većem broju svojom robom radi brze isplate njihove robe...“. Statut predviđa isplatu cene za prodanu robu u najkraćem roku, istog ili sledećeg dana, a u slučaju prodaje na poček u dogovorenom roku, kao i kaznu za onoga tko ne izvrši preuzete obaveze. Sudi se u skraćenom postupku. Stranom trgovcu pripada naknada za troškove nastale kašnjenjem isplate (knj. I, gl. 53). Upisi u trgovačkim knjigama smatraju se verodostojnima (knj. I, gl. 15). Trgovački sporovi sude se po skraćenom postupku do 15 dana (knj. I, gl. 3 i 9). Kontroliše se kvaliteta robe na tržištu i mere, a prodaja je javna (knj. III, gl. 39–41, knj. IV, gl. 14). Kupci su na zahtev tržišnih inspektora morali pokazati robu i navesti količinu i cenu kupljenoga. Trgovački i zanatski poslovi zabranjeni su za blagdane i praznike, osim za potkivače i za nabavku hrane (knj. IV, gl. 1). Trgovački cehovi (esnafi) kontrolisali su rad svojih članova. Statut propisuje cene mesa, ribe, kruha i rada trhonoša (knj. IV, gl. 8, 10, 11 i 15) (Petranović, 2018: 36). Bratovština Sv. Mihaela okuplja obučare (*caligari e zavatini*), a bratovština Sv. Nikole mornare i ribare (Bartulović, 1995: 120, Torcoletti, 1954: 83–89, Kobler, 1996: 276–278).

5. Pravni aspekt privrednog razvoja Rijeke tokom 18. veka

Rijeka je kao habsburški posed bila pod jurisdikcijom dvorskih organa koji brinu o prihodima i upravljanju imovinom. Dvorska komora, osnovana 1527, brine o prihodima i rashodima, kontroli zemaljskih komora, finansiranju dvora i vojske. Bečka gradska banka (*Wiener Stadtbank*) osnovana 1705. i Opća banka (*Universalbankalitat*, 1714) vode bankarstvo. Komercijalni kolegij za unapređenje trgovine osnovan je u Beču 1666, a 1718. Glavni komercijalni kolegij (*Haupt-Kommerzienkollegium*). Za Hrvatsku i Ugarsku nadležna je Ugarska komora koja je do 1715. zavisna o bečkoj Komori. Ona je kontrolisala prihode vladaoca i upravu imanja. Od 1772. preuzela je finansiranje administracije u Hrvatskoj. Dvorska komora upravlja zemljištem, a prihodi idu za uzdržavanje krajiške vojske (Beuc, 1969: 29–31, Beuc, 1985: 178–179).

Habsburška monarhija do 18. veka nije stimulisala pomorsku trgovinu i razvoj luka. Kada na tron iz Španije, ondašnje pomorske sile, dolazi car Karlo VI 1711, on želi iskoristiti pomorske potencijale.

Car slama monopol Venecije na plovidbu Jadranom i manifestom 2. Juna 1717. proglašava *radi promicanja, uređenja i uvećanja trgovine u našim nasljednim zemljama... da smo smatrali uputnim i korisnim opskrbiti svim važim sredstvima, te prihvatiti i podupirati one koji bi izrazili želju nastaniti se ondje i priznati im među svim drugim sredstvima sigurnu i slobodnu plovidbu Jadranom*. Koristeći se ratnim uspehom protiv Turaka sklopio je političko-trgovački ugovor sa sultanom Ahmedom III o slobodi trgovine podanika na rekama, moru i kopnu 27. jula 1718. (Ilustrirana, 1975: 97 i 100, Lukežić, 2015: 12).

Nov korak je patent 18. marta 1719. kojim su gradovi Trst i Rijeka proglašeni slobodnim lukama (t. 3). Ističe se pravo na doseljavanje i zaštita stranih brodovlasnika i trgovaca (t. 1). Vladar obećava popraviti i sagraditi ceste, a trgovci će u svim lukama i vodama pristajati bez pratnje ili dozvole (t. 2). Tako je 1728. dovršena cesta od Rijeke do Karlovca nazvana prema caru – Karolina. Ona je spoj s Kupom, Savom i Dunavom – tzv. „žitnim putom“. Svaki trgovac i pomorac može slobodno uploviti, isploviti i poslovati uz plaćanje zaštitne takse, uzgredice, regalije i maltarine te 1,5 % konzularne ili admiralitetne carine od vrednosti prodane robe. Sagraditi će se i karantena, što je učinjeno 1726. Brod koji skrivi nasilje smatra se gusarskim i nadoknaditi će štetu čak i ako otplovi. Komora će sagraditi trgovačke magacine (t. 4). Osnovati će se osiguravajuća banka ili kompanija za pomoć brodovima u slučaju potrebe za novcem (t. 5). Trgovcima će suditi poseban menični sud (t. 6) osnovan 20. maja 1722. Trgovci se mogu nastaniti unutar gradova bez posebnih taksi i poreza (t. 7). U slučaju rata trgovci mogu otići u roku od godine dana s robom i ne smeju se uzaptiti (t. 8). *Ius naufragii*, tj. pravo prisvajanja spašenih stvari u slučaju brodoloma je zabranjeno (t. 9). Trgovci su izuzeti od ukonačivanja vojske (t. 10). Brodovi su oslobođeni od pregleda ako su imali putne isprave i popis broskog tovara (t. 11). Svaka „nacija“ mogla je u gradu ili van njega sagraditi javnu zgradu za poslovanje, a trgovcima se potvrđuju sve moguće stvarne i lične slobode (t. 12) (Herkov, 1979: 166–169, Bartulović, Randelović, 2012: 105).

Ekonomisti od 16. veka ukazuju na potrebu osnivanja trgovačkih kompanija kojima će vladari davati koncesije i nadzirati ih lakše nego pojedince – trgovce-avanturiste (*merchant adventurers*). One imaju veći kapital pa će lakše poslovati i oružano štititi brodove. Najstarije su engleske, ruska kompanija (*Moskovy Company*, 1554), levantska (1581), istočnoindijska (1600) i holandska istočnoindijska (1602) (Herkov, 1979: 30, Margetić, 1998: 151, Klinger, 2006: 16–18). Riječke reforme deo su učenja merkantilista,

bogatstvo države meri se količinom novca, proizvodnja je podređena sticanju novca, posebno izvozom (Šišul, 2006: 77–99).

Osniva se *Carska privilegisana kompanija (orijentalna, istočnoindijska)* 28. jula 1719, sa sedištem u Beču, radi trgovine s Levantom i Dalekim istokom, sa filijalama u Rijeci, Bakru, Beogradu i Mesini (Herkov, 1979: 30, Dubrović, 2018: 39). Kapital od 75.000 forinti trebao je potaknuti trgovinu s Turskom, brodogradnju, dizanje manufaktura i mrežu skladišta. Kompanija dobiva privilegiju gradnje brodova u Trstu, Rijeci i Bakru. Birokratsko poslovanje i slabe financije dovode do stečaja 1731. i ukidanja 1742. Filijala u Rijeci imala je monopol trgovine na veliko u gradu, a 1721. osnovala je radionicu za prerađu voska i sveća i fabriku konopa. Direktora, Esterajhera iz Kemptena, Lukežić opisuje kao *prvog predstavnika modernog menadžementa merkantilističkog tipa u Rijeci*. Trgovci i strani majstori daju gradu kosmopolitsku notu (Lukežić, 2015: 13, Žic, 2003: 108, Žic, 1998: 47–48).

Deo plana bilo je osnivanje Indijske kompanije u Ostendeu, u Habsburškoj Holandiji 1722, ali kratkotrajno jer su se Britanci tome protivili. Bezuspešni pokušaji nastavljaju se do kraja 18. veka. Vilijam Bolts 1775. u Trstu osniva Azijsku kompaniju uz pomoć bankara iz Antverpena, koja je trgovala u jugoistočnoj Africi, Indiji i Kini na osnovu desetogodišnje privilegije. Kapital je uvećan 1781. javnom ponudom 1.000 deonica, ali 1785. kompanija bankrotira. Poslovanje je izazvalo otpor Portugalaca, Engleza i Danaca koji nisu podržavali jačanje habsburške trgovine (Herkov, 1979: 32, Dubrović, 2018: 39–40).

Zbog turskih ratova i piratske opasnosti razmišljalo se o gradnji ratnih brodova. Car je 1733. htio kupiti brodogradilište u Trstu za potrebe arsenala, ali dvor nije imao kapitala. Sklopljen je „prijateljski ugovor“ s piratima 1748. jer nema obrane od alžirskih, tuniskih i tripolitanskih, tzv. *barbareski*. Država nameće brodovlasnicima „javno-privatno“ partnerstvo tražeći da sami naoružaju svoje brodove. Regulacija plovidbe Ediktom o plovidbi 1774. pozitivan je pravni korak u moderniziranju plovidbe (Herkov, 1979: 31, 41–44, 92).

Dvor osniva administrativno-privredne organe. Vrhovna trgovačka intendantca (*Kommerzialhauptintendantz, Suprema Intendenza commerciale*) osnovana je u Trstu 1731. i podređena Komori kranjskoj sa zadaćom razvoja trgovine na Austrijskom primorju, ali bez političke nadležnosti. Marija Tereza 1746. u Beču osniva Trgovački direktorijum (*Commercién Ober-Directorium*), preimenovan u Trgovački savet 1772, čime država centralizira trgovačku politiku. U Trstu je 1749. grof Visenhuten

imenovan intendantom Austrijskog primorja i kapetanom Trsta, zavisao o Vrhovnom direktorijumu u Beču. Time je organizacija proširena na Austrijsko primorje. U Rijeci je 26. januara 1753. osnovano *Cesarsko kraljevsko namesništvo (Komerzasesorij)* za kapetanije Rijeku, Trsat i Bakar koje izvršavaju politiku Intendance. Sudska vlast u trgovačkim i meničnim predmetima prenesena je na *Menično-trgovački sud* i *Pomorski konzulat (Tribunale cambio mercantile e Consolato di mare)*. Primorska trgovinska provincija (*Provincia mercantile del Litorale, Austrijsko primorje*) osnovana 1753. u Trstu obuhvaća luke: Akvileju, Trst, Rijeku, Bakar, Kraljevicu, Senj i Karlobag. Potčinjena je Intendanci, a intendant, kapetan Trsta, nadležan je za administraciju, trgovinu, pomorstvo i zdravstvo. Rijeka i Trst zadržali su režim „slobodnih luka“ (Bartulović, 2004: 15–16, Lukežić, 2015: 13, Faber, 2001: 78–81).

Nakon administrativnih reformi za razvoj pomorske trgovine dvor putem Trgovačkog direktorijuma u Beču 1750. osniva Tršćansko-riječku privilegovanu kompaniju s koncesijom trgovine i prerade šećera u naslednim zemljama Monarhije, s pravom građenja zgrada i skladišta, oslobođenje carina i daća za uvoz sirovine u Rijeku i Trst, prodaju bez carine samo uz plaćanje trošarine te gradnju vlastitih brodova. Svi su zaposleni oslobođeni kmetskih davanja, rabote i ukonačivanja vojske. Kapital od 1.088.000 forinti podeljen je u 1.364 akcije među 231 akcionara. Najveći je bio grof de Fris sa 256 akcija, a većinu imaju trgovci i bankari iz Beča, Hamburga i Antverpena, jer je Austrijska Holandija najrazvijenije pomorsko-trgovačko područje onog doba. Mariji Terezi poklonjeno je 13 akcija. Holandski akcionari imali su 43 glasa u skupštini akcionara 1752, a austrijski 22. Akcije su imale pravni status nekretnina, a stranac, vlasnik najmanje 20 akcija bio je u naslednom pravu izjednačen s domaćim licima. Akcije stranaca nisu se mogle konfiscirati ni u slučaju rata protiv njihove države. Kompanija je kod podmirenja potraživanja imala pravo prednosti pred ostalim poveriocima. Akcionari prethodne kompanije koji su ušli u novu dobivali su za svoj stari kapital akcije novog društva. Na čelu kompanije je holandska trgovačka kuća Arnold iz Antverpena, a skupštini dioničara predsedava gradonačelnik Antverpena Pjer Velens. Holandani su uspeli da Rijeka bude sedište Kompanije, iako je Beč oponirao. Zaposleno je oko 1.000 radnika, dok su tadašnje manufakture imale tek nekoliko desetina. Za ostarele i bolesne radnike osnovana je siromaška blagajna. Kao primer liberalizma ističe se i osnivanje masonske lože *L'Ami Solitaire Inconnu a l'Oriente de Fiume*. Kompanija ima monopol na trgovinu šećera i podružnice od Trsta, Beča, Temišvara, Hersona, Carigrada, Soluna, Lisabona, Vera Kruza, Krma,

Filadelfije (komanditna kuća), Santjago de Čilea itd. Zbog straha od gubitka monopola na šećer kompanija širi poslovanje rudnicima ugljena u Labinu, gvožđa u Trbižu i žive, osniva manufakture voska i potaše, brodogradilišta i talionicu gvožđa. Uvozila je robu iz Holandije (kavu, čaj, biber, sušenu ribu iz Norveške, indigo iz Nanta itd.). Direktori Kompanije vodili su komisione poslove Azijskog trgovačkog društva *Carski orao (Der kaiserliche Adler)*. Plate stručnih radnika iz Holandije i Hamburga bile su dvostruko veće nego u njihovim zemljama kako bi ih privukli na dolazak. Uz sedište je u Rijeci sagrađena rafinerija šećera. Rafinerija je najveća firma Monarhije sa privilegijom prerade šećera na 25 godina, što je produžavano do 1828. Propadanje uzrokuju Napoleonovi ratovi i prerada repe umesto trske. Zaštićeno merkantilističko poslovanje putem vladarskih privilegija potiskuje liberalizacija tržišta. Još 1762. tršćanski intendant Riči upozorava da monopoli sprečavaju konkurenciju na tržištu, kao i prekomerna zaštita interesa radnika. Kompanija je likvidirana odlukom ugarskog sabora u Požunu 1825, a skupština akcionara prodala je imovinu na javnoj aukciji 1829. (Dubrović, 2018: 19, 30–34, Toševa Karpowicz, 2015: 31–44, Lukežić, 2004: 19–20, Žic, 2003: 101–103, Trkulja, 2006: 46).

Inventivni pojedinci traže nove trgovačke puteve. Grof Perlez, prvi upravitelj Banata, potiče vezu s Rijekom. Za trgovinu žitom preko Rijeke osnovana je 1759. Temišvarska kompanija. Ona dobiva desetogodišnju privilegiju za izvoz proizvoda iz Banata preko Rijeke i Trsta, no zbog gubitaka 1763. radi se sanacioni elaborat i restrukturiranje u Kompaniju Temišvar-Trst, ali i ona ubrzo propada. Riječka kompanija tražila je od Temišvarske pomoć za otvaranje kuće za prodaju šećera u Temišvaru (Dubrović, 2018: 41–49).

Trgovačka provincija je ukinuta, a Rijeka reinkorporisana Hrvatskoj 14. februara 1776. Osnovana je Severinska županija i gubernij u Rijeci s Jozefom Majlatom de Sekeljem kao guvernerom i županom. Osnivanje gubernija dalo je poticaj gradnji luke i trgovini žitom iz Panonije. Zalaganjem Majlata osnovane su Trgovačka burza (*La borsa mercantile*) i Trgovački kasino 1779. (Dubrović, 2018: 12–13, Tadić 2006: 143–144, Lukežić, 2015: 16).

Godine 1778. osnovan je Bakarski municipijum u čiji sastav ulazi Rijeka. Bakar je bio najveće hrvatsko naselje sa 7.656 stanovnika, dok je Rijeka imala 5.956, a Zagreb 2.815. Riječki patriciji strahuju od toga da ih veći Bakar i privredno „proguta“ pa traže priznanje gradskih privilegija. Marija Tereza je 23. aprila 1779. definisala Rijeku kao *corpus separatum*

(posebno telo) direktno pripojeno Ugarskoj kruni. To podstiče Ugarsku da Rijeku smatra svojom. Josif II 20. marta 1786. ukida Severinsku županiju i osniva Ugarsko primorje u koji ulazi i Riječki kotar (srez). Rijeka je u administrativnim i privrednim poslovima, kao i Hrvatska, podređena Ugarskom namesničkom veću (Lukežić, 2015: 14, Žic, 1988: 52–53, Hauptman, 1953: 209, Bartulović, 2008: 31). Kraj ovog doba označava smrt Josifa II 1790. Ugarskom saboru upućen je anonimni predlog reorganizacije *Projectum Articuli* prema kojem bi „ilirskoj naciji“ bili prepušteni Rijeka, Bakar, Kraljevica i Karolinška cesta pa bi grad s okolinom postao trgovački emporijum (Toševa Karpowicz, 2015: 61–64).

Važan faktor u razvoju privrede je kvalitetna radna snaga. Protestanti u Hrvatskoj nisu imali priznat status dok Josif II 1781. nije izdao patent o verskoj toleranciji priznajući ih za ravnopravne građane koji se mogu baviti privredom. No u Rijeci su imali prava pa se, prema Dubroviću, ovde širi protestantska radna etika (Dubrović, 2018: 81, Milošević, 2006:131–141).

Trgovac Jakov Bradičić iz Rijeke 1787. carskim patentom dobiva privilegiju izvoza žita i druge robe na crnomorskom izvoznom pravcu na deset godina, ali propada zbog rata, pa 1791. ugarskom saboru podnosi Nacrt trgovačko-rodoljubnog ugarskog društva sa sedištem u Pešti. Andrija Ljudevit Adamić, poslovni čovek fascinantnih sposobnosti, prednost daje riječkoj ruti. On nije osnovao jedinstvenu trgovačku kuću i ostaje veran malim ortačkim partnerstvima i dioničkim udelima u poslovanju, nekima za jednokratni pothvat, trguje duhanom, konopljom, hrastovinom, soli, ali osniva i osiguravajuća društva. Osnovao je firmu *Simone Adamich & Figlio* 1786. sa ocem. Predlagao je osnivanje trgovačke kreditne i diskontne banke 1791, a na saboru u Požunu osnivanje ugarske nacionalne kompanije *Privilegisano društva za ugarsku trgovinu* sa sedištem u Rijeci i filijalom u Pešti (Lukežić, 2005: 15–75, Dubrović, 2005: 86–89, Dubrović, 2005: 184–185, Ress, 2005: 187–221, Labus, 2005: 332–338).

U Rijeci su 1804–1806. postojale brojne fabrike i manufakture u vlasništvu pojedinaca ili ortaka, kao i 52 trgovca pojedinca (Toševa Karpowicz, 2015: 39–40, Lukežić, 2015: 17). U poslovnom životu bilo je i žena. Johana Katarina Virendels rođ. Nef, Flamanka, žena direktora Trgovačke kompanije Petera Jana Bernarda Virendelsa, bila je od 1783. do 1794. sa Tomasom Đulijančićem „tihu drug“ (*socia tacita*) trgovačke kuće Santa Santarelija za trgovinu drvetom i konopljom (Lukežić, 2004: 21).

Engleski putopisac Tomas Votkins 1789. piše: *Rijeka je jedna od rijetkih luka koje pripadaju austrijskom caru koji je mnogim mudrim povlasticama i zaštitnim mjerama znatno unaprijedio njezin trgovački promet.* Lukežić citira Ercega: *Rijeka je bila kapitalistička oaza u moru feudalizma... izlazi iz okvira državne zajednice, te izrasta u svjetski poslovni subjekt. Tomu su znatno pridonijeli središnji državni propisi i povlastice, zatim zemaljske odluke i lokalni propisi te, napokon, sami poslovni ljudi svojom poslovnošću i novcem* (Lukežić, 2015: 15–16). Već u XIX veku nastupa nova generacija privrednika koja ne svaštari nego se koncentrira na jednu delatnost provodeći *idea industriale* (Dubrović, 2018: 81).

6. Srpski i drugi pravoslavni privrednici u Rijeci

Trgovačka važnost Rijeke utiče na doseljavanje stanovnika. Prvi pravoslavci u Rijeci bili su Grci. Notarski zapis iz 1450. spominje Demetrija Greka iz Venecije, a 1548. umrla je Leka Grkinja. Početkom 18. veka neki grčki doseljenici prelaze na katoličku veru. Lekar Antonio Moljano/Damuljano ženi se 1719, a *kavanar* Domenico de Pauli 1734, dok Konstantin Kandici 1736. krsti kći po katoličkom obredu, a od 1730. i članovi grčke porodice Dani postaju građani. Lista trgovaca 1786. spominje Manojla Kanela sa Krita, Atanasija Kostu iz Epira i Dimitrija Mauricija iz Efeza. Krajem 18. veka u Rijeku se doselio brodovlasnik Teodor Manasterioti, a kasnije i Georgij Melisino sa Kefalonije (Lukežić, 2004: 24–27). Melisino se ženi kao katolik, ali kći i sina krsti u pravoslavnoj opštini. Bio je ruski konzul u Rijeci od 1813. (Toševa Karpowitz, 2015: 76–79).

Oslobođenje panonskih prostora od turske vlasti krajem 17. i početkom 18. veka poticaj je na njihovo naseljavanje i razvoj trgovine. Prometni položaj Rijeke upućuje je na Karlovac i vodeni put prema dunavskom slivu i Panonskoj nizini. Državne promene, trgovačke i prometne veze utiču na dolazak Srba. Inicijativu daje i car Karlo VI, patentom 9. juna 1717. obećajući doseljenicima (208 porodica) iz „turske Dalmacije“ „u zemljama našeg Austrijskog primorja, bilo u staroj ili novoj Kraljevici ili u kraju koji se zove Vinodol ili također pokraj našeg grada Rijeke, zvanog Kod Svetog Vida“ dobivanje zemlje za gradnju kuća, neometanu slobodu vere i pravo na sveštenika, itd. Prepis akta od 3. maja 1719. Stefanu Serafinu, „izaslaniku nekih pravoslavnih obitelji iz istočnih krajeva“, koji traži dozvolu za doseljavanje na jadranski prostor u svrhu trgovanja obećava to pravo (t. 1), odobrava da verske obrede i poduku obavljaju u „privatnim kućama“ što izaziva sporove jer ne obuhvaća gradnju javnih hramova, da

primenjuju gregorijanski kalendar i u postu (t. 3, ! op. aut.), dopušta se nastan u distriktu Rijeke, ali ne i gradnja javnog hrama (t. 4) i pravo trgovine u Bakru i luci Bukarica (Bakarac), ali i drugde (t. 6) (Pravoslavlje, 2017: 7–13, 61, Kostić, 1957: 39). Ipak, podataka da su se doseljenici naselili nema. Možda su nezadovoljni uslovima otišli dalje (Milošević, 2006: 131). Po nagovoru karlovačkog episkopa doselili su se iz Sarajeva u Rijeku 1769. trgovci: Risto Petrović, Nikola Rajović, Vučen Vuković, Tomo Ostojić i Krsto Rajović (Kostić, 1957: 40). Doseljavaju se pravoslavni trgovci i iz Trebinja i drugih naselja u Bosni, koji izvoze žito i ugarske proizvode. Oni čine važnu trgovačku koloniju. Deklarirali su se kao „grko-istočnjaci“ a tek u 19. veku prema nacionalnom ključu (Lukežić, 2004²: 292).

U inicijativi za osnivanje ratnog arsenala u Kraljevici 1764, predlaže se za direktora Mitra Vojnovića iz Trsta, rođenog u Herceg-Novom, pravoslavca, koji je radio kod strica Jovana, brodovlasnika (Karaman, 1992: 35–36). Dvanaest trgovaca iz Bosne 23. oktobra 1775, putem Riječkog gubernija, tražili su od cara dopuštenje za naseljavanje u Rijeci i privilegiju da izgrade hram. Car je to odobrio tek 1785. (Milošević, 2006: 138–139).

Patent o verskoj toleranciji Josifa II augsburškim i helvetskim vernicima i „nesjedinjenim (pravoslavnim) Grcima“ u austrijskim naslednim zemljama 1781. „dopušta privatno ispovijedanje vjere svugdje gdje oni već nemaju pravo javnog ispovijedanja“. Dozvoljava se gradnja bogomolje, škole i pokapanje mrtvih javno, uz sveštenika ako u mestu živi 100 nekatoličkih porodica (t. 1), ali pravo naplate *štote* (*mrtvine*) pripada katoličkom župniku (t. 4) i zaposlenje svojih u čitelja (t. 2). Dopuna Patenta od 19. februara 1782. određuje da se „u vjerskim razmiricama ni jedna strana ne smije služiti nasiljem ili nastojati sama ih otkloniti, već stvar treba prepustiti sudskoj presudi. Oni koji... psuju zbog njihove vjere... smatrat će se narušiteljima javnog reda i mira“ (t. 5) (Milošević, 2006: 133–134).

Jozefinski popis 1785–87. potvrđuje da su postojale tri nekretnine u svojini pravoslavaca (*denen Grüchen* – Grci), a spominje i crkvu, dve kuće pravoslavne Marije Trikupe, kuću trgovca Arsenija Jovanovića od Šakabenta, rođaka patrijarha Arsenija IV i braću Vuković, Savu, Teodora i Aleksija (Toševa Karpowitz, 2015: 33–38).

Crkvena opština ponovila je 2. juna 1785. molbu caru za podizanje crkve navodeći podatak da vrednost godišnjeg izvoza duhana pravoslavni trgovaca iznosi 200.000 forinti. Riječki Tribunal je 16. novembra 1786.

sastavio popis trgovaca s podacima o njima. Od 19 trgovaca, 15 su Srbi, trojica Grci i jedan Makedonac. Najbogatiji je Atanasije Mihailović iz Moskopolja u Makedoniji, sa kapitalom od 35.000 forinti, a iza njega Jovan Vuković iz Sarajeva, sa 33.000 forinti itd. Vrednost kapitala pravoslavaca iznosila je 238.360 forinti ili trećinu ukupnog izvoza iz Ugarske za Rijeku. Tribunal podržava molbu jer „grčke nacije raspolažu znatnim novčanim sredstvima... što ta nacija ne malo unapređuje ovdašnju trgovinu... i što bi se dozvolom slobodne veroispovesti i druge imućne porodice iste vere na Rijeku domamile“ (Kostić, 1957: 44–46). Car je gradnju pravoslavne crkve u Rijeci odobrio 10. Septembra 1785. Hram je dovršen 1790. Pravoslavna opština u Rijeci sastavila je Statut 1796, ali nema dokaza da je potvrđen (Milošević, 2006: 138–140). Riječki patriciji nisu podržali građenje crkve delom i zato što je to bilo protiv duha prosvetiteljstva. Na Ugarskom saboru u Požunu 1790. kao delegat pravoslavne opštine Rijeke bio je Sava Vuković, iz Novog Sada koji podnosi elaborat o potrebi gradnje nove ceste prema Rijeci (Toševa Karpowitz, 2015: 34–45).

Popis iz 1793. spominje ove veletrgovce: *Attelievich* (braća Dimitrije i Aleksije, iz Sarajeva, trgovac na veliko du hanom, žitom i kožom i Aleksin sin Krsto), *Circovic Cristoforo*, *Dani Antonio* i *Spiridone*, *Maurizi Demetrio*, *Ostoich Pietro*, *Petrovich Trifone*, *Rainovich Ignazio*, *Rajovich Teodoro*, *Gassevich Geremia*, *Sacabent Arsenio*, *Vucovich fr.(braća) Vucovich e Nicolich* (Lukežić, 2015: 16).

Krajem 18. i početkom 19. veka upisani trgovci i vlasnici manufakture su: Bajović (Bojović) Josif i nećak Gavro, iz Sarajeva, trgovci duhanom, žitom i kožom na veliko, Bošković iz Sarajeva, Čičić Andrija iz Sarajeva, Ćirković Hristofor, Damjanović Ostoja iz Sarajeva, Đurković (Ćurković) Stevan iz Šikloša, Filipović Janko iz Sarajeva, Ilić Lazar, Izmajlović Konstantin, Jovanović Lazar iz Sarajeva, trgovac likerima i duhanom, Jovanović od Šakabenta Arsenije iz Petrovardina, trgovac du hanom, žitom i voskom na veliko, Kosta (Kostić) Atanasije iz Janjine, radionica kaputa, trgovac duhanom, žitom i uljem na veliko, Mamula Maksim iz Vrbovskog, Manasterioti Todor, Matić Todor, Maurizi Dimitrije iz Efeza, *Melissino Giorgio*, vlasnik trgovačke firme, Mijatović Atanasije iz Trebinja, Mihajlović iz Skopja i brat Atanasije, Milodragović Atanasije i Kristo iz Mostara, Milošević Damjan iz Sarajeva, Musulin Rade, Nikolić Jovan, Ostojić Jovan, Petar, Jovan iz Sarajeva, Palikuća Nikola iz Boke kotorske, Pantelić Gavro iz Zemuna, Pavlović Todor, Petrović Cvetko iz Sarajeva, Petrović Kristo, Petrović Petar iz Trebinja i sin Petar, Petrović Trifun iz Trebinja, Rajović Dimitrije, Drago, Đorđe,

Đuro, Luka i Todor iz Sarajeva, Rašević Jeremija iz Sarajeva ili Trebinja, Razilj Jovan, Sekulja (Šekulja) Pavle, Simić Lazar iz Sarajeva, Todorović Drago, Đorđe i Petar iz Sarajeva, Tomić Hristofor, Trifić Gavriilo, Vučinić Jovan i Jakov iz Moravica, Vuković Aleksije i Đorđe iz Mostara i Vuković Todor iz Sarajeva (Labus, 2006: 216–225).

7. Zaključak

Rad istražuje različite pravne oblike privredne aktivnosti i organiziranja poslovnih subjekata u pomorskom poslovanju i posebno u Rijeci od 16. do kraja 18. veka. Uspešan razvoj privrede traži sinergiju države koja svojim propisima podržava privredu, inventivne pojedince i ulaganje kapitala, uz geopolitički položaj koji Rijeka ima. Rijeka je, kao „južni pol Srednje Europe“ doživela rast tokom 18. veka, a zenit u doba Austro-Ugarske do 1918, kao luka ugarskog dela Monarhije.

Pravoslavni i srpski trgovci nisu bili beznačajan faktor u privrednoj povesti Rijeke i od početka 18. veka, putem carskih privilegija, stiču pravo naseljavanja, trgovine i slobode vere stvarajući malu ali imućnu zajednicu koja je ostavila traga u Rijeci. Spomenimo još neke zanimljive primere. Srbi su bili aktivni u radu Narodne čitaonice od osnivanja 1849/1850, npr. paroh Jovan Šorak, surađujući sa Hrvatima toliko da su u spomen knjizi čitaonice nazvani „stupovi hrvatstva u Rieci“ (Spomenknjiga 1901: 5). Generalni konzulat Kraljevine Srbije u Rijeci osnovan je 1885. (Lukežić, 2004²: 292–302).

Literatura/References

Apostolova Maršavelski, M. (1986). *Zagrebački Gradec – Iura possessionaria*. Zagreb: Pravni fakultet u Zagrebu.

Bartulović, Ž. (2014). *Povijest prava i države – Opća povijest*. Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci.

Bartulović, Ž. (2008). *Povijest hrvatskog prava i države (kompendij)*, Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci.

Bartulović, Ž. (2004). *Sušak 1919–1947*, Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Državni arhiv u Rijeci i Adamić.

Bartulović, Ž. (1995). Pravni aspekt srednjovjekovnih bratovština sa osvrtom na Rijeku, *Sveti Vid: Zbornik*. 110–125.

- Bartulović, Ž. Af lić, M. (2018). Sailor's service from medieval time to modern maritime labour conventions, *Pomorski zbornik*. 55. 11–27.
- Bartulović, Ž. Ranđelović, N. (2012). Osnovi ustavne istorije jugoslovenskih naroda. Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu.
- Beuc, I. (1988). *Povijest država i prava na području SFRJ*, Zagreb: Pravni fakultet Zagreb.
- Beuc, I. (1985). *Povijest institucija državne vlasti Kraljevine Hrvatske, Slavonije i Dalmacije, Pravnopovijesne studije*. Zagreb: Pravni fakultet Zagreb.
- Beuc, I. (1969). *Povijest institucija državne vlasti u Hrvatskoj (1527–1945)*. Zagreb: Arhiv Hrvatske.
- Boras, M. Margetić, L. (1998). *Rimsko pravo*. Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci.
- Bujuklić, Ž. (2016). *Rimsko privatno pravo*. Beograd: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet.
- Cvitanić, A. (1979). Naše srednjovjekovno pomorsko pravo, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, XVI. 207–229.
- Dubrović, E. (2018). *Rijeka – južni pol Srednje Europe*, Rijeka: Društvo povjesničara umjetnosti Rijeke.
- Dubrović, E. (2005). Adamićevi planovi za osnutak prve banke u Rijeci, U: E. Dubrović (prir.) *Adamićevo doba 1780–1830, Riječki trgovac u doba velikih promjena* (str. 86–89). Rijeka: Muzej grada Rijeke.
- Dubrović, E. (2005). Adamićevi prijedlozi za razvoj trgovine i izvoza preko riječke luke, U: E. Dubrović (prir.) *Adamićevo doba 1780–1830, Riječki trgovac u doba velikih promjena* (str. 184–185). Rijeka: Muzej grada Rijeke.
- Faber, E. (2001). Carska gospodarska politika na Jadranu od 1717. do 1776. U: E. Dubrović (prir.), *Riječka luka: povijest, izgradnja, promet* (str. 67–88). Rijeka: Muzej grada Rijeke.
- Herkov, Z. (1979). *Gradnja ratnih brodova u Kraljevici 1764–1767*. Pazin – Rijeka: Historijski arhiv Pazina i Rijeke.
- Hauptman, F. (1953). Pregled povijesti Rijeke do Bachova apsolutizma. U: *Rijeka, zbornik* (str. 203–214). Zagreb: Matica hrvatska.
- Herkov, Z. (1948). *Statut grada Rijeke*, Zagreb: Nakladni zavod Hrvatske.
- Ilustrirana povijest jadranskog pomorstva* (1975). Zagreb: Stvarnost.

- Kandić, Lj. (1983). *Odabrani izvori iz opšte istorije države i prava*. Beograd: Savremena administracija.
- Karajović, E. (1997). *Dioklecijanov edikt o cenama*. Kragujevac: Pravni fakultet u Kragujevcu.
- Karaman, I. (1992). *Jadranske studije*. Rijeka: ICR.
- Klinger, W. (2006). Prva globalizacija: kolonijalna ekspanzija i trgovačke kompanije. U: E. Dubrović (prir.), *Doba modernizacije, 1780–1830, More, Rijeka, Srednja Europa* (str. 13–21). Rijeka: Muzej grada Rijeke.
- Kobler, G. (1996). *Povijest Rijeke*, knj. druga, Opatija: Preluk.
- Kostić, M. (1957). Srpsko trgovačko naselje na Rijeci u XVIII veku. Istoriski časopis. Organ Istoriskog instituta SAN. VII. 37–49.
- Kostrenčić, M. (1915). Pomorsko pravo u statutima primorskih naših gradova i otoka. *Mjesečnik pravničkog društva u Zagrebu*. 5. 281–296.
- Kostrenčić, M. (1914). Pomorsko pravo u statutima primorskih naših gradova i otoka. *Mjesečnik pravničkog društva u Zagrebu*. 9. 960–964.
- Labus, N. (2006). Trgovci i vlasnici manufakatura u Rijeci. U: E. Dubrović (prir.), *Temelji moderne Rijeke 1780–1830. Gospodarski i društveni život* (str. 216–225). Rijeka: Muzej grada Rijeke.
- Labus, N. (2005). Adamićev i Mihanovićev prijedlog osnivanja Privilegiranog ugarskog društva. U: E. Dubrović (prir.), *Adamićevo doba 1780–1830, Riječki trgovac u doba velikih promjena* (str. 332–228). Rijeka: Muzej grada Rijeke.
- Lukežić, I. (2015). *Gospodarska komora u Rijeci od Ilirskih provincija do danas*, Rijeka: Hrvatska gospodarska komora – Županijska komora Rijeka.
- Lukežić, I. (2005), Životopis Andrije Ljudevita Adamića, U: E. Dubrović (prir.), *Adamićevo doba 1780–1830, Riječki trgovac u doba velikih promjena* (str. 15-75), Rijeka: Muzej grada Rijeke.
- Lukežić, I. (2004). *Povijest riječkih konzulata*. Rijeka: Adamić.
- Lukežić, I. (2004)². *Riječke glose, Opaske o davnim danima*. Rijeka: ICR.
- Margetić, L. (2000). *Zagreb i Slavonija, Izbor studija*. Zagreb – Rijeka: HAZU, Vitagraf, Adamić.
- Margetić, L. (1998). *Opća povijest prava i države*, Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci.
- Margetić, L. (1997). *Srednjovjekovno hrvatsko pravo, Obvezno pravo*. Zagreb – Rijeka: HAZU, Vitagraf, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci.

Margetić, L. (1995). *Antika i srednji vijek, Studije*. Zagreb: HAZU, Vitagraf i Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci.

Margetić, L., Apostolova Maršavelska, M. (1990). *Hrvatsko srednjovjekovno pravo– vrela s komentarom*. Zagreb: Narodne novine.

Margetić, L., Sirotković, H., Bartulović, Ž. (1989). *Vrela iz pravne povijesti naroda SFR Jugoslavije*, Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci.

Milošević, M. (2006). Vjerska i građanska snošljivost u Rijeci, U: E. Dubrović (prir.), *Temelji moderne Rijeke 1780–1830. Gospodarski i društveni život* (str. 131–141). Rijeka: Muzej grada Rijeke.

Petranović, A. (2018). “Riječko” uz rimsko pravo (ex Statuto Terrae Fluminis anno MDXXX, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 39/3. 25–47.

Pravoslavlje u Rijeci i na sjevernom Jadranu u ranom novom vijeku (2017). Program rada, Sažeci izlaganja. Rijeka: Filozofski fakultet Sveučilišta u Rijeci, Filozofski fakultet Sveučilišta u Zagrebu.

Ress, I. (2005). Adamić i Mihanović na Saboru u Požunu, U: E. Dubrović (prir.) *Adamićevo doba 1780–1830, Riječki trgovac u doba velikih promjena* (str. 187–221). Rijeka: Muzej grada Rijeke.

Spomenknjiga (1901). Sušak: Narodna čitaonica.

Statut grada Dubrovnika 1272. (1990), Dubrovnik: Historijski arhiv Dubrovnik.

Statut Grada Splita (1988). Split: Književni krug Split.

Šišul, N. (2006). Gospodarska politika Austrije i Rijeka 1780–1830. U: E. Dubrović (prir.), *Doba modernizacije, 1780–1830, More, Rijeka, Srednja Europa* (str. 77–99). Rijeka: Muzej grada Rijeke.

Šundrica, Z. (1972). *Prijevod sedme knjige Dubrovačkog statuta*. Dubrovnik: Historijski arhiv Dubrovnik.

Tadić, K. (2006). Riječka kasina i čitanje novina, u: E. Dubrović (prir.), *Temelji moderne Rijeke 1780–1830, Gospodarski i društveni život* (str. 143–151). Rijeka: Muzej grada Rijeke.

Torcoletti, L. M. (1954). Le confraternite fiumane, *Fiume, Rivista semestrale di Studi Fiumani*, 2. 83–89.

Toševa Karpowicz, Lj. (2015). Masonerija, politika i Rijeka (1785–1944), Rijeka: Državni arhiv u Rijeci.

Trkulja, M. (2006). Rijeka – središte manufakturne proizvodnje. U: E. Dubrović (prir.), *Temelji moderne Rijeke 1780–1830, Gospodarski i društveni život* (str. 43–65). Rijeka: Muzej grada Rijeke.

Žic, I. (2003). Riječki orao, venecijanski lav i rimska vučica, Rijeka: Adamić.

Žic, I. (1988). Kratka povijest grada Rijeke, Rijeka: Adamić.

Željko Bartulović, LL.D.,

Full Professor,

Faculty of Law, University of Rijeka, Croatia

RIJEKA'S EXAMPLE OF THE EVOLUTION OF COMMERCIAL LEGAL ACTS AND FORMS OF MERCHANT ORGANISATION BY THE END OF THE 18TH CENTURY

Summary

The author researches the legal history aspect of the evolution of business activities and the influence of the state on the development of different forms of business activities. Besides referring to some examples from the Antiquity, the author analyzes medieval forms of business, particularly in maritime affairs at the Adriatic area. They were developed without special influence of public authorities, through business practices and trade usages. At the Croatian hinterland, the influence of the sovereign as the bearer of public authority upon the development of economy is reflected in the Golden Bull of 1242, an edict issued to Gradec (part of today's Zagreb). The Statute of Rijeka from the year 1530 contains additional commercial norms that bear witness about a tendency of local authorities to ensure safety of business transactions and quick judicial resolution of disputes between merchants and shippers. In 1717, Emperor Charles VI proclaimed the freedom of navigation at the Adriatic Sea. Thus, Rijeka and Trieste became "porto franco", which was a new incentive for commercial growth, particularly in maritime affairs. During the 18th century, the sovereigns embarked on a series of administrative and economic reforms which were accompanied by establishing merchandise companies, rudimentary joint stock companies involved in different activities, and a growing number of individual merchants.

Key words: *commercial norms, 18th century, Rijeka, Serbs.*

Miloš Hrnjaz PhD,*
Assistant Professor,
University of Belgrade, Faculty of Political Science

originalni naučni rad
doi:10.5937/zrpfni1982099H

UDK: 341.6(4-11)
Rad primljen: 25.12.2018.
Rad prihvaćen: 22.02.2019.

EASTERN EUROPE BEFORE THE WORLD COURT: “THUMBELINA” OF THE INTERNATIONAL LEGAL ORDER?*

Abstract: *The cases referred to the World Court (the ICJ and the PCIJ) that arose as a consequence of the events which occurred in Eastern Europe, as well as some brilliant albeit mutually very different international jurists from this part of Europe, had a significant impact on the development of international law. The article provides strong evidence that the significance of Eastern Europe issues and the Court judges coming from this region is highly disproportionate to the rather minuscule size of the Eastern European region. This importance is proven by several quantitative and qualitative indicators summarized in the concluding remarks of the article: the number of Eastern European cases brought before the Court, the number of Eastern European judges who served in the Court, the number of judges from Eastern Europe who were Presidents of the Court, the number of years during which Presidents of the Court were from Eastern Europe, the impact of some of the judges on the substance of key Court decisions, etc.*

Keywords: *International Court of Justice (ICJ), Permanent Court of International Justice (PCIJ), Eastern Europe, development of international law, ICJ judges.*

* milos.hrnjaz@fpn.bg.ac.rs

** This article is the result of research on the project “*Political Identity of Serbia in a Global and Regional Context*” (no.179076), funded by the Ministry of Education, Science and Technological Development of the Republic of Serbia.

Note: The author would like to thank Janja Simentić and participants at the Conference *Institutions and International Law in Eastern Europe*, organized by Leibniz Institute for the History and Culture of Eastern Europe, for their comments on the earlier version of this article.

“I felt that a new visit to the world of thought in the field of international law may well be timely as in our day and age we are revisiting so many fields which have been tilled in the past and gleaming some overlooked insights. For teachings of the past are a part of the history, which in turn has an integrating character leading to the present. It is better not only to understand recent events in terms of contemporary scene, but also to view them as what they really are – a part of the world of thought as a whole in the dimension of time. But I do not propose to view that world as a self-contained, homogenous entity, an error so frequently committed in the past...”

(Lachs, 1987: 1, emphasis added)”

1. Introduction

There is no consensus about the definition of Eastern Europe, partly because several criteria are used (geographical, political, historical, and a combination thereof) and partly because some of the states in this part of Europe are trying to prove that they are not part of this region. For the purpose of this paper, the UN regional division is used, according to which the following countries belong to Eastern Europe: Albania, Armenia, Azerbaijan, Belarus, Bosnia and Herzegovina, Bulgaria, Croatia, the Czech Republic, Estonia, Georgia, Hungary, Latvia, Lithuania, Montenegro, Poland, Republic of Moldova, Romania, the Russian Federation, Serbia, Slovakia, Slovenia, the Former Yugoslav Republic of Macedonia, and Ukraine. The main reason for accepting this UN regional division, notwithstanding all possible criticism, is the fact that this regional division is used during the process of electing the judges of International Court of Justice (ICJ), which is very important for the purpose of this article.

The term *World Court* is sometimes used to denote both the International Court of Justice and its predecessor – the Permanent Court of International Justice. The cases referred to this Court that arose as a consequence of the events which occurred in Eastern Europe, as well as some brilliant albeit mutually very different international jurists from this part of Europe, had a significant impact on the development of international law. The paper provides strong evidence of the great significance of Eastern Europe for the development of international law.

After the introduction, in the second part of the paper, the author analyses Eastern European cases brought before the *World Court* and disusses their

influence on the development of international legal argument. The provided analysis of the practice of the Permanent Court of International Justice (PCIJ) reveals not only that “[t]he work of the Permanent Court... has changed the way in which international law is approached” (Spiermann, 2004: 33) but also the role of the Eastern European cases in this process. The author also discusses the influence of more recent Eastern European cases brought before the ICJ on the development of international law, with specific reference to the *Genocide* cases¹ and the *Kosovo* Advisory Opinion.² The third part of the article provides analysis of the working biographies and key contributions of the most important Eastern European judges of the *World Court*, in order to evaluate their impact on the development of international law. Research into their personal and working biographies discloses their important role in some of the trademark cases that appeared before the PCIJ and ICJ.

The paper provides strong evidence that the significance of Eastern Europe issues and judges of the *World Court* is highly disproportionate to the rather minuscule size of the Eastern European region. This importance is proven by several quantitative and qualitative indicators summarized in the concluding remarks: the number of Eastern European cases brought before the Court, the number of Eastern European judges who served in the Court, the number of judges from Eastern Europe who were Presidents of the Court, the number of years during which Presidents of the Court were from Eastern Europe, and the impact of some of the judges on the substance of key Court decisions

2. Eastern European cases before the *World Court*

There are several ways to measure the influence of Eastern European cases referred to the *World Court* on the development of international law. One of them is the number of cases that were closely connected with this region. However, it is hard to provide the exact number of these cases. First of all, there is a problem with definition of Eastern Europe. More importantly, there are cases, such as *Wimbledon* case before PCIJ, in which Eastern European countries were not parties before the Court but where the interests of Eastern European countries were the main issue.³ We decided to include in this analysis all cases which have

1 International Court of Justice: *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Croatia v. Serbia) (Judgment) [2015] ICJ Rep 3; International Court of Justice: *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) (Judgment) [2007] ICJ Rep 43.

2 International Court of Justice: *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo* (Advisory Opinion) [2010] ICJ Rep 403.

3 Permanent Court of International Justice, *Case of the S.S. Wimbledon* (Judgment) [1923] Series A.

direct connection with the region of Eastern Europe. The second indicator for the influence of Eastern European cases on the development of international law could be their general significance for the development of international legal argument (Spiermann, 2004). Finally, one could determine the importance of Eastern European cases before the World Court by assessing their significance for the process of clarification of international legal rules. All of these indicators will be used in this section.

2.1 Cases before the PCIJ

At first glance, the percentage of Eastern European cases before the Permanent Court of International Justice (PCIJ) is striking. Approximately 50% of all the cases (contentious proceedings and advisory opinions) of this Court were closely connected with Eastern Europe (Fitzmaurice, Tams, 2013). Most of them involved Poland, either because it was a party to the proceedings or because advisory opinions concerned Polish interests. There are, of course, some logical historical explanations of this fact. First of all, the PCIJ was almost exclusively a court used for the settlement of European disputes. Second, in the interwar period, Poland found itself in an extremely complex situation: its borders had been shaped from 1918 to 1923; its relations with two big and dangerous neighbour-states (Soviet Union and Germany) were fragile; and its internal complexities were difficult to cope with (Prazmowska, 2011:159-182; Davies, 2005).

The high percentage of Eastern European cases before the PCIJ is exceptionally important because this was actually the first standing international court with significant jurisprudence (there were some previous judicial institutions but they were rather regional, unsuccessful institutions, such as the Central American Court of Justice (1907–1917), or they never started working, such as the International Prize Court). Therefore, the PCIJ's task was not only to apply the norms but also to structure international legal argument: "The structures of international legal argument then used were not a result of the *interbellum*, its political or other circumstances; they are part of a conceptual deep structure ingrained in internationalism at all times" (Spiermann, 2004: 394).

It is, of course, impossible to explain thoroughly here the contribution of the PCIJ to the development of international legal argument. Instead, it is possible to claim that the PCIJ mostly contributed to the development of rules concerning treaty interpretation and the legal reasoning behind these interpretations. One of the examples is the *Danube* opinion which contributed to the development of the principle of subordinated status of preparatory work in treaty interpretation: "There is no occasion to have regard to the protocols of the conference at which a convention was negotiated in order to construe a text which is

sufficiently clear in itself”⁴ (Fachiri, 1929). Article 32 of the Vienna Convention of Law of Treaties confirms the applicability of this principle by stipulating that preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion are supplementary means of interpretation. Additionally, cases such as *Jaworzina*⁵ and *Monastery of Saint Naoum*⁶ contributed to the understanding of the leading role given to territorial sovereignty in the interpretation of international treaties. After the 1930s, the PCIJ entered a new phase of the treaties’ interpretation, which was demonstrated, *inter alia*, in the *Treatment of Polish Nationals*⁷ opinion (Spiermann, 2004: 348).

The PCIJ even contributed, albeit mostly indirectly, to understanding the fundamental concepts of international law (Steiner, 1936). Namely, one should bear in mind the fact that international law was not as developed after the First World War as it is today. The number of rules and even areas that international law covered was indeed modest, especially compared with contemporary international law. Therefore, the Court’s task of interpreting international law rules and developing international law was of fundamental importance.

H. A. Steiner, for example, noted several contributions of the Court to the development of basic international law concepts (only the Eastern European cases will be discussed here). Steiner noticed the importance of the Court’s jurisprudence for the issues such as the nature of international law and Court jurisdiction (the *Chorzow*⁸ case), *the rights of private individuals notwithstanding the fact that Court has jurisdiction only in interstate cases (German Settlers in Poland*⁹, *Serbian Loans*¹⁰), *the thorough, albeit sometimes controversial, explanation of the concept of sovereignty (Wimbledon*¹¹, *Jaworzina, Danube*), the relationship between in-

4 Permanent Court of International Justice, *Jurisdiction of the European Commission on the Danube* (Advisory Opinion) [1927] Series B, p. 28.

5 Permanent Court of International Justice, *Question of Jaworzina* (Advisory Opinion) [1923] Series B.

6 Permanent Court of International Justice, *Question of Monastery Saint-Naoum* (Advisory Opinion)[1924] Series B.

7 Permanent Court of International Justice, *Treatment of Polish Nationals and other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory* (Advisory Opinion) [1932] Series A/B.

8 Permanent Court of International Justice, *Case Concerning the Factory at Chorzow* (Merits) [1928] Series A.

9 Permanent Court of International Justice, *German Settlers in Poland* (Advisory Opinion) [1923] Series B.

10 Permanent Court of International Justice, *Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France* (Judgment) [1929] Series A.

11 Permanent Court of International Justice, *Case of the S.S. Wimbledon* (Judgment) [1923] Series A.

ternational and municipal law where the Court firmly argued for strict judicial dualism according to which international and national law are two separate systems of law (the *Greco-Bulgarian*¹² case, *Serbian Loans*), etc. (Steiner, 1936).

2.2 The cases before the ICJ

The number of Eastern European cases before the International Court of Justice (ICJ) is hardly comparable with that of the cases that appeared before the PCIJ. It has already been mentioned that about 50% of the PCIJ cases were closely connected to the issues of Eastern Europe, while the ICJ dealt with only 5 to 10% of such cases (it is not easy to state exact figure since Yugoslavia formally made 10 applications against some NATO countries as a consequence of the NATO's 1999 armed intervention). There are a number of reasons for this decrease, but the most important is probably the globalisation of international affairs and consequently international law. Although this process had begun in the inter-war period, its full consequences became obvious only after the Second World War. Decolonisation and the emergence of numerous new states were important segments of this process. Another important reason was the Cold War and the fact that Eastern Europe was under the Soviet sphere of influence (the ICJ has never issued a ruling in a case in which Soviet Union was one of the parties).

Be that as it may, the relatively small number of Eastern European cases that appeared before the ICJ does not mean that they were not important for the interpretation of the legal rules in particular areas of international law. Actually, the very first contentious case brought before the newly created ICJ was the famous *Corfu Channel* case; it involved one Eastern European country – Albania, and one Western European country – the United Kingdom. There is a number of reasons why this case was so important for the jurisprudence of the Court: the issue of the Court's jurisdiction and further clarification of the role of consent in this sense, the question of evidence before the Court (Del Mar, 2012), law of the sea and especially the concept of innocent passage (McLaughlin, 2012), international liability and necessary compensation (D'Argent, 2012), and development of environmental law principles (Bannelier, 2012). One should also recall the brave, albeit controversial, incorporation of “...*certain general and well-recognised principles, namely: elementary considerations of humanity, even more exacting in peace than in war*”¹³ as grounds for the liability of Albania. Still, the Court's famous dictum on the prohibition of intervention was arguably the

¹² Permanent Court of International Justice, *Greco-Bulgarian “Communities”* (Advisory Opinion) [1930] Series B.

¹³ International Court of Justice, *Corfu Channel case* (United Kingdom v. Albania (Judgment), [1949], ICJ Rep 22.

most important legacy of the *Corfu Channel* case. The principal judicial institution of the UN sent a clear message on this issue to the more powerful states:

“The Court can only regard the alleged right of intervention as the manifestation of a policy of force, such as has, in the past, given rise to most serious abuses and such as cannot, whatever be the present defects in international organisation, find a place in international law”.¹⁴

The *Corfu Channel* case remained one of the most cited cases in the jurisprudence of the ICJ, actually just behind the famous *Nicaragua* case (Bedjaoui, 2012). It is interesting to note that it was also cited in the Eastern European case that appeared next before the Court – the *Genocide Case* involving Bosnia and Herzegovina and Yugoslavia (later Serbia). This was one of the longest and most complex cases in the Court’s history - Bosnia and Herzegovina made an Application in 1993 and the Court delivered the Judgment in 2007.

The significance of the *Genocide Case* for the development of international law and the Court’s practice is immense. First of all, this was the first judgment interpreting the responsibility of states for the breach of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1948) and, at the same time, the first judgment that pronounced one state responsible for the violation of the Convention. Additionally, this case gave the Court an important opportunity to clarify certain key concepts of the crime of genocide itself: the scope of *mens rea* and *actus reus* (Kress, 2007), the nature of liability of states for committing the crime of genocide (Milanovic, 2007), the interpretation of the concept of obligation to prevent genocide (Gattini, 2007), and the interpretation of the terms *protected group* and *the part of the group* which are parts of the genocide definition from the Convention¹⁵. Finally and more generally, the judgment was important because of the issue of Court’s jurisdiction, the issue of evidence presented before the Court, and the relationship between the ICJ and other international courts – more specifically, that with the ICTY (Cassese, 2007).

This was not, however, the only Eastern European genocide case that appeared before the ICJ. Namely, Croatia also initiated a case against Yugoslavia (later Serbia) for violation of the Genocide Convention. The Court delivered judgments on both the memorial of Croatia and the counter-memorial of Serbia in 2015, sixteen years after Croatia had filed the application against Yugoslavia and six years after Serbia submitted counter-memorial in the same case. In this case, the Court additionally had to explain the relation between two concepts: ethnic cleansing and the crime of genocide (Steinfeld, 2015). Furthermore, the Court

14 *Ibidem*, p. 35.

15 *The Genocide case* (Bosnia and Hercegovina v. Yugoslavia), para. 191-201.

offered further clarification concerning the standard of proof for the second element of the genocide crime, *dolus specialis* (Behrens, 2015).

On the other hand, *The Maritime Delimitation in the Black Sea* case, involving Romania and Ukraine, did not provoke many controversies. Namely, the Court had already had a highly developed practice in this area, so it was not realistic to expect any significant development of the law of the sea. Nevertheless, in this case, the Court decided not to use the coast of the Serpents' Island for the delimitation stage. According to some authors, this decision of the Court will "give parties to the future delimitation cases additional arguments regarding the role of small features in delimitations, as well as rationales for their elimination" (Bederman, Lathorp, 2009).

All previously mentioned Eastern European cases before the ICJ were contentious ones. The Court, however, delivered a couple of important advisory opinion too: the Advisory Opinion on the Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania¹⁶, as well as the Advisory Opinion on the Declaration of Independence of Kosovo.¹⁷ The former Advisory Opinion concerned the analysis of the procedure to be adopted regarding the settlement of disputes between Allied States on the one hand and Romania, Bulgaria and Hungary on the other according to the Peace treaties between these countries in 1947. The Advisory Opinion was important not only because of the complicated Cold War context but also because of the Court's ruling on several issues such as: the rules of procedure in arbitration cases, the scope of ICJ jurisdiction in Advisory proceedings, as well as the relationship between the issue of human rights and Article 2 (7) of the UN Charter (non-intervention of the UN institutions within essentially domestic affairs of UN members). Over the two phases of the Advisory Opinion, the Court ruled that Romania, Bulgaria and Hungary violated the rules of procedure on the settlement of disputes stipulated in the peace treaties, but it is interesting to note that three judges from Eastern Europe countries dissented in this case.¹⁸

Notwithstanding the fact that the size of Kosovo is only 1.5% of the territory of Texas and that its population consists of fewer than 2,000,000 people, expectations from the Court in the Advisory Opinion on Kosovo were high. There were 36 written statements of states and a written contribution of the authors of the unilateral Declaration of Independence (*authors of the unilateral Declaration of*

16 International Court of Justice, *Interpretation of Peace Treaties* (Advisory Opinion) [1950] ICJ Rep 65.

17 *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, *supra* note 2.

18 Judges Zoricic, Winiarski and Krylov. Their dissenting opinions are available at: <http://www.icj-cij.org/en/case/8/advisory-opinions>.

Independence was the official name of the Kosovo institutions before the Court). That is the second largest number of states that decided to submit written statements to the Court in an advisory proceeding (the largest number of written submissions was lodged in the famous *Wall*¹⁹ opinion).

Argentina nicely sublimed the reasons for the international community's interest in this case: "The question put before the Court regards a wide range of issues of particular importance not only for the maintenance of peace and security in the region concerned but also with regard to fundamental principles of international law and to the respect thereof, which are of general concern".²⁰ Argentina, most of the other states that participated in this case, as well as the international law doctrine expected the ICJ to finally offer an authoritative interpretation of the relation between the general principles of international law - especially that between sovereignty and self-determination of peoples (Hrnjaz, 2012). In its written submission, Slovenia openly recognised a possible contradiction between these two principles:

"When the 'right of a state' to protect its territorial integrity and the 'right of people' to decide upon their own destiny are in conflict, the right of people prevails, alongside the peaceful settlement of disputes, in particular through negotiations. In recent decades, the right to self-determination as a human right has been given precedence over the principle of respect for the territorial integrity of states".²¹

Bearing all this in mind, one should not be surprised by a general sense of disappointment with the final ruling of the Court, in which the question posed by the UNGA was interpreted narrowly (Milanovic, Wood, 2015). Namely, the Court refused to deal with the key issues of this dispute, such as the Kosovo statehood and the legal effect of the states' recognition of Kosovo:

"In the present case, the question posed by the General Assembly is clearly formulated. The question is narrow and specific; it asks for the Court's opinion on whether or not the declaration of independence is in accordance with international law. It does not ask about the legal consequences of that declaration. In particular, it does not ask whether or not Kosovo has achieved statehood. Nor

19 International Court of Justice, *Legal Consequences of the Construction of the Wall in the Occupied Palestinian Territory* (Advisory Opinion) [2004] ICJ Rep 136.

20 International Court of Justice, *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, Written Statement of Argentina, p. 5. Available at: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/141/15666.pdf>.

21 *Kosovo Advisory Opinion*, Written Statement of Slovenia, p. 2. Available at: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/141/15696.pdf>.

does it ask about the validity or legal effects of the recognition of Kosovo by those States which have recognized it as an independent State.”²²

The value of the Advisory Opinion on Kosovo is, however, hidden in the written submissions of the states, because these can be viewed as evidence of existence or lack of existence of the *opinio iuris* as one of the elements of customary international norms applying to sovereignty and self-determination of peoples. In this proceeding, for example, a number of states supported the concept of remedial secession, even though this concept is weakly supported by the formal sources of international law; (it is probably interesting to note that Russia was one of them, although the general feeling prevails that this concept is mostly supported by the Western countries or the Global North countries). Albania, Slovenia, Czech Republic, Latvia, Estonia and Poland were among those countries that used the argument of remedial secession in this Advisory Opinion (Hrnjaz, 2012).

3. Eastern European judges in the *World Court* and the development of international law

The PCIJ and the ICJ are both collegiate bodies, deciding by majority vote, and it is thus difficult to evaluate the contribution of individual judges to the development of international law, if any. The beginning of this section will provide an answer to the following question: who are, generally speaking, international judges? Afterwards, a table with Eastern European judges of the *World Court* will be presented (Table 1), followed by several short illustrations of their contribution to the work of the Court.

One might believe that a proliferation of international courts made it more difficult to locate persons with a proper educational background and personal qualities to fill the numerous judicial positions. Historical research reveals, however, that finding a good judge has never been an easy task (Spiermann, 2004). The question is: what is it that actually makes a *good judge*? Should she or he, bearing in mind that women still represent a significantly smaller part of this community – between 20 and 25% (Terris, Romano, Swigart, 2007), be an international law professor, a national judge, a diplomat, or something else?

Statutes of the courts usually stipulate minimal professional and personal requirements for judges. But, more often than not, candidates are nominated by their respective countries. This is followed by the election of the judges, and this phase is marked by “...particularly complex moments, where a number of considerations – like states’ national interests, prestige and power politics, and the need to ensure representativeness – interact to eventually determine the result” (Terris, Romano, Swigart, 2007: 46).

²² *Kosovo Advisory Opinion*, para. 51.

There are significant differences between the international courts regarding professional and personal requirements for judges, their nomination and election. Therefore, the focus will now be placed on the procedure in the ICJ. The Court is composed of the body of 15 independent judges. No two of them may be nationals of the same country, and they should be “elected regardless of their nationality from among persons of high moral character, who possess the qualifications required in their respective countries for appointment to the highest judicial offices, or are jurisconsults of recognized competence in international law” (Article 2 of the ICJ Statute). Candidates are nominated by the national groups in the Permanent Court of Arbitration. Judges are elected by the UN General Assembly (UNGA) and UN Security Council (UNSC) for the term of nine years, and are subject to re-election.

According to Article 9 of the ICJ Statute “...the electors shall bear in mind not only that the persons to be elected should individually possess the qualifications required, but also that in the body as a whole the representation of the main forms of civilization and of the principal legal systems of the world should be assured”. In practice, this representation means that judges are elected from UN regional groups: Africa and Asia are allowed three positions, the Latin American and Caribbean Groups have two, Eastern Europe has two positions (in practice, one of those “belongs” to Russia), and Western Europe and other Groups have five positions. All the permanent members of the UNSC almost always had a judge of their nationality in the Court (this is an informal rule and till 2017 the only exception to this rule was China, between 1967 and 1985; in 2017, UK lost “its” place for the first time in the Court history). The Court elects President and Vice-President of the Court for a term of three years, and they may be re-elected (in practice, however, no one was ever re-elected to the position of President of the Court). According to Article 55 of the Statute, all matters are decided by a majority vote of the present judges; in the event of an equal number of votes, the Court President casts the deciding vote.

After briefly describing the formal procedure of the nomination and election of the Court judges, the scene is set for the explanation of the role of Eastern European judges in the *World Court*. The PCIJ and the ICJ have had about 140 judges altogether. If one does not count the Russian judges as coming from Eastern Europe (and there are good reasons not to do so because Russia, as a permanent member of Security Council, has had one “guaranteed” place), nine judges from this part of the world had served in the *World Court* to date (Table 1). Even though this figure does not seem exactly impressive, considering the fact that practically there could be only one judge from Eastern Europe at a time, and that Bohdan Winiarski and Manfred Lachs served as judges for 47 years combined, the number becomes rather understandable. There have been four

Eastern European judges that served at the PCIJ, and five at the ICJ (Judge Peter Tomka is still a judge of ICJ).

Table 1: Eastern European judges that served at the *World Court* (1922- to date)

Name	Country	Term	Vice-President	President
Mihailo Jovanovic	Serb-Croat-Slovene Kingdom	Deputy Judge 1922-1930		
Demetru Negulesco	Romania	Deputy Judge 1922-1930; Judge 1931-1942		
Mileta Novakovic	Serb-Croat-Slovene Kingdom (Yugoslavia)	Deputy Judge 1931-1936		
Michal Rostworowski	Poland	Judge 1931-1940		
Milovan Zoricic	Yugoslavia	1946-1958		
Bohdan Winiarski	Poland	1946-1967		1961-1964
Manfred Lachs	Poland	1967-1993		1973-1976
Geza Hercegh	Hungary	1993-2003		
Peter Tomka	Slovakia	2003- to date	2009-2012	2012-2015

Source: International Court of Justice (2019); <https://www.icj-cij.org/en/all-members>

The majority of the Eastern Europe judges came from Poland and Yugoslavia (three from each country), while Romania, Hungary and Slovakia had one judge each. Arguably, the most prominent Eastern European judge at the PCIJ was Judge Demetru Negulesco from Romania, who had served for 20 years (actually throughout the entire period of operation of the Court). In one of his Presidential Statements, Judge Peter Tomka said that Negulesco's "contributions to the work of that pioneering international judicial institution and to the development of its jurisprudence were considerable and remain a source of inspiration for our Court today".²³

It is probably interesting to note that, before taking the positions at the Court, the PCIJ judges coming from Eastern Europe were notable diplomats of their respective countries and educated in Paris. Most of them were professors of

²³ Available at: <http://www.icj-cij.org/files/press-releases/8/17258.pdf>.

international law in their countries (Negulesco, Novakovic, Rostworowski). Mileta Novakovic was, for example, the author of the first Public International Law textbook written in Serbian language (Novakovic, 1936). Negulesco and Jovanovic were judges in the national courts of Romania and Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes, respectively.

Still, the best known judge among those listed in Table 1 is Judge Manfred Lachs. He was a Polish writer, diplomat and jurist. Lachs had earned his law degree at the Jagiellonian University of Krakow and had graduated from the London School of Economics before the outbreak of World War II. After the War, he had held several professional positions at the Ministry of Foreign Affairs of Poland. In 1966, Lachs became a judge of the ICJ and remained in that position until 1993. No one in the history of the Court served as a judge for such a long period of time. He was also President of the Court from 1973 to 1976. Therefore, it is not strange that Edward MacWhinney decided to dedicate a book to his legacy (MacWhinney, 1995a). In the book, MacWhinney noted that, notwithstanding Lachs' intellectual cosmopolitanism and eclectic legal education "the political constraints of being a national of, in his own terms *a nation on wheels*, squeezed between Germany and Russia and with continuing Soviet and military presence, may be evident in certain aspects of his approach to decision- making... Lachs' way of life as high level official and adviser in Communist Poland may have taught him to weigh his words and try to use his skills of persuasion rather than make an outright break with formal dissent" (Lachs had reported only two dissenting opinions during his office). (MacWhinney, 1995: 10).

Lachs became President of the Court during his first term of office (1973-1976), which is important because it gave him an opportunity to become even more directly involved in the process of deliberating the Court's decisions in the period of the shift from the "old" to the "new" Court: "Within the United Nations legal community, Lachs was also widely seen as being an intellectual bridge between that positivistic, *black letter law*, purportedly political neutral approach of the "old" Court majority that had dominated the International Court's post-war jurisprudence, to a *new*, consciously purposive, policy-oriented approach..." (MacWhinney, 1995b: 217). Namely, Article 6 of the Resolution stipulates, concerning the internal judicial practice of the Court, that "on the basis of the views expressed in the deliberations and in the written notes, the Court proceeds to choose a drafting committee by secret ballot and by an absolute majority of votes of the judges present... *The President shall ex officio be a member of the drafting committee unless he does not share the majority opinion of the Court as it appears then to exist*" (Bedjaoui, 1991). Exceptionally important rulings,

such as the *North Sea Continental Shelf*,²⁴ and *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia*²⁵ were rendered during Lachs' term as President of the Court.

Lachs, however, was not the only judge from Eastern Europe who was President of the Court. The Court was also led by Judge Bohdan Winiarski (1961-1964) and Judge Peter Tomka (2012-2015), who is still serving in the Court. This means that Eastern Europeans occupied the important position of Court President in three terms (more than the number of presidential terms served by judges from Africa, equal to the number of terms served by judges from Middle and North America and Latin America, and only one term less than judges from Asia). Yet, judges from Eastern Europe had an important impact on the practice of the Court even when they did not occupy the position of President. One such judge was Judge Herczegh from Hungary: "There he became member of the silent majority: he was very proud of his participation in the drafting committee of most of the great cases of the ICJ which explains why he was the author of only a few dissenting opinions" (Kovacs, 2011: foreword).

As previously stated, the current ICJ judge coming from Eastern Europe is Peter Tomka, who was a President of the Court from 2012 till 2015 and he is currently serving his second mandate as a judge since he was elected in 2003. Judge Tomka was a legal adviser in Ministry of Foreign Affairs of Czechoslovakia and Slovakia, but also a Lecturer at Charles University, Prague. Like several other ICJ judges, he previously occupied a number of important positions in the UN or the League of Nations system (Tomka was Second Vice-Chairman of International Law Commission, Vice-Chairman of Sixth Legal Committee of UN General Assembly, etc.) which seems to be an important asset during the process of selection of ICJ judges.

4. Conclusion

The contribution of the *World Court* to the development of international law is difficult to overstate. As the PCIJ was the first standing international judicial institution, it had an opportunity to go even further: this Court was one of the most important factors in the development of international legal argument (the deep structure of international law). Therefore, the fact that approximately 50% of the PCIJ cases were closely connected with the Eastern European issues is not without significance.

24 International Court of Justice, *North Sea Continental Shelf* (Judgment) [1969] ICJ Rep 3.

25 International Court of Justice, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276* (Advisory Opinion) [1971] ICJ Rep 16.

The Eastern European cases handled by the PCIJ pushed the development of many fundamental concepts of international law, such as sovereignty or the role of consent in international adjudication. Many would say that these are the exact positions of the PCIJ that had failed to stand the test of time, but they were crucial for the early development of the discipline. Additionally, the most concrete contribution of the PCIJ was in the area of treaty law, especially in the interpretation of international treaties and this contribution has enduring significance.

The caseload of the ICJ was not marked by Eastern European issues to the same extent. That was, yet again, the consequence of extra-legal factors. Notwithstanding this fact, some exceptionally important Eastern European cases have passed before the ICJ, such as the very first case tried before this Court – the famous *Corfu Channel* case. Almost fifty years after the *Corfu Channel* case, ICJ was the stage of fierce political and legal battle of the Yugoslav armed conflicts, as there have been two genocide cases that involved Eastern European countries. This fact gave the Court the first opportunity to clarify *actus reus* and *mens rea* of the crime of genocide and, of course, the liability of states for the violation of the Genocide Convention. The Court also had an opportunity to discuss the *Kosovo issue* in the Advisory Opinion on the Declaration of Independence, but the final impact of this Advisory Opinion remained limited.

The great significance of Eastern Europe for the development of international law is further supported by personal and professional biographies of Eastern Europeans who served in the *World Court*. Most of them not only actively participated in the historical cases before the PCIJ and the ICJ, but were also Presidents of the Court and members of the drafting committees at the time. Therefore, their impact on the development of international law should never be underestimated.

All these conclusions strongly support the argument presented at the beginning of the paper – Eastern Europe had a significant impact on the development of international law and the nickname “Thumbelina” is not appropriate one - one could even be tempted to add to this sentence the word *unfortunately*. Namely, due to the persistent politics of foreign interventions (armed and non-armed) and non-consistent application of general political and legal principles, especially by the major powers, Eastern Europe sustained great suffering and was a subject of strong international law interest. The fact that some brave and knowledgeable international lawyers were among the most important judges of the *World Court* represent an honour to the small community of international legal scholars in Eastern Europe, but fails to provide general comfort to people from this region.

References

- Bannelier, K. (2012). Foundational Judgment or Constructive Myth? The Court's Decision as a Precursor to Environmental International Law. In K. Bannelier, T. Christakis, S. Healthcote (eds.), *The ICJ and the Evolution of International Law: the Enduring Impact of the Corfu Channel Case*, New York: Routledge.
- Bederman, D. J., Lathorp, C. G. (2009). Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine). *The American Journal of International Law* 103 (3). 543-549.
- Bedjaoui, M. (1991). The "Manufacture" of Judgments in the International Court of Justice. *Peace International Law Review* 3 (1).
- Bedjaoui, M. (2012). An International Contentious Case on the Threshold of the Cold War. In K. Bannelier, T. Christakis, S. Healthcote (eds.), *The ICJ and the Evolution of International Law: the Enduring Impact of the Corfu Channel Case*, New York: Routledge.
- Behrens, P. (2015). Between Abstract event and Individualized Crime: Genocidal Intent in the Case of Croatia. *Leiden Journal of International Law* 28(4). 923-935.
- Cassese, A. (2007). The Nicaragua and Tadic Test Revisited in Light of the ICJ Judgment on Genocide in Bosnia. *The European Journal of International Law* 18 (4). 649-668.
- D'Argent, P. (2012). Reparations and Compliance. In K. Bannelier, T. Christakis, S. Healthcote (eds.), *The ICJ and the Evolution of International Law: the Enduring Impact of the Corfu Channel Case*, New York: Routledge.
- Davies, N. (2005). *God's Playground: A History of Poland, Vol. 2*, Oxford: Oxford University Press.
- Del Mar, K. (2012). The International Court of Justice and Standards of Proof. In K. Bannelier, T. Christakis, S. Healthcote (eds.), *The ICJ and the Evolution of International Law: the Enduring Impact of the Corfu Channel Case*, New York: Routledge.
- Fachiri, A. P. (1929). Interpretation of Treaties. *The American Journal of International Law* 23 (4). 745-764.
- Fitzmaurice, M., Tams, C. J. (eds.) (2013). *Legacies of the Permanent Court of International Justice*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Gattini, A. (2007). Breach of the Obligation to Prevent and Reparation Thereof in the ICJ's Genocide Judgment. *The European Journal of International Law* 18 (4). 695-713.

Hrnjaz, M. (2012). Odnos prava na samoopredeljenje i teritorijalnog integriteta država: podnesci povodom Savetodavnog mišljenja o Kosovu. U R. Nakarada, D. Živojinović, Srbija u evropskom i globalnom kontekstu, Beograd: Univerzitet u Beogradu – Fakultet političkih nauka. (191-213).

Kovacs, P. (ed.). (2011). *International Law – A Quiet Strength, Miscellanea in memoriam Géza Herczegh*, Budapest: Pazmany Press.

Kress, C. (2007). The International Court of Justice and the Elements of the Crime of Genocide, *The European Journal of International Law* 18 (4). 619-629.

Lachs, M. (1987). *The Teacher in International Law: Teachings and Teaching*, second edition. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers.

MacWhinney, E. (1995a). *Judge Manfred Lachs and Judicial Law-making: opinions on the International Court of Justice, 1967-1993*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers.

MacWhinney, E. (1995b). The Role and Mission of the International Court in an Era of Historical Transition. In N. Jasentuliyana, *Perspectives on International Law*, London: Kluwer Law International.

McLaughlin, R. (2012). Dangerous waters and International Law: the Corfu Channel case, Warships, and Sovereignty Irritants. In K. Bannelier, T. Christakis, S. Heathcote (eds.), *The ICJ and the Evolution of International Law: the Enduring Impact of the Corfu Channel Case*, New York: Routledge.

Milanovic, M. State Responsibility for Genocide: A Follow-Up. *The European Journal of International Law* 18 (4). 669-694.

Milanovic, M., Wood, M. (eds.) (2015). *The Law and Politics of the Kosovo Advisory Opinion*, Oxford: Oxford University Press.

Novakovic, M. (1936-1938). *Osnovi medjunarodnog javnog prava*, vol. I i II, Beograd: Privrednik.

Prazmowska, A. J. (2011). *History of Poland* (2nd edition), London: Red Globe Press. Spiermann, O. (2004). *International Legal Argument in the Permanent Court of International Justice: The Rise of International Judiciary*, Cambridge: Cambridge University Press.

Steiner, H. A. (1936). Fundamental Conceptions of International Law in the Jurisprudence of Permanent Court of International Justice, *The American Journal of International Law* 30 (3). 414-438.

Steinfeld, M. (2015). When Ethnic Cleansing is not Genocide: A Critical Appraisal of the ICJ's ruling in *Croatia v. Serbia* in relation to Deportation and Population Transfer. *Leiden Journal of International Law* 28 (4). 937-944.

Terris D., Romano C. P. R., Swigart, L. (2007). *The International Judge: An Introduction to the Man and Woman Who Decide the World's Cases*. Hanover: University Press of New England.

International Court of Justice (2019): <http://www.icj-cij.org>; <https://www.icj-cij.org/en/all-members> (accessed 1.2.2019)

Judgments and Advisory Opinions of the PCIJ and ICJ

International Court of Justice, *Corfu Channel case* (United Kingdom v. Albania (Judgment)), [1949], ICJ Rep 22.

International Court of Justice, *Interpretation of Peace Treaties* (Advisory Opinion) [1950] ICJ Rep 65.

International Court of Justice, *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276* (Advisory Opinion) [1971] ICJ Rep 16.

International Court of Justice, *Legal Consequences of the Construction of the Wall in the Occupied Palestinian Territory* (Advisory Opinion) [2004] ICJ Rep 136.

International Court of Justice, *North Sea Continental Shelf* (Judgment) [1969] ICJ Rep 3.

International Court of Justice: *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo* (Advisory Opinion) [2010] ICJ Rep 403.

International Court of Justice: *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Croatia v. Serbia) (Judgment) [2015] ICJ Rep 3.

International Court of Justice: *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro) (Judgment) [2007] ICJ Rep 43.

Permanent Court of International Justice, *Case Concerning the Factory at Chorzow* (Merits) [1928] Series A.

Permanent Court of International Justice, *Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France* (Judgment) [1929] Series A.

Permanent Court of International Justice, *Case of the S.S. Wimbledon* (Judgment) [1923] Series A.

Permanent Court of International Justice, *German Settlers in Poland* (Advisory Opinion) [1923] Series B.

Permanent Court of International Justice, *Jurisdiction of the European Commission on the Danube* (Advisory Opinion) [1927] Series B.

Permanent Court of International Justice, *Question of Jaworzina* (Advisory Opinion) [1923] Series B.

Permanent Court of International Justice, *Question of Monastery Saint-Naoum* (Advisory Opinion) [1924] Series B.

Permanent Court of International Justice, *The Greco-Bulgarian "Communities"* (Advisory Opinion) [1930] Series B.

Permanent Court of International Justice, *Treatment of Polish Nationals and other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory* (Advisory Opinion) [1932] Series A/B.

Dr Miloš Hrnjaz,
Univerzitet u Beogradu,
Docent Fakulteta političkih nauka

ISTOČNA EVROPA PRED SVETSKIM SUDOM: "PALČICA" MEĐUNARODNOG PRAVNOG PORETKA?

Rezime

Istočna Evropa predstavlja relativno mali region u svetskim razmerama. Pokazuje se, međutim, da je značaj ovog regiona u pogledu izgradnje međunarodnog pravnog poretka izrazito nesrazmeran njegovoj veličini. U radu se konkretnije istražuje uticaj istočnoevropskih pitanja i sudija Svetskog suda koji su došli iz ovog regiona na razvoj međunarodnog prava. Koristeći više kvalitativnih i kvantitativnih indikatora poput broja presuda ovog Suda koji se ticao Istočne Evrope, broja sudija koji su dolazili iz ovog regiona, perioda tokom kojih su istočnoevropske sudije bile predsednici Suda, kao i značaja pojedinih presuda za izgradnju međunarodnog pravnog poretka, u radu se dolazi do zaključka da je region imao veliki značaj za razvoj međunarodnog prava.

Ključne reči: *Međunarodni sud pravde, Stalni sud međunarodne pravde, Istočna Evropa, razvoj međunarodnog prava, sudije Međunarodnog suda pravde.*

Dr Miomira Kostić,*
Redovni profesor Pravnog fakulteta
Univerzitet u Nišu

originalni naučni rad
doi:10.5937/zrpfni1982119K

UDK: 343.97:316.33.56
Rad primljen: 30.09.2018.
Rad prihvaćen: 25.01.2019.

POJAVA I RAZVOJ PAMETNIH GRADOVA U KONTEKSTU KRIMINOLOŠKE I KRIMINALNOPOLITIČKE VIZURE**

Apstrakt: Termin pametni grad prvi put je upotrebljen devedesetih godina 20. veka i tada je fokus bio usmeren na primenu inovacionih tehnologija, u sklopu moderne infrastrukture unutar gradova. U današnje vreme, pametni grad označava instrumentalizovan, međusobno uvezan i inteligentni grad. Evropski gradovi nisu u dovoljnoj meri podnošljivi, inkluzivni ili produktivni za potrebe modernog doba. Pametni gradovi sadašnjosti i budućnosti treba da unaprede oblast društvenog života, ali i organizaciju javnog prevoza, na primer. Osim toga, politika razvoja pametnih gradova treba da prevenira teškoće, pre nego da nalazi načine da ih rešava. Starenje evropskog stanovništva, integracija migranata, socijalna isključenost ili neodrživost prirodne okoline, kao i nezaposlenost, delinkvencija i slaba lokalna ekonomija, posmatraju se kao goruće teškoće. Humana ili socijalna ekologija opisuje odnose između ljudi koji dele isto stanište ili lokalnu teritoriju i ti odnosi su jasno povezani sa karakterom same teritorije. To je, u stvari, učenje o društvenoj strukturi u odnosu na lokalno okruženje. Tako su sociolozi, u kasnijim godinama 20. veka, ekologiju uvrstili u studije o socijalnom razvoju ili evoluciji ljudskih institucija i široko inkorporirali taj koncept iz domena prirodnih u domen društvenih nauka. Predstavnici Čikaške škole u kriminologiji, u konceptu ekološke teorije, tvrdili su da postoji povezanost

*kosticm@prafak.ni.ac.rs

** Ovaj rad predstavlja rezultat teorijskog istraživanja, kao rad na projektu „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“, br. projekta 179046, koji finansira Ministarstvo za prosvetu, nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije. Rad je, u vidu usmenog saopštenja, izložen na Međunarodnoj naučnoj konferenciji „Pravo pred izazovima savremenog doba“, održanoj 13. i 14. aprila 2018. godine, na Pravnom fakultetu Univerziteta u Nišu.

između: školskog besposličenja, mladih punoletnih učinilaca, smrtnosti dece, tuberkuloze, mentalnih poremećaja, kao i drugih faktora i nivoa delinkvencije i kriminaliteta odraslih i maloletnika. Razvoj pametnih gradova, sam po sebi, neće isključiti delinkvenciju. Stoga je neophodno razmotriti poseban koncept prevencije kriminaliteta, koji bi se najpre odnosio na sprečavanje kriminalnog ponašanja u okviru zajednice, unutar grada.

Ključne reči: pametni grad, delinkvencija, ekološka teorija, delinkventno područje, prevencija, stanovništvo.

1. Uvod

Pitanja obuhvaćena objašnjenjima kriminalne fenomenologije odnose se, između ostalog, na dinamiku kriminaliteta, koja objedinjava nastale promene u obimu kriminaliteta, kao masovne društvene pojave, u određenom vremenskom periodu i na određenom prostoru. Pored dinamike ukupnog kriminaliteta, moguće je posmatrati i statistički pratiti dinamiku pojedinih pojavnih oblika kriminaliteta: privrednog, političkog, imovinskog, maloletničke delinkvencije, kriminaliteta žena, ili, pak, izu čavati regionalnu rasprostranjenost različitih tipova kriminaliteta (geografija kriminaliteta) u svetskim i nacionalnim razmerama, na pojedinim nacionalnim i državnim područjima, u gradovima i selima, odnosno, pojedinim delovima grada (ekologija kriminaliteta u gradskim naseljima) (Konstantinović-Vilić, Nikolić-Ristanović, Kostić, 2009: 30). Posebnost u izu čavanju ekologije¹ kriminaliteta naglašena je i u redovima klasične udžbeničke literature iz oblasti sociologije, čiji je jedan od istaknutih predstavnika Gidens, koji koristi termin ekologija kriminaliteta da istakne uticaj lokalnih uslova na raspored kriminaliteta u seoskim i gradskim podru čjima (Gidens, 2005: 586).

Izučavanje regionalnih karakteristika kriminaliteta, kao jednog od najvažnijih područja interesovanja kriminalne fenomenologije (Konstantinović-Vilić, Nikolić-Ristanović, Kostić, 2013: 94) jeste tradicionalno, kriminološko izučavanje u društveno-prostornom smislu, i obuhvata dva centralna pitanja: objašnjenje prostorne distribucije delinkvencije i objašnjenje prostorne distribucije delinkvenata. Takođe, ovim temama

¹ Termin *ekologija* preuzet je iz fizičke nauke i odnosi se na proučavanje prilagođavanja biljnih i životinjskih organizama spoljašnjoj sredini. Gradovi se teritorijalno raspoređuju i po „prirodnom redu“, kroz procese konkurencije, invazije i smenjivanja, dakle slične procese koji se odvijaju i u biološkoj ekologiji.

pridodato je i izučavanje prostorne distribucije antisocijalnih ponašanja,² na nivou grada i sela (Bottoms, 2007: 530).

U novijoj domaćoj kriminološkoj književnosti (Kostić, Konstantinović- Vilić, 2008) prilikom objašnjavanja fenomenoloških karakteristika kriminaliteta, navodi se, već u uvodnim tekstovima, premisa da je „osnovna i dugo ustanovljena kriminološka istina da je nivo kriminaliteta viši u urbanim nego u ruralnim sredinama“ (Cressey, 1964: ch. 3). S druge strane, kriminolozi/kriminološkinje, rodno orijentisanog pristupa, ukazuju na rodnu perspektivu dugo opstajuće kontroverze, po kojoj je „urbani stil života, ma kako težak bio, uticao na emancipaciju žena više nego seoski život ili život u suburbanim domaćinstvima“ (Wilson, 1992: 10).

Empirijska istraživanja pokazuju da se kriminalitet i delinkvencija povećavaju s procesom urbanizacije. Illich (Illich, 1980: 88) smatra da zbog neposrednog industrijskog razvitka prete mnogobrojne opasnosti savremenom gradskom čoveku. Industrijski rast, koji prelazi svoje granice, preti pravu čoveka na sjedinjenje s okolinom, u kojoj je nastao i ugrožava pravo na čovekovu autonomiju u delovanju.

Osim fenomenološkog pristupa ekologiji kriminaliteta, u drugom važnom području kriminologije, kriminalnoj etiologiji, kao jedno od osnovnih objašnjenja ističe se ekološka teorija u okviru pravca kriminalne sociologije. Ekološka škola u kriminologiji teži da objasni zločin kao funkciju društvene promene, koja se javlja u skladu s promenama okoline. Drugim rečima, prema određenju o kome piše Reid (Reid, 2003: 120), ekološka škola je jedan pristup, ili u čenju, o kvantitativnom odnosu između geografskog fenomena i zločina.

Navedena pitanja su obimno razmatrana u kriminološkoj literaturi, pri čemu se nameće naglasak na oblast viktimologije, kao i na istraživanja

2 Kao ilustracija ovom naučnom stavu u kriminologiji može se navesti novinarsko istraživanje o samoubistvima u Srbiji, urađeno na početku 20. veka i objavljeno u dnevnom listu *Politika* 1929. godine: „Od 1. januara 1919. do 31. decembra 1928. godine bilo je u Beogradu samoubistava 285 kod muških i 225 kod ženskih. Kod brojnosti samoubistva važe kao opšta pravila: prvo, da je redovno, svuda i svakada broj samoubistava u gradovima (dva do tri pu ta) veći nego na selu, i drugo, da je samoubistvo u većim gradovima mnogobrojnije nego u manjim. U Beogradu pak od 1806. do 1900. godine sračunato na 100.000 stanovnika (jer ih je Beograd stvarno tada imao samo 59750-65598) bilo bi 18 samoubica, a u ostaloj predkumanovskoj Srbiji za isti period vremena i na isti broj stanovništva iznosilo je svega 4 samoubice. Od godine 1919. do 1928. u Beogradu je pak na 100.000 stanovništva padalo od 30-33 samoubice“. Dnevni list *Politika*. (1929). „Svake godine ubija se sve više ljudi u Beogradu“, subota 13.4.1929., br. 7526, godina X XVI, str. 7.

u oblasti kriminalne politike. Međutim, svi navedeni primeri, kao primerene, dostupne ilustracije nepreglednog štiva objavljenih rezultata teorijskih i empirijskih istraživanja u kriminologiji, ipak ne naglašavaju javljanje pametnog grada, kao koncepta drugačijeg kvaliteta života, u sadašnjosti i u budućnosti. Teme obu hvaćene pristupom kriminološke retro perspektive ne znače da novonastala traženja kvalitetnog bitisanja ljudskih bića u gradskim aglomeracijama ne budu vidljiva već sada.

U drugoj dekadi 21. veka u literaturi iz oblasti društveno-humanističkih nauka, kao i tehničko-tehnoloških nauka navodi se da je čak dvadesetak godina unazad koncept pametnog grada našao svoje značajno mesto u raspravama na pomenutim naučnim poljima, pri čemu je određen i kao međunarodno orijentisani pravac promene načina života u gradovima (Albino, Berardi, Dangelico, 2015: 3).

Principi delanja i donošenja odluka na nivou gradskog življenja zahtevaju promene u svetskim okvirima. Postoji tvrdnja da evropski gradovi nisu u dovoljnoj meri održivi, inkluzivni ili produktivni za potrebe ljudi modernog doba. Finansijske krize ili greške u politici donošenja odluka u mnogim oblastima života treba da uče građane tome kako da osmisle nove principe življenja.³

U svojoj knjizi *The Death and Life of Great American Cities* autorka Džejn Džejkobs (Jane Jacobs), kao jedna od najčuvenijih filozofkinja urbanog života današnjice, napisala je: „Gradovi imaju sposobnost da pruže po nešto svima, jedino i samo onda kada su stvoreni od strane svih“ (Eggers, Guszczka, Green, 2017).

S druge strane, podsećanje na retro kriminološke napise vraća pažnju kriminologa na savremenost upravo klasičnih tema, kao i opažanja nastala iz njihovog teorijskog i empirijskog izučavanja, da je istorija ljudske civilizacije, kako ističe Moris (Morris, 1971: i), „velikim delom procenjivanje čovečijeg napora da oslobodi sebe od ograničenja nametnutih njegovom prirodnom okolinom; ne samo da on sada praktično može da živi i radi pod svim mogućim klimatskim uslovima, već može da nastani ogromne urbane aglomeracije koje, budući da ne mogu da podrže same sebe, mogu opstajati u smislu ingeniozne tehnologije i efikasnog transporta“. Međutim, ono što se izrodilo kao posledica, dalje smatra Moris, jeste da je čovek stvorio svoje novo okruženje koje, za uzvrat, počinje

³ *Smart Cities Citizen Innovation in Smart Cities Baseline Study*. Preuzeto 18. 1. 2018.
http://urbact.eu/sites/default/files/import/Projects/SMART_CITIES/documents_media/SmartCities_BaselineStudy_01.pdf

da ispoljava svoja sopstvena ograničenja u odnosu na čoveka. Veliki grad ili predgrađe može postaviti ograničenja na ljudsku aktivnost koja, iako potiče iz sasvim drugačijeg smisla, nije ništa manje realna od one postavljene u prošlosti, u odnosu na planine i reke, pustinje i okeane. Priznanje postojanja raznolikosti između urbanog i ruralnog načina života jeste uvažavanje osnovne asocijacije između obrazaca ponašanja i karakteristika lokalne zajednice.

Definicije pametnog grada su mnogobrojne. Primeri različitog konceptualnog pristupa dovode do zamene reči *pametna* rečima *inteligentan* ili *digitalan*, tako da se time ukazuje na nekonzistentnost naziva. Prvobitno, devedestih godina prošlog veka, upotreba naziva pametni grad podrazumevala je ugradnju informacionih tehnologija u gradsku sredinu. Međutim, pokazalo se da je to suviše usko određenje. Smisao definicije pametnog grada je u načinu kako se upravlja gradom, s naglaskom na ulogu društvenog kapitala i odnosa među ljudima u urbanom razvoju (Albino, Berardi, Dangelico, 2015: 4).

2. Urbana kriminologija kao deo urbane sociologije

Od samih početaka razvoja Kriminologije kao samostalne nauke izdvajaju se društveno-prostorne analize kriminaliteta, iz prve polovine 19. veka, s tim što se za potrebe savremenih kriminoloških objašnjenja obično razmatraju radovi iz perioda između dva svetska rata, pri čemu se ne zanemaruje doprinos Čikaške škole u sociologiji.

Izučavanje prostorne distribucije kriminaliteta unutar gradova dovelo je do osmišljavanja pojma delinkventnog područja, što predstavlja prirodnu oblast koja postoji u gradu, poput geta na primer, koja nastaje u procesu urbanizacije i razvoja i značajna je po svojim karakterističnim obrascima antisocijalnog ponašanja. Unutar granica delinkventnog područja, delinkventno ili kriminalno ponašanje je nešto što se očekuje, poput pravila, među njenim stanovnicima. To utiče na razvoj neprijateljskog stava kod socijalnih službi i kod policije, pa se stoga formira neki oblik kulturne enklave koja odudara od ostatka grada. Formalne osobine delinkventnog područja obično se ispoljavaju kao: fizičko izopačenje, prenaseljenost, mobilnost stanovništva, uglavnom prema industrijskim i trgovačkim zonama. S druge strane, socijalne karakteristike se najviše ogledaju u jednom malom broju neformalnih službi socijalne kontrole, usled čega opstaju norme ponašanja prihvaćene od strane šireg društva (Morris, 1971: 19).

Koncept delinkventnog područja potiče neposredno iz koncepta prirodne oblasti u ekološkoj teoriji, a epitet „delinkventan“ odnosi se na dominantni obrazac ponašanja iskazan od strane velikog broja stanovnika te oblasti.

Humana ili socijalna ekologija se sagledava kroz izučavanje prostornih i vremenskih relacija između ljudskih bića na koje utiču selektivne, prenosive i prilagodljive snage okoline (Bottoms, 2007: 530). Termin humane ekologije analogno je preuzet iz botanike, kao subdiscipline ekologije biljaka (Bottoms, 2007: 531).⁴ Bez obzira na rane radove iz druge polovine 19. veka, koji ukazuju na odnos okoline i delinkventnog ponašanja, treba naglasiti da je razvoj moderne kriminologije okoline, odnosno interes za izučavanje odnosa između zločina i okruženja počeo da se uvećava sve više počev od sedamdesetih godina 20. veka do danas. Zvanične statistike su tada ukazivale na naglo povećanje obima kriminaliteta, i to posebno od strane neprijateljski nastrojenih mladih osoba muškog pola koje su živjele u neboderima unutar gradskih oblasti. Istovremeno, naraslo je nezadovoljstvo među naučnicima i političarima izazvano traženjem uzroka zločina unutar pojedinca, a feministički pokret okrenut pitanjima viktimizacije približio se novorazvijenom levom realizmu (Jones, 2008: 102).

Građansko društvo, u svojoj osnovi, podrazumeva: društveno angažovanje; političku jednakost; solidarnost, poverenje i toleranciju; snažan društveni život. U tom smislu, sledeći ove osnovne postavke, Patnam (Putnam) je odredio značenje ideje socijalne bitnosti: „S obzirom na to da fizička bitnost upućuje na fizičke objekte, a ljudska bitnost na ono što pojedinac poseduje, društvena bitnost upućuje na veze između pojedinaca – društvenu mrežu i na norme uzajamnosti i poverenja koje iz toga proizilaze. U tom smislu, društvena bitnost je blisko povezana sa onim što neki nazivaju ‘građanska snaga’. Razlika je u tome što društvena

4 Ekologija je termin iz oblasti biologije i prvi put ga je upotrebio 1878. godine nemački biolog i filozof Ernest Hekel (Ernst Haeckel, 1878). Danac Varming (Eugenius Warming, 1895) ovaj termin je ipak približio mnogo više društvenim naukama u svojoj knjizi „Društvo biljaka“ (*Plant Communities*, 1895), tako što je skrenuo pažnju na činjenicu da različite vrste biljaka teže da rast u zajedno i, slično ljudskim društvima, imaju vremenski početak, iskustvene promene i konačno stupaju u period propadanja, pri čemu se postepeno smenjuju drugim biljkama. Upravo je u tome taj oblik ispoljavanja dinamičnog aspekta ekologije, što ga je možda najviše i približilo polju sociologije. Tako su sociolozi, u kasnijim godinama 20. veka, ekologiju uvrstili u studije o socijalnom razvoju ili evoluciji ljudskih institucija i široko inkorporirali taj koncept iz domena prirodnih u domen društvenih nauka (Morris, 1971: 3).

bitnost obraća pažnju na činjenicu da je društvena moć najснаžnija kada je utisnuta u mrežu svesti uzajamnih društvenih odnosa. Društvo, sastavljeno od čestitih, ali izolovanih pojedinaca nije neophodno bogato društvenom bitnošću“ (Putnam, 2007). To znači da interakcija omogućava da ljudi izgrađuju društvene zajednice, da se predaju jedni drugima i da sami „spajaju društveni sklop“. Svest o pripadanju neposrednom iskustvu o društvenoj umreženosti može doneti ljudima brojna preimućstva.

Suštinski, ideja o socijalnoj bitnosti može imati funkciju „društvenog lepka“ koji osnažuje integraciju i koheziju među ljudima, s jedne strane, ali i obezbeđuje „konceptualno oruđe koje kreatori politike mogu razviti prilikom promovisanja snažnih društava“ (Crawford, 2007: 885).

Ipak, u mnogim političkim debatama izneti su saglasni stavovi o tome da je lančani spoj između društvene bitnosti i ekonomske i ljudske bitnosti često nerazvijen. Izvori društvene bitnosti su nedovoljno razlikovani od dobrobiti ili povoljnih okolnosti koje iz njega proisteknu. Kao što neki kriminolozi primećuju: „Koncentrisanost mnogostrukih oblika onoga što predstavlja mane teži da umanjí podeljena očekivanja za vođenje kolektivne akcije, pogotovu one koja se odnosi na decu“ (Crawford, 2007: 885).

Urbanizam, kao način života, ne obuhvata u toj meri pitanja koja se odnose na unutrašnju diferencijaciju gradova, već više na formu društvene egzistencije unutar njih. Epitet „urban“ uz reč „svet“ ne odnosi se jedino na proporciju ukupnog stanovništva koje živi u gradovima. Sociolozi smatraju da su „uticaji koje gradovi vrše na društveni život čoveka veći od onoga na šta procenat stanovništva u gradovima upućuje; jer, grad nije samo mesto stanovanja i rada modernog čoveka, već i pokretački centar svekolikog ekonomskog, političkog i kulturnog života, koji je najudaljenije zajednice sveta stavio u sferu svog delovanja i sjedinio različita područja, narode i delatnosti u svojevrsni kosmos“ (Wirth, 1938: 2).

Jedno od prvih detaljnih poređenja seoskog i gradskog stanovništva načinio je Ibn Haldun (Ibn Khaldun) u 14. veku. Ovaj čuveni arapski istoričar upoređivao je život u gradu sa životom nomadskih plemena. Tvrdio je da nomade odlikuje lepo ponašanje, poštenje i hrabrost, dok su zlo, korupcija, laži i kukavičluk rašireni u gradu, a isto tako grad prouzrokuje truljenje, onesposobljava inicijativu i čini ljude otuđenim i slabim (Clinard, 1968: 98). Ovakva polarizovanost gledišta o uticaju gradova na kvalitet društvenog života zadržana je do 18. veka, u vreme

nastanka velikih urbanih aglomeracija, ali se takva shvatanja, skoro istom jačinom argumentacija, protežu sve do današnjih dana.⁵

U napisma koji se bave analizom promene ruralnog u urbani način života, najčešće se ističe primer Britanije, kao prve zemlje koja je bila zahvaćena procesom industrijalizacije, pa se veoma rano iz ruralne razvila u urbanu sredinu. Godine 1800. ispod 20% britanskog stanovništva živelo je u manjim ili većim gradovima s više od 10.000 stanovnika. Te iste godine u Londonu je živelo oko 1,1 milion stanovnika, a već na početku 20. veka taj broj je narastao na sedam miliona. Gidens pravi paralelu sa situacijom u SAD, u istom periodu, pa primećuje da je SAD tada većinom bila ruralna zemlja, u poređenju sa vodećim evropskim zemljama toga vremena. Između 1800. i 1900. godine broj stanovnika Njujorka popeo se, sa 60.000 čak na 4,8 miliona. Sam proces širenja gradova povezuje se sa porastom broja stanovnika usled prirodnog priraštaja, ali i sa migracijom stanovništva iz sela i manjih gradova, kao i iz siromašnih u ekonomski bogatije države, odnosno regione. Unutrašnje migracije na relaciji selo–grad pogotovu su karakteristične za Evropu. Seosko stanovništvo doseljavalo se/doseljava se u gradove prevashodno zato što je mogućnost zaposlenja u ruralnim oblastima manja, ali i zbog očiglednih prednosti gradova, u kojima su ulice „popločane zlatom“, jer je u njima skoncentrisana finansijska i industrijska moć (Gidens, 2005: 585).

Stoga je bilo važno ukratko ukazati na početke učenja humane ekologije u kriminologiji, iako oni datiraju još iz 19. veka, pa upotreba termina modernizam humane ekologije zaista oslikava aktuelnost već izraženih mišljenja vezanih za izučavanje odnosa sredine i ponašanja ljudi, bila ona dozvoljena ili ne.

U periodu između dvadesetih i četrdesetih godina 20. veka, u SAD, jedan broj kriminologa predstavljao je u svojim radovima ideje koje su bile osnov teorijskog i empirijskog istraživanja u okviru urbane sociologije. Čikaška škola, nastala kao rezultat razvoja ovih ideja, ima dva svoja koncepta: jedan je ekološki pristup urbanoj analizi, koji je osmislio Robert Park (Robert Park), a drugi urbanizam kao način života predstavio je Virt (Gidens, 2005: 585). Parkov rad je imao neposredan uticaj na veliki broj američkih sociologa, kao i na teoriju koju je osmislio Kliford Šo

⁵ Neki autori su mišljenja da su gradovi oličenje „vrline uljudnosti“, dinamičnosti i kulturnog stvaralaštva. Po njima, gradovi pružaju najveće mogućnosti za privredni i kulturni razvoj, kao i za udoban i zadovoljavajući život. Drugi opisuju grad kao zadimljeni pakao, u kojem se tiskaju agresivne i nepoverljive gomile ljudi, i u kojem cveta kriminal, nasilje i pokvarenost (Gidens, 2005: 585).

(Clifford Shaw) i predstavio u knjizi „Delinkventne oblasti“ (Clifford Shaw, *Delinquency Areas*) (Morris, 1971: 3). Predstavnici Čikaške škole su težili da objasne odnos između ekologije i kriminaliteta u Čikagu. Grad su posmatrali kao živu, rastuću, organsku celinu, a različite oblasti u gradu kao sredstva za ostvarenje različitih funkcija. Studije o različitim oblastima Čikaga, u kojima se javljala visoka stopa kriminaliteta i drugih formi devijantnog ponašanja, ukazala je istraživačima na to da je čak i svet devijantnosti okarakterisan različitim socijalnim ulogama, koje su određene i stratificirane pravilima koja su nametnuta.

Park je pošao od razmatranja socijalnih promena i njenih posledica na doseljeno stanovništvo. Od šezdesetih godina 19. veka imigranti iz čitave Evrope počeli su da naseljavaju oblasti srednjeg zapada SAD. Brzina i jačina socijalnih promena i dramatične teškoće vezane za javljanje kulturnog konflikta bile su društvene činjenice koje je bilo teško ne primetiti, a koje su imale uticaj na kasnije formulisanje socioloških teorija (Morris, 1971: 3). „Prirodna oblast“ je srž poimanja grada u Parkovim radovima. Ovu oblast čine blokovi zgrada, neminovne subzajednice, odakle se uzdižu grupisane urbane oblasti. Iz ovako formulisane ideje ekološkog pristupa može se zaključiti da su prirodne oblasti proizvodi sila koje neprekidno delaju tako da ostvaruju svoj uticaj na uobičajenu distribuciju stanovništva i funkcionišu unutar urbanog kompleksa. Prirodne oblasti nose taj epitet zato što nisu isplanirane i zato što poredak koji se vidi nije rezultat nekog dizajna, već pre manifestacija tendencija koje su svojstvene urbanoj situaciji; tendencije koje iziskuju da budu kontrolisane i korigovane (Smith, 1975: 8).

Gradske karakteristike, socijalne promene i raspoređenost ljudi i njihovih postupaka predstavnici Čikaške škole posmatrali su kroz prizmu koncentričnog kruga. Teorija koncentričnog kruga deli grad na pet zona. Centar grada je zona 1 ili centralna poslovna oblast. Ovu oblast karakteriše laka manufaktura, sitna trgovina i komercijalna zabava. Zona 2, koja okružuje centralnu poslovnu oblast, jeste zona tranzita od mesta stanovanja do posla. Ovaj deo grada je popularan među ljudima koji na legalan način zarađuju svoj novac i koji žive u veoma skupim, luksuznim stanovima. Zona 3 je oblast kuća u kojima živi radnička klasa i koja je u manjoj meri 'iskvarena' nego zona tranzita, a naseljena je u velikoj meri „radnicima čiji ekonomski status omogućava da priušte mnoge udobnosti, čak i neki oblik luksuza koji grad ima da ponudi“ (Reid, 2003: 121). Zona 4, oblast srednjeg sloja gradskih stanovnika, široko je

naseljena profesionalcima, sveštenicima, vlasnicima malih preduzeća, menadžerima. Na spoljnoj ivici grada je zona 5 ili oblast nestalnog stanovništva. Ova zona obuhvata satelitske gradove i predgrađa. Mnogi od njenih stanovnika napuštaju oblast tokom dana i odlaze u grad zbog posla.

Prema mišljenju koje zastupa Park, ključna oblast za objašnjenje kriminaliteta/delinkvencije je zona 2, odnosno zona tranzita. Zbog premeštanja poslova u ovu zonu, ona postaje nepoželjno mesto za život. Stanovanje se pogoršava, legitiman način života u toj oblasti se menja. Ljudi koji su to mogli sebi da priušte se iseljavaju i ne postoji napredak u poboljšanju stanovanja u toj oblasti bez državne novčane pomoći. Populacija u gradovima je raslojena po ekonomskom statusu i po zanimanjima koje obavlja. Osobe sa niskim primanjima, najčešće nekvalifikovani radnici, žive u zoni 2, pa često to dovodi do rasne i etničke segregacije. Ovu zonu karakterišu: stovarišta, zalagaonice, jeftina pozorišta, restorani, kao i potpuni slom u primeni uobičajenih institucionalnih metoda socijalne kontrole. Stoga, istraživači su izneli hipotezu da će zločin, porok, kao i ostale vrste devijacije nastaviti da se javljaju u takvim socijalno dezorganizovanim okruženjima (Reid, 2003: 121).

Kliford R. Šo i Henri D. Mekej (Henry D. McKay), primarni istraživači u konceptu ekološke teorije, tvrdili su da postoji povezanost između: školskog besposličjenja, mlađih punoletnih u činilaca, smrtnosti dece, tuberkuloze, mentalnih poremećaja, kao i drugih faktora i nivoa delinkvencije i kriminaliteta odraslih (Petrović, Gorazd, 2008: 120).

Istakli su da „ne postoji ni jedna jedina instanca u kojoj ne postoji preplitanje između ovih elemenata... Na osnovu prezentovanih činjenica, jasno je da delinkvencija nije izolovan fenomen“ (Reid, 2003: 121).

Iz izvesnih kritičkih stavova na ova objašnjenja ipak jasno proizilazi da Šo i Mekej nisu tvrdili da zona 2 prouzrokuje zločin, već su upozorili da odnos uzrok-posledica ne treba pretpostaviti samo zbog visoke korelacije između postojećih varijabli. Bez obzira na to što zona 2 može privući ili čak okupljati kriminalce, sledeće objašnjenje visoke stope kriminaliteta može biti povezano sa manjim učinkom rada pripadnika formalne društvene kontrole. Možda je policija ta koja će morati da obavi mnogo veći broj hapšenja u zoni 2 nego u nekim drugim zonama.

3. Savremeni kontekst – prevencija kriminaliteta u gradu/pamentom gradu

Razvoj stavova i shvatanja o prevenciji kriminaliteta, ili, po nekim autorima, preventivnog mentaliteta (Crawford, 2007: 870), prošao je kroz mnoge faze, zaokrete i inovacije „koji su započeli da isctavaju teren, fokus i tehnologije vođenja prevencije“.

Neophodno je naglasiti da je pojam „prevencija kriminaliteta“ široko korišćen koncept sa prilično slobodno određenim značenjima koja su u upotrebi. Za neke autore, ovaj termin upućuje na konvencionalno delovanje krivičnog pravosuđa. Opet, drugi, kao Dijk (Dijk) i Vard (Waard) zalažu se za određenje koje pomaže da se u žižu interesovanja stave alternativni ili posebni programi prevencije kriminaliteta. Stoga, oni ističu da je prevencija kriminaliteta „skup svih ličnih inicijativa i državne politike, u većoj meri nego retribucija krivičnog prava, sa ciljem umanjavanja štete izazvane radnjama koje država inkriminiše kao krivična dela“ (Dijk, Waard, 1991: 483). Ovim određenjem obuhvaćeni su i programi za umanjavanje straha od kriminaliteta, pošto strah može biti posmatran i kao šteta nastala od kriminaliteta; zatim, programi pomoći žrtvama, zbog toga što se to može posmatrati kao oblik kontrole štete, kao i preventivna aktivnost policije, poput stalnog nadzora i tretmana ili obuke sadašnjih/bivših delinkvenata. Iz ovog određenja prevencije kriminaliteta izuzeti su istraga i vođenje krivičnog postupka protiv učinilaca, kažnjavanje i izvršenje konvencionalnih kazni.

Sveobuhvatnost odgovara na mnogobrojna pitanja prevencije kriminaliteta ipak se moraju odnositi i na karakteristike nastanka ljudskih naseobina. Te naseobine uvek su težile tome da bude obezbeđena sigurnost, bezbednost i dobrobit građana, u smislu dizajniranja i blizine dostupnosti vode, hrane i zadovoljavanju drugih vitalnih potreba. Sigurnost i bezbednost uvek su bile značajne stavke, istorijski posmatrano, od ranog preistorijskog doba i života u pećinama, pa sve do nastanka srednjovekovnih i modernih gradova. Međutim, s razvojem novih tehnologija, naselja su postala pogodna da se putem njih reflektuju nove i rastuće pretnje usmerene na unapređivanje i dobrobit života stanovništva.

Te pretnje javile su se uporedo s procesima urbanizacije i industrijalizacije, kao i putem ubrzanog neplanskog širenja gradova, pod uticajem kapitalizma, što je za posledicu proizvelo: prenaseljenost, zagađenje, siromaštvo, bolest, kriminalitet i anomiju (Wirth, 1938: 2). Ovakvom opisu pridodaje se i to da su gradovi postali „kontejneri“ beskonačnih

teškoća, s jedne strane, kao i mesta koje krasi vitalnost, uzbuđenje i uživanje u životu, s druge strane. Parafrazirajući Šekspirove stihove, Kalvino (Calvino) piše: „S gradovima isto je kao i sa snovima: sve što se zamisli, može biti odsanjano, pa je čak i najneočekivaniji san rebus koji skriva želju, ili obrnuto, strah. Gradovi su, kao i snovi, sačinjeni od želja i strahova, i onda kada je nit njihovog govora tajna, njihova pravila apsurdna, njihova perspektiva prevrtljiva, i sve je prikrivanje nečeg drugog“ (Calvino, 1972).

Teorija prevencije kriminaliteta kroz izgled okruženja (Clarke, 1989: 1) zasnovana je na jednostavnoj ideji da zločin delom potiče iz prilika koje se nalaze u fizičkom okruženju. To vodi ka zaključku da bi bilo moguće promeniti fizičko okruženje tako da postoji manja verovatnoća da se javi zločin.

Postoje tri odvojena pristupa ili teorije koje ulaze u osnovni naziv teorije prevencije kriminaliteta kroz izgled okruženja. Prvobitna varijanta i sam naziv teorije vezuju se za kriminologa S. Rej Džefrija (C. Ray Jeffery), koji je 1971. godine objavio knjigu u kojoj kritikuje sociološki orijentisane kriminologe, zato što kao uzroke zločina posmatraju isključivo ove faktore socijalne prirode, pri čemu zanemaruju kako biološke, tako i determinante koje potiču iz okoline. Stoga, ovaj kriminolog navodi da prevencija treba da bude usmerena na biološke faktore (oštećenja mozga, na primer), s jedne strane, i na otklanjanje prilika za vršenje zločina, s druge strane.

Drugi pristup ove teorije jeste teorija „branjenog prostora“ i vezuju se za Džejn Džejkobs (Jacobs, 1992), koja je upućivala ozbiljne kritike posleratnom urbanom planiranju, naglašavajući njegovu destruktivnu komponentu u odnosu na prirodne procese reda unutar susedstva. Ipak, kao njen utemeljivač smatra se Njumen (Newman) (Newman 1972: 3), čija se misao razvila na osnovu kritike stavova koje je iskazala Džejn Džejkobs. Njumen je uspeo da identifikuje arhitektonska rešenja koja bi obeshrabrila vršenje krivičnih dela, a osnažila preventivnu društvenu kontrolu. Otuda je teorija branjenog prostora „model za rezidencijalnu okolinu koji sprečava zločin time što stvara fizički izgled društvene strukture koja brani samu sebe“ (Newman 1972: 3). Njumen je tvrdio da arhitektonski oblik može osloboditi latentni smisao za teritoriju i zajednicu među stanovnicima, tako da ove karakteristike postanu sastavni delovi onoga što stanovnici prisvajaju kao deo odgovornosti za očuvanje bezbednog okruženja i za dobrobit života u njemu. Njumen je identifikovao nekoliko sastavnih elemenata za dobar dizajn okoline kojim se ohrabruje

mreža društvene kontrole: teritorijalnost, stalno nadziranje, izgled i okolina. Suštinski, teritorijalnost zahteva fizički prostor koji razdvaja oblasti kontrole, dok stalno nadziranje zahteva oblik zgrada koji dozvoljava i omogućava lako osmatranje teritorijalnih oblasti.

Projekti masovnog stanovanja, iz perioda posle Drugog svetskog rata, istisnuli su važne procese socijalne kontrole. Na njihovom mestu došlo je do „bujanja“ „nebranjenog prostora“, što je uključilo: anonimne staze za prolaz pešaka, prolaze, hodnike u kojima su stepeništa od prizemlja do najvišeg sprata kuće, liftove, dugačke tamne prolaze, a sve to lako dostupno. Oni su time stvorili „zbunjujuće“ oblasti koje nikome ne pripadaju, o kojima niko ne vodi računa i koje niko ne nadzire (Newman 1972: 3). Ove teze su oštro kritikovane od strane kriminologa i drugih naučnika sociološki orijentisanih, koji su ga optužili za „determinizam okruženja“ i za suviše pojednostavljeno objašnjenje ljudskog ponašanja na osnovu teritorijalnog ponašanja kod životinja (Clarke, 1980: 136).

Treći pristup ovog teorijskog određenja proistekao je iz kriminološkog istraživanja o situacionoj prevenciji koje je izvršeno za račun i na zahtev britanske vlade sedamdesetih godina 20. veka. To bi bio jedan opšti pristup za umanjenje prilika za vršenje bilo kog oblika kriminaliteta, koji se javlja bilo gde, kao: otmice aviona, krađa socijalnih fondova, upućivanje uznemiravajućih telefonskih poziva, nasilje u kafićima, nasilje u porodici, kao i u slučajevima vršenja bilo kog oblika krvnih i seksualnih delikata, i koji su počinile osobe za koje se ne bi uobičajeno tvrdilo da su delinkventne (Clarke, 1980: 137).

Dinamičnost, zasnovana na riziku prestupništva, takođe je evidentna u nekim preventivnim programima na nivou zajednice. Pošto visok nivo kriminaliteta često koegzistira zajedno sa visokim nivoom viktimizacije, takvi programi mogu biti „rešeni“ tako što će se usmeriti na najvulnerabilnije društvene grupe, u smislu da se preveniranje kriminaliteta usmeri na „ponovljenu viktimizaciju“. To može dovesti do skretanja u pristrasnost, ali ne i do obaveznog eliminisanja stigmatizacije potencijala u takvim programima. Zajednice mogu razviti reputaciju koja se teško eliminiše, u krajnjem slučaju, kao mesta koja gube svoju privlačnost da se u njima živi.

Suprotno od pretpostavki vezanih za strogo komunitarni pristup ističe se da se „više zajedništva“ ne izjednačava na bilo koji jednostavni način sa „manje zločina“. Jedna lokalna zajednica i normativne vrednosti koje dele njeni članovi mogu biti krajnje kriminogeni. Čvrste socijalne

veze, mreže uzajamnih odnosa i međusobno poverenje čine samu suštinu organizovanog kriminaliteta, kulture bandi i zločina mržnje. Suprotno od toga, manjak jakih socijalnih veza i karika u jednoj zajednici ne dovodi neizbežno do nepoštovanja normi ponašanja. Oblasti sa niskom stopom kriminaliteta, u kojima se iskazuje visok nivo civilizovanog ponašanja, uopšte ne prikazuju uvek osobine bliskosti njenih stanovnika, povezanost, uzajamnu podršku.

Pretpostavke oko prirode zajednice i relacija između zajednice i učinilaca stvaraju dileme oko implementacije strategija prevencije, s jedne strane. Ali, s druge strane, ne postoji razlog koji bi opravdao da se dosadašnja iskustva u prevenciji kriminaliteta u gradovima ne primenjuju i u pametnom gradu, uz osmišljavanje načina povezivanja tehničkih dostignuća i načina življenja u pametnom gradu.

Prevencija kriminaliteta unutar pametnog grada obavezno je povezana s upotrebom najsavremenijih tehničkih dostignuća. Primer su razvijene zemlje sveta, ne samo Zapadne Evrope i američkog kontinenta, već i Azije. U Republici Koreji, koncept prevencije kriminaliteta u pametnim gradovima zaživeo je u nekoliko gradskih aglomeracija. U gradu Namjangdžu, s populacijom od oko 650.000 stanovnika, kontinuirano se sprovodi promovisanje projekta pametnog grada, počev od 2008. pa sve do 2020. godine, i to prvenstveno u oblasti smanjenja karbonskih isparenja u gradskom transportu, koji koristi preko 60% stanovnika. Uporedo s regulacijom saobraćaja, tako da se preko mobilnih telefona prate optimalna ukrštanja u rutama dolazaka i odlazaka autobusa, postavilo se i pitanje bezbednosti starijih građana koji koriste javni prevoz. Najnoviji uređaji moderne tehnologije, radi prevencije kriminaliteta, instalirani su na rutama kretanja javnog prevoza, i na autobuskim stajalištima, sa zvonima za hitno aktiviranje centara za prevenciju kriminaliteta. Ove sisteme prati odgovarajući način postavljanja ulične rasvete, kao i saobraćajna signalizacija, kako bi se što efikasnije koristili benefiti sadržaja koji prate ulice (Sang Keon Lee et al., 2016: 1).

4. Zaključak

U kriminološkoj literaturi se ističe kao paradoksalno to da se savremeni fokus na zajednice pojavio u istorijskom trenutku u kome se empirijski posmatra opadanje relevantnosti zajednica kao izvora snažne povezanosti njenih članova. U većem delu političke retorike, usmerene na prevenciju kriminaliteta u okviru zajednice, postoji često

iskazivanje 'skliznuća' između zajednice, čiji se smisao odavno izgubio i zajednice, kao tačke oko koje se izgrađuju moderne demokratske institucije. Ideali jedne zajednice – uzajamnost, intimnost i poverenje – kao da imaju nepodesnu konotaciju u današnjim shvatanjima individualnosti, slobode i mobilnosti. U skladu sa tim, inicijative koje treba da poteknu iz zajednice nekada teže da zadrže nerealna očekivanja o tome šta jedna zajednica može da učini na tome da smanji kriminalitet. U literaturi iz oblasti prevencije kriminaliteta čak se ističe opasnost od toga da zajednice postanu strana oko koje mogu da se pokrenu pojedinci i grupe da preuzmu veću odgovornost za svoju sopstvenu dobrobit i sigurnost. Ovo gubljenje odgovornosti od strane države ima svoje implikacije o tome gde cena obezbeđenja sigurnosti treba da se nalazi u istoj meri kao i krivica za neuspeh. Sa razvojem tržišta za obezbeđenje sigurnosti i sa rastućim finansiranjem dodatnih bezbednosnih patrola u zajednicama javlja se zabrinutost da neke zajednice moraju da budu još bolje u načinu na koji će nositi taj teret, dok u odnosu na druge može da se iskaže prekor zbog svoje nesposobnosti da preveniraju zločin.

Usmeravanje pažnje na to da zajednice budu te koje će snositi teret prevencije nosi u sebi jedno mnogo važnije pitanje: do koje mere su komplementarni aspekti zajednice i društva istog racionalnog opsega upravljanja ili diferenciranja i potencijalnog nivoa kompetentnosti upravljanja? Pravednost jedne zajednice ne znači i društvenu pravednost. Izvesna rešenja u okviru zajednice teže da budu partikularna i lokalna, sa malo obzira prema spoljnom i širem socijalnom okruženju. Dobro branjene lokalne zajednice mogu imati svrhu da dislociraju zločine u manje dobro branjene oblasti stanovanja. Ili, kako tvrde neki kriminolozi, „bezbednost jedne zajednice može biti na račun druge“. Zbog toga bi bilo poželjno da se sigurnost kao javno dobro ne transformiše u lokalno niti u ekskluzivno dobro. Stoga, sigurnost u zajednici je mnogo manje pogrešno upotrebljen naziv ukoliko se time nudi prostor za političku i etičku kolektivnu sigurnost, što sve zajedno predstavlja mnogo više od pojedinačne bezbednosne inicijative.

Literatura/References

Albino, V., Berardi, U., Dangelico, R.M. (2015). Smart Cities: Definitions, Dimensions, Performance, and Initiatives. *Journal of Urban Technology*. 1 (Vol. 22). 3–21. [Electronic version]. Retrieved 24, July 2018, from <http://dx.doi.org/10.1080/10630732.2014.942092>

Bottoms, E. (2007). Place, Space, Crime, and Disorder. U: Maguire, M., Morgan, R., Reiner, R. (ed. by). (2007). *The Oxford Handbook of Criminology* (p. 528–574). Oxford University Press.

Wilson E. (1992). *The Sphinx in the City: Urban Life, The Control of Disorder, and Women, Berkeley, Cal: University of California Press*. U: Maguire, M., Morgan, R., Reiner, R. (ed. by). (2007). *The Oxford Handbook of Criminology* (p. 528–574). Oxford University Press. *The Oxford Handbook of Criminology*. 528.

Wirth, L. (1938). Urbanism as a way of life. *American Journal of Sociology*. 1 (XLIV) 1–24. Retrieved 25, August, 2018 from <http://www.sjsu.edu/people/saul.cohn/courses/city/s0/27681191Wirth.pdf>

Gidens, E. (2005). *Sociologija*. Beograd: Ekonomski fakultet.

Dijk, J. M., Waard, J. (1991). A Two-Dimensional Typology of Crime Prevention Projects; With a Bibliography. *Criminal justice abstracts*. 483–503.

Retrieved 29, August 2018, from <https://pure.uvt.nl/portal/files/987925/TWO-DIME.PDF>

Dnevni list *Politika*. (1929). „Svake godine ubija se sve više ljudi u Beogradu“, subota 13. 4. 1929., br. 7526, godina XXVI.

Eggers, W.D., Guszczka, J., Green, M. (2017). Making cities smarter: How citizens' collective intelligence can guide better decision making. January, 23.

Retrieved 25, August, 2018 from <https://www2.deloitte.com/insights/us/en/deloitte-review/issue-20/people-for-smarter-cities-collective-intelligence-decision-making.htm>

Illich, I. (1980). *Selbstbegrenzung, Ronjohlt*. Reinbek bei Hamburg (88). U: Cifrić, I. (1989). *Socijalna ekologija*. Zagreb: Globus (104).

Jacobs, J. (1992). *The Death and Life of Great American Cities*. Vintage Book Edition. Retrieved 28, August, 2018

from <https://www.amazon.com/Death-Life-Great-American-Cities/dp/067974195X>

Jones, S. (2008). *Criminology*. Oxford: University Press.

Konstantinović-Vilić, S., Nikolić-Ristanović, V., Kostić, M. (2013). *Kriminologija*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu.

Konstantinović Vilić, S., Nikolić Ristanović, V., Kostić, M. (2009). *Kriminologija*. Niš: Pelikan print.

Kostić, M., Konstantinović-Vilić, S. (2008). Razlike u fenomenološkim obeležjima kriminaliteta na selu i kriminaliteta u gradu. Zbornik radova: *Selo u tranziciji*. XIV Međunarodni naučni skup: „Vlasinski susreti 2008“. Beograd-Vlasotince: Zavod za proučavanje sela, Srpsko udruženje za sociologiju sela i poljoprivrede, Balkanska asocijacija za sociologiju sela i poljoprivrede. 482–495.

Morris, T. (1971). *The criminal area*. London: Routledge&Kegan Paul, New York: Humanities Press.

Newman, O. (1972). *Defensible Space: People and Design in the Violent City*. London: Architectural Press. (875). U: Maguire, M., Morgan, R., Reiner, R. (ed. by). (2007). *The Oxford Handbook of Criminology* (p. 866-909). Oxford University Press. *The Oxford Handbook of Criminology*.

Petrović, B., Gorazd, M. (2008). *Kriminologija*, Sarajevo: Pravni fakultet. Putnam, R. (2007). Social Capital and Civic Community. *Robert Putnam, social capital and civic community*.

Retrieved 25, August, 2018 from

http://infed.org/mobi/robert-putnam-social-capital-and-civic-community/#_Social_capital

Reid, S.T. (2003). *Crime and Criminology*. New York: McGrawHill.

Smart Cities Citizen Innovation in Smart Cities Baseline Study. Retrieved 18, January, 2018 from

http://urbact.eu/sites/default/files/import/Projects/SMART_CITIES/documents_media/SmartCities_BaselineStudy_01.pdf

Sang Keon Lee, Heeseo Rain Kwon HeeAh Cho Jongbok Kim Donju Lee. (2016). *International Case Studies of Smart Cities*. Retrieved 15, September, 2018 from <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/7724/International-Case-Studies-of-Smart-Cities-Namyangju-Republic-of-Korea.pdf?sequence=1>

Smith, B.D. (1975). *A presentation of the urbanization and human ecology theories of Robert Ezra Park*. Atlanta University Center DigitalCommons@Robert W. Woodruff Library, Atlanta University Center. Retrieved 28, August, 2018 from

<http://digitalcommons.auctr.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3601&context=dissertations>

Calvino, I. (1972). *Invisible Cities*. U: Cozens, (2008). P. Crime prevention through environmental design in Western Australia: planning for sustainable urban futures. (273). *Int. J. Sus. Dev. Plann.* Vol. 3, No. 3. 272–292. Retrieved 29, August

2018, from <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.521.5510&rep=rep1&type=pdf>

Clarke, R. (1989). Theoretical background to crime prevention through environmental design (CPTED) and situational prevention.

Paper presented at the Designing Out Crime: Crime Prevention Through Environmental Design (CPTED) convened by the Australian Institute of Criminology and NRMA Insurance and held at the Hilton Hotel, Sydney, 16 June 1989. 1–7.

Retrieved 29, August 2018, from <https://pdfs.semanticscholar.org/fcf7/b40f588fdd5dfe4e089eb34864d9323d5344.pdf>

Clarke, R. (1980). "Situational" Crime prevention: Theory and Practice. *Brit. J. Criminol.* Vol. 20. No. 2.136–147.

Clinard, M. (1968). *Sociology of Deviant Behavior*. New York: Holt, Rintehart and Winston, Inc.

Crawford, A. Crime prevention and community safety. U: Maguire, M., Morgan, R., Reiner, R. (ed. by). (2007). *The Oxford Handbook of Criminolog* (p. 866-909). Oxford University Press.*The Oxford Handbook of Criminology*.

Cressey, D. (1964). *Delinquency, Crime and Differential Association*. The Hague: Martinus Nijhoff. U: Maguire, M., Morgan, R., Reiner, R. (ed. by). (2007). *The Oxford Handbook of Criminolog* (p. 528–574). Oxford University Press.*The Oxford Handbook of Criminology*.

Miomira Kostić, LL.D.,

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

THE EMERGENCE AND DEVELOPMENT OF SMART CITIES FROM THE PERSPECTIVE OF CRIMINOLOGICAL AND CRIME POLICY

Summary

The term “smart city” was first used in the 1990s within the framework of applying innovative technologies as part of modern urban infrastructure. Nowadays, the concept “smart city” pertains to the application of intelligent, interconnected and instrumentalized information-communication systems in the field of urban planning. European cities are insufficiently sustainable, inclusive or productive for the needs of modern times. Smart cities of the present and the future need to address serious social, economic and environmental issues related to social life and housing, infrastructure, organization of public transport, utility services, etc. The policy of developing “smart cities” should be aimed at precluding difficulties rather than finding ways to cope with the complexities of urban living. In Europe, the major challenges encountered in urban areas are: the aging of the European population, the integration of migrants, social exclusion, (un)sustainability of the natural environment, unemployment, delinquency, and underdeveloped local economy.

Human or social ecology describes diverse social relations among people who share the same habitat or local territory, whereby these relations are clearly correlated with the nature of the immediate environment. It is an interdisciplinary study of the social structure in relation to the local environment. In the late 1990s, sociologists introduced ecology into their studies on social development and evolution of human institutions. Thus, they contributed to incorporating this concept in the field of social sciences. In their studies on environmental criminology, the representatives of the Chicago school of criminology argued that the delinquency and crime rate of both juveniles and adults is closely correlated with idleness of adolescents and younger adults, child mortality, tuberculosis, mental disorders and other factors. Considering the fact that the development of “smart cities” does not exclude the occurrence of delinquency and crime, it is necessary to consider the concept of crime prevention which would be primarily aimed at precluding criminal behavior within the community and increasing public security.

Key words: smart city, delinquency, environmental criminology, Chicago school of criminology, delinquent territory, population.

NOVČANA KAZNA U SAVREMENOM KRIVIČNOM PRAVU

Apstrakt: U strukturi kriminaliteta od najstarijih vremena do danas, kako u našoj, tako i u drugim zemljama, preovladava imovinski kriminalitet. Upravo zato sva krivična zakonodavstva u sistemu krivičnih sankcija propisuju različite vrste imovinskih krivičnopravnih mera kao efikasan odgovor društva prema učiniocima imovinskih krivičnih dela. U imovinske krivičnopravne mere spadaju: 1) imovinske kazne: novčana kazna i konfiskacija imovine, 2) imovinska mera bezbednosti oduzimanja predmeta, 3) mera oduzimanja imovinske koristi koja je pribavljena krivičnim delom i 4) oduzimanje imovine proistekle iz krivičnog dela. Iako spada u najstarije vrste kazni, novčanu kaznu predviđaju sva savremena krivična zakonodavstva, kao i neki međunarodni dokumenti smatrajući je adekvatnom sankcijom prema učiniocima imovinskih krivičnih dela. Upravo o pojmu, obeležjima, koncepciji, sadržini, karakteristikama, vrstama, prirodi, izricanju i izvršenju novčane kazne govori ovaj rad.

Ključne reči: imovinski kriminalitet, imovinske mere, kazne, novčana kazna, zakon, odgovornost.

1. Uvodna razmatranja

U strukturi kriminaliteta u svim savremenim državama preovladava imovinski (ekonomski, finansijski) kriminalitet, kako po broju izvršenih krivičnih dela i njihovih učinilaca, tako i po prouzrokovanim posledicama, obimu i intenzitetu ispoljene težine i opasnosti, recidivu i drugim obeležjima. U suzbijanju kriminaliteta svih oblika i vidova ispoljavanja, pa i imovinskog kriminaliteta primenjuju se različite mere, sredstva i postupci od strane različitih društvenih (u prvom redu državnih) organa na svim društvenim nivoima. Sve te

*jovas@prafak.ni.ac.rs

različite mere se mogu podeliti na : a) preventivne i b) represivne (prinudne). Po svom značaju, prirodi, sadržini, karakteristikama i dejstvu među ovim merama se izdvajaju krivične sankcije.

One su po svom karakteru istovremeno i represivne i prinudne. Naime, one se sastoje u oduzimanju ili ograničavanju određenih sloboda i prava učiniocu krivičnog dela. Primenuju se protiv i mimo njegove volje na osnovu odluke suda u skladu sa uslovima, na način i po postupku koji je određen Krivičnim zakonikom. Svrha je krivičnih sankcija višestruko određena. U prvom redu, one imaju za cilj zaštitu društva (društvenih vrednosti) od svih oblika kriminaliteta ili, kako je to određeno u članu 4, stav 2 Krivičnog zakonika (KZ)¹ – suzbijanje dela kojima se povređuju ili ugrožavaju vrednosti zaštićene krivičnim zakonodavstvom. U okviru ovako određene svrhe, Krivični zakonik je posebno u članu 42 odredio svrhu kažnjavanja kao: 1) sprečavanje učinioca da čini krivična dela i uticanje na njega da ubuduće ne čini krivična dela, 2) uticanje na druge da ne čine krivična dela i 3) izražavanje društvene osude za krivično delo, jačanje morala i učvršćivanje obaveze poštovanja zakona (Čejović, 2002: 433–435).

Kada govorimo o suzbijanju i sprečavanju imovinskog kriminaliteta (koji u strukturi ukupnog kriminaliteta zauzima visoko mesto), moramo da ukažemo na neke njegove osnovne karakteristike od kojih zavisi efikasna i kvalitetna borba protiv u činilaca ovih dela. Kao objekt zaštite kod imovinskih krivičnih dela javlja se imovina drugog (fizičkog ili pravnog) lica ili pravo na imovinu. Ta imovina se može javiti u obliku pokretne i nepokretne imovine, ali i kao imovinska prava i imovinski interesi. Radnja izvršenja se najčešće kod ovih dela javlja kao činjenje (pozitivna, aktivna delatnost) u vidu oduzimanja, prisvajanja, pribavljanja. Ona se preduzima u nameri da se sebi ili drugom pribavi protivpravna imovinska korist ili da se drugome nanese kakva šteta (Jovašević, 2018: 113–134).

Za pojedina imovinska krivična dela Krivični zakonik određuje i poseban psihički elemenat ispoljen u vidu pobude koristoljublja. Koristoljublje predstavlja (Zlatarić, Damaška, 1966: 138) pobudu koja se sastoji u bezobzirnom, egoističkom stremljenju da se postigne imovinska korist po svaku cenu. Ona se tako javlja kao posebno subjektivno, psihičko obeležje u obliku namere (u smislu svesne i voljne upravljenosti radnje

1 „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj: 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 i 94/16.

na ostvarenje cilja čija predstava deluje kao unutrašnji pokretač svake ljudske delatnosti).

I konačno, kao rezultat preduzete radnje izvršenja kod imovinskih krivičnih dela javlja se, s jedne strane, prouzrokovanje štete po imovinu, imovinska prava ili interese pasivnog subjekta (fizičkog ili pravnog lica), odnosno, s druge strane, isto toliki ili veći iznos pribavljene protivpravne imovinske koristi na strani izvršioca dela ili drugog lica (Jovašević, 2018: 118–122).

Propisivanje, izricanje i izvršenje svih krivičnih sankcija ima za prioritetni cilj zaštitu društvenih dobara i vrednosti od svih oblika povređivanja i ugrožavanja. U ostvarenju toga zadatka nadležni organi krivičnog pravosuđa (Stojanović, 1991: 79–81) primenjuju odgovarajuće vrste i mere krivičnih sankcija. U borbi protiv imovinskog kriminaliteta ta se društvena aktivnost svodi, u prvom redu, na primenu specifičnih krivičnopravnih mera i sredstava koji treba da odgovore zahtevima i potrebama kriminalne politike (ili antikriminalne politike) savremene države (društva), odnosno da budu adekvatan, efikasan i zakonit odgovor na sve specifičnosti koje ova vrsta kriminaliteta nosi sa sobom (Jovašević, Kostić, 2012: 69–71).

U sistemu krivičnopravnih mera reagovanja društva na oblike i vidove ispoljavanja imovinskog kriminaliteta po svom značaju, sadržini, karakteru, dejstvu i prirodi naročito se izdvajaju krivične sankcije: a) novčana kazna i b) mera bezbednosti oduzimanja predmeta koji su upotrebljeni ili namenjeni za izvršenje krivičnog dela, odnosno koji su nastali izvršenjem krivičnog dela i v) dve posebne krivičnopravne mere sui generis: a) oduzimanje imovinske koristi koja je pribavljena krivičnim delom i b) oduzimanje imovine proistekle iz krivičnog dela (Turković et al., 2013: 60–65).

2. Novčana kazna u krivičnom pravu Republike Srbije

2.1. Pojam, vrste i karakteristike novčane kazne

Novčana kazna (Horvatić, 2003: 168–174) predstavlja imovinsku kaznu koja se istorijski posmatrano pojavila veoma rano i to u vezi sa sistemom kompozicije prema kome je izvršilac zabranjenog, protivpravnog dela plaćao određenu sumu novca oštećenom ili njegovoj porodici kao „naknadu za učinjeno zlodelo“ čime se praktično izbegavala primena krvne osvete. Danas novčana kazna predstavlja samostalnu krivičnu

sankciju imovinskog karaktera (Grozđanić, Škorić, Martinović, 2013: 178–181), koja se sastoji u obavezi plaćanja osuđenog lica određenog novčanog iznosa u korist države u određenom roku.

Ona predstavlja najčešće izricanu krivičnu sankciju u Republici Srbiji. Slična je situacija i u drugim zemljama (Đorđević, Đorđević, 2016: 86–89). Ova je kazna posebno pogodna za lakša krivična dela (bagatelni kriminalitet), ali se njena primena praktikuje i na području „srednjeg“ kriminaliteta (Stojanović, 2000: 265). Izriče se najčešće nehatnim, primarnim i situacionim delinkventima, pa je u nekim zemljama njena primena toliko raširena da je na podru čju lakšeg i srednjeg kriminaliteta u potpunosti istisnula kratku kaznu lišenja slobode. Osim u krivičnom zakonodavstvu novčana kazna predstavlja i izuzetno značajnu sankciju koja se izriče i učinocima drugih vrsta javnopravnih delikata kao što su: a) privredni prestupi i b) prekršaji, i to bez obzira da li se kao učinilac ovih dela javlja fizičko lice, pravno lice, odgovorno lice u pravnom licu, ili preduzetnik. Kao krivična sankcija ona se može izreći učiniocu skrivljenog krivičnog dela i to kao glavna i kao sporedna kazna. Šta više, ona se može i kumulativno izreći uz kaznu lišenja slobode, naravno, pod uslovima predviđenim u Krivičnom zakoniku.

Novčana kazna je imovinska kazna kojom se za izvršioca krivičnog dela utvrđuje obaveza da u određenom roku uplati presudom određeni novčani iznos u korist države pod pretnjom da u slučaju neispunjenja te obaveze ova kazna može biti zamenjena kaznom zatvora ili kaznom rada u javnom interesu (Mrvić Petrović, 2005: 149–150). Izricanjem novčane kazne između u činioca krivičnog dela i društva-države stvara se obligacioni odnos u kome se država pojavljuje kao poverilac, a učinilac dela kao dužnik. Novčana kazna se može izreći kao glavna i kao sporedna kazna – član 44, stav 2 KZ (Lazarević, Vučković, Vučković, 2004: 110–111). Kao glavna kazna ona se može izreći kada je u krivičnom zakon(ik)u određena alternativno sa kaznom zatvora. Za krivična dela koja su učinjena iz koristoljublja, novčana kazna kao sporedna kazna se može izreći i kada nije izričito propisana zakonom, ili kada je zakonom propisano da će se učinilac kazniti zatvorom ili novčanom kaznom, a sud kao glavnu kaznu izrekne kaznu zatvora (član 48 KZ). Krivični zakonik predviđa dva oblika (forme) novčane kazne: a) novčanu kaznu u dnevnim iznosima i b) novčanu kaznu u određenom (fiksnom) iznosu.

Lice kome je izrečena novčana kazna podleže zakonskoj rehabilitaciji (član 98 KZ), pa mu se pod uslovima: a) da pre ove osude nije bilo osuđivano

(ili se smatra neosuđivanim) i b) da u roku od tri godine od dana izvršene, zastarele ili oproštene kazne ne učini novo krivično delo daje zakonska rehabilitacija. Na novčanu kaznu se primenjuje i institut zastarelosti njenog izvršenja (kao opšti osnov gašenja prava države na primenu kazne). Tako se ova kazna ne može više izvršiti prema članu 105 KZ ako je protekao rok od dve godine od pravnosnažnosti presude kojom se kazna izrečena. Druga dva osnova gašenja prava države na kažnjavanje – amnestija (član 109 KZ), odnosno pomilovanje (član 110 KZ) takođe mogu da obu hvate za određena lica potpuno ili delimično oslobođenje od izvršenja izrečene svake kazne (pa i novčane kazne), odnosno zamenu izrečene kazne blažom kaznom. I konačno, prema licu kome je izrečena novčana kazna (član 94 KZ) ne mogu da nastupe nikakve zakonom predviđene pravne posledice osude (Babić, Marković, 2008: 394–397).

2.2. Izricanje i izvršenje novčane kazne

Prilikom odmeravanja novčane kazne (Novoselec, 2004: 362–370) sud je dužan da uzme u obzir sve olakšavajuće i otežavajuće okolnosti koje su vezane za krivično delo i ličnost učinioca krivičnog dela (predviđene u članu 54 KZ), ali i okolnosti vezane za njegovo imovinsko stanje. Naime, sud treba da proceni ukupnu imovinsku snagu učinioca krivičnog dela – njegovu imovinu, imovinske prihode, ali i imovinske rashode – obaveze. No, domaća je praksa zabeležila i slučajeve kumulativnog izricanja novčane kazne uz uslovnu osudu (kao posebnu vrstu admonitivnih krivičnih sankcija). Kada se optuženom izrekne uslovna osuda kojom se utvrđuje kazna zatvora, a ujedno izrekne i novčana kazna kao sporedna kazna, ne može se uz uslovnu osudu postaviti uslov da osuđeni plati sporednu kaznu².

Kod izricanja novčane kazne treba ukazati i na odredbu člana 63 KZ. Naime, prema ovom zakonskom rešenju u novčanu kaznu se obavezno uračunava i vreme koje je učinilac krivičnog dela proveo u pritvoru, kao i svako drugo lišenje slobode u vezi sa krivičnim delom. Ovakvo rešenje se opravdava razlozima pravičnosti. Na isti način se u izrečenu novčanu kaznu uračunava i zatvor ili novčana kazna koju je osuđeni izdržao, odnosno platio za izvršeni privredni prestup, prekršaj ili disciplinski prestup pod uslovom da krivično delo za koje je ova imovinska kazna izrečena obuhvata svojim obeležjima i obeležja privrednog prestupa i prekršaja, odnosno disciplinskog prestupa. Pri ovakvom uračunavanju

2 Presuda Vrhovnog suda Srbije K ž. 1258/82 od 19. 4. 1983. godine.

izjednačava se dan pritvora, dan lišenja slobode, dan zatvora i 1.000 dinara novčane kazne.

U vezi sa uračunavanjem novčane kazne koja je izrečena za privredni prestup ili prekršaj u novčanu kaznu koja je učiniocu krivičnog dela izrečena pod uslovom postojanja objektivnog i subjektivnog identiteta treba ukazati i na odgovarajuća rešenja prisutna u našoj sudskoj praksi. Ako je okrivljenom za radnje koje sadrže obeležja krivičnog dela i prekršaja izrečena za krivično delo kazna zatvora i novčana kazna, a za prekršaj novčana kazna, onda mu treba izrečenu novčanu kaznu za prekršaj uračunati u izrečenu novčanu kaznu za krivično delo bez obzira što mu je ta kazna izrečena kao sporedna. Međutim, ako je ta kazna veća od novčane kazne izrečene za krivično delo, i tada odgovarajući deo kazne treba uračunati u novčanu kaznu, a ostatak u kaznu zatvora. Kada sud učinioca oglasi krivim i izrekne mu novčanu kaznu za učinjeno krivično delo, a u tu kaznu mu ne uračuna novčanu kaznu za učinjeni prekršaj čija su obeležja obuhvaćena radnjom izvršenja za koju je oglašen krivim i osuđen na novčanu kaznu, to ne predstavlja bitnu povredu krivičnog zakona jer se može doneti posebno rešenje o uračunavanju kazne³.

Na ovom mestu ćemo ukazati i na specifičnu situaciju koja nastaje prilikom odmeravanja kazne za krivična dela izvršena u sticaju. Naime, u ovakvoj situaciji može se desiti da sud istovremeno kumulativno izrekne i kaznu zatvora (kao redovnu vrstu kazne) i novčanu kaznu. U slučaju da osuđeni nije u mogućnosti da dobrovoljno plati odmereni iznos novčane kazne u celosti ili delimično, a nije moguće prinudno izvršenje iste, sud može i u ovom slučaju da nenaplaćeni deo novčane kazne zameni kaznom zatvora. To znači da u ovom slučaju osuđeni istovremeno treba da izdrži dve kazne zatvora koje se nastavljaju jedna na drugu, ali koje su po svojoj prirodi i karakteristikama ipak različite (Čejović, 1985: 273–274).

Kada sud dođe do uverenja da je učiniocu krivičnog dela koji je kriv za učinjeno delo opravdano i pravično izreći novčanu kaznu, on je u presudi odmerava na jedan od dva zakonom predviđena načina: a) u dnevnom iznosu ili b) u tačno određenom (fiksnom) iznosu (Selinšek, 2007: 264–268). Pri tome je sud dužan da odredi i rok (vreme) njenog plaćanja. Ovaj rok ne može da bude kraći od 15 dana ni duži od tri meseca. Ovaj rok plaćanja sud će odrediti prema konkretnim okolnostima slučaja, a prvenstveno u skladu sa imovinskim mogućnostima osuđenog lica. Imajući u vidu ove okolnosti sud može u opravdanim slučajevima dozvoliti i obročnu otplatu novčane kazne (plaćanje u ratama), s tim što je tada dužan da odredi broj rata,

3 Presuda Vrhovnog suda Srbije K ž. 53/96 od 19. 12. 1996. godine.

visinu pojedinih rata i vreme isplate koje ne može da bude duže od jedne godine (član 51 KZ). Svi rokovi koje sud odredi za plaćanje izrečene novčane kazne računaju se od dana pravnosnažnosti prvostepene presude ako žalba nije izjavljena, odnosno od dana dostavljanja pravnosnažne presude žalbenog suda osuđenom (grupa autora, 1995: 200–201).

Ako osuđeno lice ne plati novčanu kaznu u određenom roku, sud će je zameniti kaznom zatvora (supletorni zatvor) ili kaznom rada u javnom interesu. U prvom slučaju će sud za svakih započelih 1.000 dinara odrediti jedan dan zatvora, a tim da ovako izrečena kazna zatvora ne može da bude duža od šest meseci. Od ovog ograničenja zakon predviđa izuzetak u slučaju da je izrečena novčana kazna u iznosu većem od 700.000 dinara, kada zamenjena kazna zatvora ne može da bude duža od jedne godine. Više zakon ne predviđa mogućnost prinudne naplate novčane kazne (Pavišić, Grozdanić, Veić, 2007: 212–217), već se ona automatski zamenjuje kaznom zatvora ili kaznom rada u javnom interesu. Ukoliko osuđeno lice plati deo novčane kazne, tada sud ostatak kazne srazmerno zamenjuje kaznom zatvora a, ako pak osuđeni isplati ostatak novčane kazne, izvršenje kazne zatvora se obustavlja. No, isto tako je zakon predvideo mogućnost da se neplaćena novčana kazna (Simić, Trešnjev, 2010: 51–52) može umesto kaznom zatvora zameniti i kaznom rada u javnom interesu i to tako što će za svakih započelih 1.000 dinara novčane kazne odrediti osam časova rada u javnom interesu, s tim da ovako određeni rad ne može biti duži od trista šezdeset časova. Posle smrti osuđenog lica, novčana kazna se ne izvršava.

Kada se istovremeno naplaćuju troškovi krivičnog postupka i novčana kazna, onda naplata troškova ima prvenstvo. U slučaju da se zbog izvršene novčane kazne imovina osuđenog smanji u tolikom obimu da se ne može ostvariti imovinskopравни zahtev oštećenog (odštetni zahtev), taj se zahtev onda naplaćuje iz novčane kazne, ali najviše do visine kazne. Na ovom mestu treba ukazati i na činjenicu da se shodno odredbama Zakona o izvršenju krivičnih sankcija (čl.187–193)⁴ na identičan način izvršava i novčana kazna koja je izrečena za privredni prestup i prekršaj: pravnom licu, preduzetniku, odgovornom licu u pravnom licu ili fizičkom licu. Na taj način je materija izvršenja krivičnih sankcija u našoj zemlji uređena na jedinstveni način, po jedinstvenim načelima i postupku koji u potpunosti garantuje zakonitost, jednakost svih pred zakonom i pravičnost.

4 „Службени гласник Републике Србије“, број: 55/14.

Pored Krivičnog zakonika, u Republici Srbiji mogućnost primene novčane kazne za učinjeno krivično delo predviđa i Zakon o odgovornosti pravnih lica za krivična dela⁵. Naime, pravnom licu kao u činiocu krivičnog dela se može izreći novčana kazna u rasponu od 100.000 do 500.000.000 dinara (član 14). Pri odmeravanju iznosa novčane kazne u svakom konkretnom slučaju sud uzima u obzir sledeće okolnosti: a) granice zakonom propisane kazne za učinjeno krivično delo, b) svrhu kažnjavanja i v) olakšavajuće i otežavajuće okolnosti: stepen odgovornosti pravnog lica za učinjeno delo, veličinu pravnog lica, položaj i broj odgovornih lica u pravnom licu koja su učinila krivično delo, mere koje je pravno lice preduzelo u cilju sprečavanja i otkrivanja krivičnog dela i mere koje je pravno lice preduzelo nakon u činjenog krivičnog dela prema odgovornom licu (član 15).

2.3. Novčana kazna u dnevnim iznosima

Novčana kazna u dnevnim iznosima⁶ – nem. Tagesbusse ili eng. Day-fine ili penal sum in daily amounts (član 49 KZ) prvi je oblik (forma) novčane kazne. Ovu kaznu poznaju mnoga inostrana krivična zakonodavstva, iako sudska praksa na nju gleda sa izvesnom dozom podozrenja⁷. Na ovaj način se novčana kazna odmerava u dve faze: a) prvo se utvrđuje broj dnevnih iznosa i b) zatim se utvrđuje visina jednog dnevnog iznosa u novcu. Do iznosa novčane

5 „Službeni glasnik Republike Srbije“, broj: 97/08.

6 Još u pripremi, a naročito posle donošenja Krivičnog zakonika, u pravnoj teoriji su zastupana gledišta da nema razloga za „brzopleto preslikavanje“ sistema koji se već decenijama primenjuje u skandinavskim zemljama gde je precizno razrađen sistem u tvrđivanja imovnog stanja u činioca krivičnog dela. Smatra se, naime, da za ovu vrstu novčane kazne još uvek ne postoje uslovi u našoj zemlji, niti je neophodno na brzinu uvoditi ovaj oblik novčane kazne, a posebno ne kao osnovni, redovni način njenog izricanja. Stoga se predlaže, ako je već zakonodavac usvojio ovakvo rešenje, da je trebalo odložiti njegovu primenu za određeno vreme (što inače nije nepoznato našem zakonodavcu) kako bi se ispitali i obezbedili neophodni uslovi da ono „ne ostane mrtvo slovo na papiru“.

7 Brojni su u inostrani autori koji ističu da sudska praksa nije prihvatila u potpunosti primenu novčane kazne u dnevnim iznosima iz sledećih razloga: 1) ova je kazna uvedena u vreme kada je u mnogim zemljama došlo do velikih društvenih promena koje nisu mimošle ni pravosudni sistem gde je veliki broj sudija napustio pravosude, a to nije pogodovalo primeni novina u krivičnom postupku, 2) broj nezaposlenih se stalno povećava, 3) među u činiocima krivičnih dela prevladavaju lica iz nižih socijalnih slojeva što svakako sa nezaposlenošću u velikom obimu i promenjenom socijalnom statusu ne pogoduje ovoj vrsti novčane kazne, 4) problemi tehničke prirode otežavaju njeno izračunavanje i 5) neinformisanost sudija u pogledu sadržine i dejstva ove kazne utiču na nedovoljnu primenu ove novčane kazne.

kazne sud dolazi množenjem utvrđenog broja dnevnih iznosa sa vrednošću jednog dnevnog iznosa u novcu. Broj dnevnih iznosa se kreće od deset do trista šezdeset, pri čemu sud određuje broj dnevnih iznosa imajući u vidu olakšavajuće i otežavajuće okolnosti izvršenog krivičnog dela (objektivne okolnosti) i karakteristike ličnosti njegovog učinioca (subjektivne okolnosti), imajući u vidu svrhu kažnjavanja (određenu u članu 42 KZ). U drugoj fazi visina jednog dnevnog iznosa novčane kazne se utvrđuje tako što se razlika između prihoda i nužnih rashoda učinioca krivičnog dela u protekloj kalendarskoj godini podeli sa brojem dana u godini. Jedan dnevni iznos novčane kazne ne može biti manji od 500 dinara, niti veći od 50.000 dinara.

U cilju utvrđivanja visine dnevnog iznosa novčane kazne sud može da zahteva podatke od banaka ili drugih finansijskih ustanova, državnih organa i pravnih lica koji su dužni da dostave tražene podatke, pri čemu se ne mogu pozivati na zaštitu poslovne ili druge tajne. Ukoliko se ne mogu na ovaj način pribaviti traženi verodostojni podaci o prihodima i rashodima učinioca krivičnog dela ili ukoliko on ne ostvaruje nikakav prihod, ali je vlasnik imovine ili je nosilac imovinskih prava, sud će na osnovu raspoloživih podataka po slobodnoj proceni utvrditi visinu jednog dnevnog iznosa novčane kazne. Kombinacijom ove dve faze se individualizira konačan iznos novčane kazne koji se izriče u donetoj presudi.

Pri tome je Krivični zakonik postavio pravila (ograničenja) za utvrđivanje visne dnevnih iznosa novčane kazne u okviru sledećih raspona: 1) do šezdeset dnevnih iznosa za krivična dela za koja se može izreći kazna zatvora do tri meseca, 2) od trideset do sto dvadeset dnevnih iznosa za krivična dela za koja se može izreći kazna zatvora do šest meseci, 3) od šezdeset do osamdeset dnevnih iznosa za krivična dela za koja se može izreći kazna zatvora do jedne godine, 4) od sto dvadeset do dvesta četrdeset dnevnih iznosa za krivična dela za koja se može izreći kazna zatvora do dve godine, 5) najmanje sto osamdeset dnevnih iznosa za krivična dela za koja se može izreći kazna zatvora do tri godine i 6) u okviru propisanog broja dnevnih iznosa za krivična dela za koja je kao jedina kazna propisana novčana kazna.

Novčanu kaznu u dnevnom iznosima predviđa i novo krivično zakonodavstvo svih zemalja bivše SFR Jugoslavije: Bosna i Hercegovina (član 46 KZ BiH)⁸ od pet do 360 dnevnih iznosa, pri čemu se visina dnevnog

8 „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“, broj : 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10, 47/14, 22/15 , 40/15 i 35/18.

iznosa kreće od 1/60 do 1/3 zadnje zvanično objavljene prosečne mesečne neto plate zaposlenih u BiH; Crna Gora (član 40 KZ)⁹ od deset do 360 dana novčane kazne, pri čemu visina jednog dana novčane kazne može da iznosi od deset do 1.000 evra; Makedonija (član 38 KZ)¹⁰ od pet do 360 dnevnih iznosa, pri čemu vrednost jednog dnevnog iznosa može da se kreće od jednog do 5.000 evra u denarskoj protivvrednosti; Slovenija (član 47)¹¹ od 30 do 360 dnevnih iznosa, odnosno do 500 dnevnih iznosa za krivična dela iz koristoljublja, pri čemu visina jednog dnevnog iznosa može da iznosi najmanje 1/30 poslednje zvanično objavljene prosečne mesečne neto plate zaposlenih lica u Republici i Hrvatska (član 42 KZ)¹² od 30 do 360 dnevnih iznosa, odnosno do 500 dnevnih iznosa za krivična dela iz koristoljublja, pri čemu visina jednog dnevnog iznosa može da se kreće od 20 do 10.000 kuna.

2.4. Novčana kazna u određenom iznosu

Novčana kazna u određenom iznosu – eng. penal sum in the determined amount ili ital. pena pecuniaria fissa (član 50 KZ) drugi je oblik, forma novčane kazne koji sud može izreći u dva slučaja: a) ako nije moguće utvrditi visinu dnevnog iznosa novčane kazne ni na osnovu slobodne procene suda i b) ako bi pribavljanje podataka o prihodima i nužnim rashodima učinio krivičnog dela znatno produžilo trajanje krivičnog postupka¹³. U ovom slučaju se novčana kazna izriče u određenom (fiksnom) iznosu u okviru najmanje i najveće mere propisane novčane kazne, odnosno u rasponu od 10.000 do 1.000.000 dinara. Od ovog opšteg maksimuma novčane kazne postoji izuzetak – kada zakon predviđa opšti maksimum do 10.000.000 dinara ako se radi o izvršenju krivičnog dela iz koristoljublja.

Kod izricanja novčane kazne u određenom iznosu Krivični zakonik je postavio određena ograničenja do sledećih iznosa: 1) do 100.000 dinara za krivična dela za koja se može izreći kazna zatvora do tri meseca, 2) od 20.000 do 200.000 dinara za krivična dela za koja se može izreći kazna zatvora do šest meseci, 3) od 30.000 do 300.000 dinara za krivična

9 „Službeni list Crne Gore“, broj : 70/03, 47/06, 40/08, 25/10, 32/11, 40/13, 14/15, 42/15, 58/15, 44/17 i 49/18.

10 “Služben vesnik na Republika Makedonija”, broj : 37/96, 80/99, 4/02, 43/03, 19/04, 81/05, 60/06, 7/08, 114/09, 51/11, 135/11, 185/11, 142/12, 166/12, 55/13, 82/13, 14/14, 27/14, 28/14, 41/14, 115/14 i 132/14.

11 „Uradni list Republike Slovenije“, broj: 55/08, 66/08, 39/09, 91/11, 50/12, 54/15, 6/16 i 38/16.

12 „Narodne novine Republike Hrvatske“, broj : 125/11, 144/12, 56/15, 61/15 i 101/17.

13 Presuda Vrhovnog suda Srbije, K.ž. 861/2006 od 25. 5. 2006. godine.

dela za koja se može izreći kazna zatvora do jedne godine, 4) od 50.000 do 500.000 dinara za krivična dela za koja se može izreći kazna zatvora do dve godine, 5) najmanje 100.000 dinara za krivična dela za koja se može izreći kazna zatvora do tri godine i 6) u okviru propisanog iznosa za krivično delo za koje je kao jedina kazna propisana novčana kazna.

Novčanu kaznu u određenom iznosu predviđa i krivično zakonodavstvo pojedinih zemalja bivše SFR Jugoslavije: Bosna i Hercegovina (član 46, stav 3 KZ) u rasponu od 500 do 100.000 KM, odnosno do 1.000.000 KM za krivično delo koje je učinjeno iz koristoljublja; Crna Gora (član 39 KZ) u rasponu od 200 do 20.000 evra, odnosno do 100.000 evra za krivična dela učinjena iz koristoljublja; dok Makedonija, Slovenija i Hrvatska više ne predviđaju ovaj oblik novčane kazne.

3. Novčana kazna za privredne prestupe u Republici Srbiji

Pored krivičnih dela, u Republici postoje još dve vrste kaznenih dela. To su: a) privredni prestupi i b) prekršaji. Stoga je potrebno da ukažemo i na karakteristike novčane kazne koja se primenjuje prema učiniocima ovih delikata.

Prema Zakonu o privrednim prestupima (ZPP),¹⁴ privredni prestup (Jovašević, 2001: 34–36) kao vrsta kaznenog delikta u smislu člana 2 predstavlja društveno štetnu povredu propisa o privrednom ili finansijskom poslovanju koja je prouzrokovala ili je mogla prouzrokovati teže posledice i koja je propisom nadležnog organa određena kao privredni prestup. Učiniocima ovih delikata se izriču privrednoprestupne ili privrednokaznene sankcije (Bukljaš, 1960: 189–194). To su zakonom određene mere društvenog reagovanja protiv pravnog lica i njegovog odgovornog lica kao u činioca privrednog prestupa koje primenjuju državni organi u cilju zaštite privrednog i finansijskog poslovanja države.

Zakon o privrednim prestupima predviđa više vrsta sankcija (Jovašević, 2000: 78–82) koje se mogu izreći učiniocima privrednih prestupa. To su (Vrhovšek, 1982: 178–183): a) novčana kazna (čl. 17–19), b) uslovna osuda (član 27) i v) zaštitne mere (čl. 28–35).

Zakon o privrednim prestupima poznaje samo jednu vrstu kazne (Novaković, 1976: 98–103). To je novčana kazna (član 17). Novčana kazna je imovinska kazna predviđena za sve u činioce privrednih prestupa. Sastoji se u obavezi kažnjenog lica da u određenom roku uplati u presudi određeni

14 „Službeni list SFRJ“, broj: 4/77, 36/77, 14/85, 74/87, 57/89 i 3/90.

novčani iznos u korist države. Novčana kazna se može propisati na dva načina. To su: a) u fiksnom (određenom) iznosu i b) u proporcionalnom odnosu.

Zakonom ili uredbom vlade se prema članu 18 Zakona o privrednim prestupima može propisati novčana kazna za pravno lice u iznosu od 10.000 do 3.000.000 dinara. Za odgovorno lice u pravnom licu novčana kazna se pak može propisati u rasponu od 2.000 do 200.000 dinara. No, visina novčane kazne za pravno lice kao učinioca privrednog prestupa se može propisati i u srazmeri (proporcionalno) sa visinom pričinjene štete, neizvršene obaveze ili vrednosti robe ili druge stvari koja je predmet privrednog prestupa s tim da ovako određena novčana kazna ne može da pređe iznos od dvadesetostrukog iznosa visine pričinjene štete, neizvršene obaveze ili vrednosti robe ili druge stvari.

Prilikom odmeravanja iznosa novčane kazne pravnom licu kao učiniocu privrednog prestupa sud je dužan da uzme u obzir sledeće okolnosti (član 20): 1) granice propisane kazne za učinjeni ili pokušani privredni prestup u propisu i 2) olakšavajuće i otežavajuće okolnosti koje uključuju, ali se ne ograničavaju samo na: a) težinu učinjenog privrednog prestupa, b) posledice koje su nastupile ili su mogle da nastupe, v) okolnosti pod kojima je privredni prestup učinjen i g) ekonomsku snagu pravnog lica. Kada se radi o odmeravanju novčane kazne odgovornom licu u pravnom licu tada je zakon uputio na primenu odredaba o odmeravanju kazne fizičkom licu kao učiniocu krivičnog dela, pa je sud dužan da uzme u obzir: a) granice zakonom propisane kazne za konkretno krivično delo, b) olakšavajuće i otežavajuće okolnosti i v) svrhu primene kazne.

4. Novčana kazna za prekršaje u Republici Srbiji

Prema Zakonu o prekršajima (ZOP)¹⁵ (član 2) prekršaj je protivpravno delo koje je zakonom ili drugim propisom nadležnog organa određeno kao prekršaj i za koje je propisana prekršajna sankcija. Prekršajne sankcije su zakonom određene mere društvenog reagovanja protiv u činioca prekršaja koje primenjuju državni organi u cilju zaštite društva, odnosno njegovih dobara i vrednosti (Jovanović, Jelačić, 1997: 117-121). Ove sankcije imaju svrhu određenu članom 5 ZOP, a to je da građani poštuju pravni sistem i da se ubuduće ne čine prekršaji. Domaće prekršajno pravo predviđa više vrsta prekršajnih sankcija (Jovašević, Miladinović, 2018: 89–90): a) kazne, b) kazneni poeni, v) opomena, g) zaštitne mere i d) vaspitne mere. Među ovim sankcijama

15 „Службени гласник Републике Србије“, број: 65/13, 13/16 и 98/16.

se po značaju, prirodi i sadržini izdvajaju kazne, a među njima novčana kazna. Novčana kazna se može propisati na dva načina i to u: a) fiksnom (određenom) iznosu i b) srazmeri, odnosno u procentu sa prouzrokovanom posledicom prekršaja.

Zakonom ili uredbom se može propisati novčana kazna u sledećim rasponima (član 39 ZOP): 1) od 5.000 do 150.000 dinara za fizičko lice ili odgovorno lice u pravnom licu, 2) od 50.000 do 2.000.000 dinara za pravno lice i 3) od 10.000 do 500.000 dinara za preduzetnika (Jovanović, Jelačić, 1997: 212–214). Odlukama skupštine autonomne pokrajine, skupštine opštine, skupštine grada Beograda, odnosno skupštine grada mogu se propisati novčane kazne od minimalnog iznosa do polovine najvišeg iznosa propisanog raspona novčane kazne. Izuzetno se novčana kazna može propisati u fiksnom iznosu za fizičko lice i odgovorno lice od 1.000 do 10.000 dinara, za preduzetnika od 5.000 do 50.000 dinara, a za pravno lice u iznosu od 10.000 do 100.000 dinara. Ovako izrečena novčana kazna se plaća u roku od 15 dana.

Izuzetno od navedenih raspona, zakon je predvideo viši iznos opšteg maksimuma novčane kazne za prekršaje u oblasti javnih prihoda, javnog informisanja, carinskog, spoljnotrgovinskog i deviznog poslovanja, životne sredine, prometa roba i usluga i prometa hartijama od vrednosti u srazmeri sa visinom pričinjene štete ili neizvršene obaveze, vrednosti robe ili druge stvari koja je predmet prekršaja, ali do dvadesetostrukog iznosa tih vrednosti s tim da ne pređe petostruki iznos najvećih novčanih kazni koje se mogu izreći prema zakonu.

5. Novčana kazna u uporednom zakonodavstvu

U savremenom krivičnom zakonodavstvu u primeni su različiti sistemi za propisivanje i odmeravanje novčane kazne učiniocu krivičnog dela.

5.1. Pravo baltičkih država

Specifična rešenja u pogledu određivanja novčane kazne sadrže nova zakonodavstva baltičkih država : Estonije, Letonije (Latvije) i Litvanije.

Krivični zakonik Estonije¹⁶ iz 1992. godine sa novelama do 2001. godine (Zapevalov, Mancev, 2001: 7–10) u članu 28 predviđa novčanu kaznu kao glavnu ili sporednu kaznu i to novčanu kaznu u dnevnim iznosima. Ona se

¹⁶ Karistusseadustik (Luhend Kar S) RT I 2001, 61, 364, (dated 6. June 2001)..... RT I 2017, 30, 3 (dated 13. Decembre 2017).

može izreći u rasponu od 30 do 500 dnevnih iznosa. Zakonom je određeno da se visina jednog dnevnog iznosa novčane kazne u novcu određuje u srazmeri sa prosečnim dnevnim prihodom osuđenog lica, pri čemu taj iznos ne može da bude niži od 50 kronosa (novčana jedinica u Estoniji). Prosečan dnevni prihod osuđenog lica se izračunava na osnovu prihoda koje je on ostvarivao u godini pre otpočinjanja krivičnog postupka a, ako su ti podaci nepoznati ili ih nije moguće utvrditi na drugi relevantan način, kao osnova za ovo izračunavanje se uzimaju podaci za osuđeno lice iz prethodne kalendarske godine. Zakonikom je dalje predviđena i mogućnost plaćanja novčane kazne u ratama (stavkama) ako sud na osnovu zahteva osuđenog lica nađe da je to opravdano. Pri tome sud ceni njegovu porodičnu situaciju i profesionalne obaveze. U tom slučaju sud je dužan da odredi visinu mesečne rate i rok njenog plaćanja koji ne može da traje duže od godinu dana.

Neplaćena novčana kazna (u celosti ili delimično) može se zameniti kaznom zatvora i to tako što se neplaćena tri dnevna iznosa novčane kazne zamenjuju jednim danom zatvora (član 43, stav 4 KZ), s tim da tako izrečena kazna zatvora (supletorni zatvor) ne može da traje kraće od deset dana. Interesantno je rešenje estonskog zakonodavca prema kome se novčana kazna može izreći i maloletnom učiniocu krivičnog dela (što je izuzetak od pravila da se prema ovoj kategoriji učinilaca krivičnih dela primenjuju posebne vrste krivičnih sankcija – vaspitne mere, a ne kazne). Pretpostavka za ovu izuzetnu zakonsku mogućnost jeste da maloletnik ima sopstvene prihode. U tom slučaju mu se može izreći novčana kazna u dnevnim iznosima u rasponu od 30 do 250 dnevnih iznosa. Za pravno lice je propisana mogućnost izricanja samo novčane kazne u fiksnom (određenom) iznosu u rasponu od 50.000 do 250.000.000 kronosa.

Krivični zakonik Letonije¹⁷ iz 1998. godine sa novelama do 2001. godine (Lukashov, Sarkisova, 2001: 15–19) u članu 41 predviđa novčanu kaznu kao glavnu ili sporednu (dopunsku) kaznu. Ovu kaznu može da izrekne sud, ali i javni tužilac (što u pravnoj teoriji sa opravdanim razlozima kritikuju budući da kazne mogu izricati samo sudski organi posle zakonito sprovedenog krivičnog postupka, a ne i organi krivičnog gonjenja koje predstavlja javni tužilac). Pri izricanju novčane kazne kao glavne kazne sud primenjuje mešoviti sistem. Naime, zakonodavac je postavio dva pravila za odmeravanje novčane kazne u svakom konkretnom slučaju. Prvo se primenjuje sistem dnevnih iznosa. Tako se ova kazna može izreći u rasponu od tri do dvesta minimalnih mesečnih plata u Republici. I drugo, pri izricanju novčane kazne u svakom konkretnom

17 Krimallikums, Latvian Vestnesis No. 199/200 – 1998.....No. 61/4867 – 2013.

slučaju sud primenjuje njeno proporcionalno odmeravanje. Naime, visinu novčane kazne određuje sudsko veće u srazmeri sa: a) težinom izvršenog krivičnog dela (priroda dela; vrsta, intenzitet i obim prouzrokovane posledice; značaj objekta napada; način i sredstvo izvršenja dela; stepen krivice učinioca i dr.) i b) ekonomskom situacijom učinioca krivičnog dela (koja zavisi od visine prihoda učinioca i članova njegove porodice, ali i visine njihovih rashoda). Kada novčanu kaznu kao glavnu kaznu izriče javni tužilac, ona ne može da bude u većem iznosu od polovine maksimalnog iznosa novčane kazne koji je određen u posebnom delu Krivičnog zakonika kod pojedinih krivičnih dela.

Ukoliko se radi o izricanju novčane kazne kao sporedne kazne, zakonodavac je odredio da se ona može izreći u rasponu od tri do sto minimalnih mesečnih plata u Letoniji. No, sud ili javni tužilac mogu u opravdanim slučajevima da dozvole osuđenom licu plaćanje novčane kazne u ratama, ali najduže do jedne godine. U tom slučaju se određuje visina, rok i način plaćanja svake pojedine rate. Ako osuđeno lice u potpunosti ili delimično ne plati izrečenu novčanu kaznu, ona se može zameniti kaznom zatvora iz člana 39 KZ (kratkotrajno zatvaranje osuđenog lica na vreme od tri dana do šest meseci) i to samo pod uslovom da neplaćeni iznos novčane kazne ne prelazi trideset minimalnih mesečnih plata. U tom slučaju se jedna minimalna mesečna plata zamenjuje sa četiri dana zatvora (supletorni zatvor) koji ne može da traje duže od tri meseca. Ukoliko je izrečena novčana kazna neplaćena u iznosu koji je veći od trideset minimalnih mesečnih plata, tada se ona zamenjuje kaznom lišenja slobode iz člana 38 KZ (lišenje slobode u trajanju od šest meseci do petnaest godina), i to tako što se jedna minimalna mesečna plata zamenjuje sa četiri dana lišenja slobode, pri čemu ova kazna ne može takođe da traje duže od godinu dana. I zakonodavac u Letoniji predviđa mogućnost izricanja novčane kazne prema maloletnom učiniocu krivičnog dela (člana 65, stav 4) pod uslovom da on poseduje sopstvene prihode. Ovom licu se novčana kazna može izreći u rasponu od jedne do pedeset minimalnih mesečnih plata u Republici.

Krivični zakonik Republike Litvanije¹⁸ iz 2003. godine (Bogdašič, 2003: 1–2) poznaje dva vida novčane kazne: a) novčana kazna za fizička lica (član 47) i b) novčana kazna za pravna lica (član 43). I zakonodavac u Litvaniji poznaje novčanu kaznu u prosečnim ličnim dohocima. To je varijanta sistema odmeravanja novčane kazne koji je blizak načinu odmeravanja kazne u Letoniji (gde se izriče novčana kazna u minimalnim mesečnim platama zaposlenih u Republici). To znači da se učiniocu

18 Criminal Code, No. VIII-1968.....No.XII-1649.

krivičnog dela izriče novčana kazna u rasponu od jednog do maksimalnog iznosa prosečnog ličnog dohotka u Litvaniji prema zvaničnim statističkim podacima u protekloj kalendarskoj godini. Za razliku od tačno određenog minimuma ove vrste kazne, Zakonik na različite načine određuje opšti maksimum ove vrste kazne zavisno od vrste, težine i prirode učinjenog krivičnog dela. Ta podela krivičnih dela je uređena članom 11 – vrste krivičnih dela. Tako se za prestup može izreći novčana kazna u visini do pedeset minimalnih iznosa prosečnih ličnih dohodaka, za lakše krivično delo do stotinu minimalnih iznosa prosečnih ličnih dohodaka, za manje teško krivično delo do dve stotine minimalnih iznosa prosečnih ličnih dohodaka i za naročito teško krivično delo do tri stotine minimalnih iznosa prosečnih ličnih dohodaka.

Na kraju je zakonodavac odredio da se u slu čaju izvršenja nehatnog krivičnog dela bilo koje vrste, prirode i težine, novčana kazna može izreći samo do maksimalnog iznosa do 75 minimalnih iznosa prosečnih ličnih dohodaka. Pravnom licu kao učiniocu krivičnog dela se u smislu člana 43 KZ može izreći novčana kazna u iznosu do 10.000 minimalnih iznosa prosečnih ličnih dohodaka (što predstavlja interesantno rešenje budući da najveći broj savremenih krivičnih zakonodavstava za pravna lica propisuje novčanu kaznu u fiksnom – određenom iznosu, a ne u sistemu minimalnih iznosa prosečnih ličnih dohodaka). U slučaju da osuđeno fizičko lice ne plati izrečenu novčanu kaznu u celosti ili delimično, budući da nema sredstava (dakle, iz opravdanih razloga, ako je nezaposleno, nema prihode ili ima nedovoljno prihoda ili neredovne prihode i sl.), tada se neplaćena novčana kazna zamenjuje kaznom rada u opštem interesu (koji u smislu člana 46 može da traje od 10 do 40 časova za vreme od jednog meseca do godinu dana). No, ako osuđeno lice izbegava da plati izrečenu novčanu kaznu, ona se zamenjuje kaznom kratkotrajnog zatvora – arest (član 49) koji može da traje najduže koliko je propisano za određenu vrstu učinjenog krivičnog dela.

5.2. Pravo istočnoevropskih država

Od istočnoevropskih država analiziraćemo primenu novčane kazne u zakonodavstvu: Belorusije, Bugarske, Ruske federacije i Ukrajine.

Krivični zakonik Republike Belorusije iz 2001. godine¹⁹ u članu 50 propisuje novčanu kaznu čija visina zavisi od: a) karaktera i stepena opasnosti učinjenog krivičnog dela i b) imovinskog stanja učinioca. Ona se izriče u rasponu od trideset do 1.000 osnovnih stopa čiji se

19 Criminal Code of the Republic of Belarus, Official text, Minsk, 2001.

iznos utvrđuje u vreme izricanja presude. Nenaplaćena novčana kazna se zamenjuje kaznom rada u javnom interesu. Interesantno je rešenje prema kome se novčana kazna može izreći i maloletnom učiniocu krivičnog dela ako ima svoju imovinu. U tom slučaju visina novčane kazne se određuje u rasponu od 20 do 100 osnovnih stopa.

Krivični zakonik Republike Bugarske²⁰ iz 1968. godine sa novelama do 2017. godine²¹ u članu 47 predviđa novčanu kaznu (globu). Ona se izriče u određenom iznosu, pri čemu se navodi samo opšti minimum od sto leva. Pri izricanju kazne u svakom konkretnom slučaju se uzimaju u obzir sledeće okolnosti: stepen društvene opasnosti krivičnog dela, motivi učinioca i druge olakšavajuće i otežavajuće okolnosti, pri čemu zakon ne navodi u čemu se one sastoje, kao i imovinsko stanje (prihodi, rashodi i porodične obaveze) osuđenog lica. Specifično je rešenje koje dopušta izvršenje pravosnažno izrečene novčane kazne i posle smrti osuđenog lica (što je retkost u krivičnom pravu koje smatra da je kazna ličnog karaktera, pa se gasi smrću osuđenog lica).

Krivični zakonik Ruske Federacije iz 1996. godine sa novelama do 2014. godine u članu 46 predviđa novčanu kaznu koja se može izreći kao glavna i kao sporedna kazna u skladu sa sistemom prosečnih ličnih dohodaka u državi, federalnoj jedinici ili administrativnoj teritorijalnoj jedinici, odnosno u zavisnosti od prosečnog ličnog dohotka osuđenog lica. Ona se može izreći na dva načina: a) u određenom iznosu od 5.000 do milion rubalja i b) u zavisnosti od prosečnog iznosa dohotka – zarade ili drugog prihoda osuđenog lica u periodu od dve sedmice do pet godina ili u zavisnosti od visine protivpravno pribavljene imovinske koristi ili primljenog mita. Visinu novčane kazne sud određuje na osnovu: težine u činjenog krivičnog dela, imovinskog stanja osuđenog lica i njegove porodice, visine zarade i drugih prihoda osuđenog lica (Rarog, 2008: 315–317).

Ako se radi o učiniocu teškog ili naročito teškog krivičnog dela, tada se novčana kazna može izreći u iznosu od 500.000 rubalja ili u zavisnosti od visine zarade ili drugog prihoda osuđenog lica koje je ostvario u periodu od tri godine. U slučaju proporcionalnog odmeravanja novčane kazne tada se njena visina određuje do stotrukog iznosa vrednosti ostvarene protivpravne imovinske koristi, ali se može kretati u rasponu od 250.000 do 5.000.000 rubalja. Izrečena novčana kazna se može platiti i u ratama, pri čemu taj rok ne može biti duži od pet godina od

20 State Gazette No. 26/1968.....No.85/2017.

21 Sbornik nakazateljni zakoni, Nakazatelen kodeks, Sofija: Sofi-R, 2010, 24–25.

dana pravnosnažnosti sudske odluke (Rarog, Esakov, Čučaev, Stepalin, 2007: 143–145).

I maloletnom učiniocu krivičnog dela (član 88) može se izreći novčana kazna ako poseduje imovinu ili druge prihode (zaradu) kada se njena visina kreće u rasponu od 1.000 do 50.000 rubalja ili u zavisnosti od prosečne zarade ili drugih prihoda maloletnika koje je ostvario u periodu od dve sedmice do šest meseci. No, ovako izrečena novčana kazna maloletniku se može naplatiti i od njegovih roditelja ili zakonskih zastupnika.

Krivični zakonik Republike Ukrajine²² iz 2003. godine u članu 53 predviđa novčanu kaznu kao glavnu ili sporednu kaznu. Ona se izriče u rasponu od četiri do 1.000 minimalnih neoporezivih ličnih dohodaka u Republici. Njena visina u svakom konkretnom slučaju zavisi od: a) težine u činjenog krivičnog dela i b) imovinskog stanja u činioca. U slu čaju njenog neopravdanog plaćanja u celosti ili delimično, sud je zamenjuje kaznom rada u javnom (opštem) interesu tako što se jedan minimalni lični dohodak zamenjuje sa deset časova rada, odnosno sa kaznom popravnog rada gde se četiri minimalna lična dohotka zamenjuju sa mesec dana popravnog rada koji ne može da traje duže od dve godine. I ovaj zakonik dozvoljava mogućnost izricanja novčane kazne maloletnom u činiocu krivičnog dela koji ima sopstvene prihode, lične finansije ili imovinu u kom slučaju se ova kazna može izreći do iznosa od 500 minimalnih neoporezivih ličnih dohodaka.

5.3. Pravo južnoevropskih država

Od južnoevropskih država analiziraćemo primenu novčane kazne u zakonodavstvu: Grčke, Italije i Španije.

Krivični zakonik Grčke (Lolis, Mangakis, 1973: 56) u članu 57 propisuje: a) novčanu kaznu u određenom iznosu. Ona se može izreći za zločin u rasponu od 50.000 do pet miliona drahmi i b) globu koja se izriče za prestup u iznosu od 10.000 do 200.000 drahmi. Pri određivanju visine novčane kazne učiniocu konkretnog krivičnog dela sud uzima u obzir imovinsko stanje učinioca i obaveze koje ima prema članovima porodice koje izdržava.

²² Kriminalnij kodeks Ukraini, Oficijne vidanija, Verhovna rada Ukraini, Kiev: Parlamentske vidanictvo, 2003, 16.

Krivični zakonik Italije²³ iz 1930. sa novelama do 2009. godine²⁴ prema učiniocima zločina i prestupa propisuje novčanu kaznu. Ona se javlja u dva oblika i to: a) u fiksnom iznosu i b) proporcionalno sa vrednošću u činjenog krivičnog dela. Prema odredbi člana 24 novčana kazna se u činiocu zločina izriče u rasponu od 50 do 50.000 evra, a u činiocu prestupa od 20 do 10.000 evra. U članu 27 propisano je proporcionalno izricanje novčane kazne zavisno od visine protivpravno pribavljene imovinske koristi ili prouzrokovane štete u činjenim krivičnim delom. U opravdanim slučajevima, kada to ekonomske prilike osuđenog lica zahtevaju, novčana kazna se može izreći u ratama i to od tri do 30 mesečnih rata, pri čemu minimalni iznos jedne rate može da iznosi 15 evra. U slučaju neopravdanog neplaćanja novčane kazne zakon propisuje mogućnost njene zamene kaznom zatvora i to tako što se 250 evra zamenjuje sa jednim danom zatvora.

Krivični zakonik Španije iz 1995. godine (Kuznjecova, Rešetnikova, 1998: 26) u članu 50 predviđa novčanu kaznu koja se javlja u dva oblika. Prvi oblik novčane kazne se izriče u dnevnom iznosu od deset dana do dve godine, odnosno do pet godina za pravna lica kao učinioce krivičnih dela. Visina jednog dnevnog iznosa može da se kreće od dva do 400 evra, odnosno od 30 do 5.000 evra za pravno lice. Pri određivanju visine jednog dnevnog iznosa novčane kazne sud uzima u obzir finansijsko stanje osuđenog lica, njegove prihode i porodične obaveze, kao i druge okolnosti koje se odnose na ličnost u činioca. U opravdanim slučajevima sud može dozvoliti i plaćanje novčane kazne u ratama i to najduže do dve godine od dana pravnosnažnosti presude. Drugi oblik novčane kazne je propisan u članu 52 – proporcionalna novčana kazna. U zakonom propisanim slučajevima novčana kazna se može izreći u proporciji (srazmeri) sa visinom štete, vrednošću krivičnog dela ili dobiti koja je stečena krivičnim delom.

5.4. Pravo srednjoevropskih država

Od srednjoevropskih država analiziraćemo primenu novčane kazne u zakonodavstvu: Austrije, Nemačke, Francuske i Švajcarske.

Krivični zakonik Austrije iz 1974. sa novelama do 2004. godine²⁵ u članu 19 propisuje novčanu kaznu u dnevnom iznosima (stopama) od najmanje dva dnevna iznosa bez određenja njenog maksimuma (Triffterer, 1994: 117).

23 Legge 10. Ottobre 1930. No. 1398. Testo coordinate ed aggiornate del Regio Decreto Legge 20.3.2016. No. 20 e 8. Marzo 2017. No. 24.

24 Compendio di Diritto Penale, Parte generale e speciale, Napoli: Simone, 2009, 271.

25 Bundesgesetz. Strafgesetzbuch – StGB. BGBl 1974/60.

Visina dnevnog iznosa novčane kazne se određuje prema ličnim prilikama i sposobnošću za privređivanje učinioca krivičnog dela. Ona može da se kreće od četiri od 5.000 evra (ranije 30 do 4.500 šilinga). U slučaju da osuđeni ne plati izrečenu kaznu u celosti ili delimično, ona se zamenjuje kaznom zatvora pri čemu jedan dan zatvora zamenjuje dva dnevna iznosa novčane kazne (Foregger, Serini, 2004: 19–20).

Krivični zakonik Nemačke²⁶ sa novelama do 2013. godine u članu 40 predviđa novčanu kaznu u dnevnim globama (iznosima) u rasponu od pet do 360 dnevnih globa. Pri određivanju ovog broja sud uzima u obzir lične i finansijske prilike učinioca dela i visinu ličnog dohotka (zarade) koju on može da ostvari u toku jednog radnog dana. Visina jednog dnevnog iznosa (globe) se kreće od jednog do 30.000 evra (ranije od 2.000 do 10.000 DM). No, sud može da izrekne učiniocu krivičnog dela i novčanu kaznu kao sporednu kaznu uz kaznu zatvora i kada nije propisana za učinjeno krivično delo ako se radi o delu kojim je učinilac pribavio ili pokušao da pribavi protivpravnu imovinsku korist (Gropp, 1998: 95).

Krivični zakonik Francuske iz 1992. sa novelama do 2013. godine²⁷ u članu 131-5. predviđa novčanu kaznu u dnevnim iznosima. Ona je inače propisana kumulativno (i retko alternativno) uz kaznu zatvora za najveći broj krivičnih dela. Može se izreći najviše do 360 dnevnih iznosa (bez određenja minimuma), pri čemu visina jednog dnevnog iznosa novčane kazne ne može da bude veća od 1.000 evra. Broj dana novčane kazne se određuje zavisno od okolnosti izvršenja krivičnog dela (Geninet, 2012: 78).

Krivični zakonik Švajcarske Konfederacije²⁸ iz 1937. sa novelama do 2000. godine u članu 48 propisuje novčanu kaznu. Ona se javlja u dva oblika: a) novčana kazna u dnevnim iznosima (gde nije određen minimum) i to najviše do 360 dnevnih iznosa čiji se broj utvrđuje prema stepenu krivice u činioca, težini u činjenog krivičnog dela i imovinskom stanju učinioca. Jedan dnevni iznos novčane kazne može da dostigne 3.000 franaka i b) novčana kazna u određenom iznosu – do 40.000 franaka, pri čemu nije određen njen minimum, s tim što u slučaju izvršenja krivičnog dela iz koristoljublja sud nije vezan propisanim maksimumima ove kazne (Serebrenikova, Kuznjecova, 2000: 24). Novčana kazna se mora uplatiti u roku od mesec do godinu dana, s tim što se u opravdanim slučajevima može dozvoliti i plaćanje kazne u ratama. U slučaju izbegavanja njenog

26 Strafgesetzbuch, StGB, 50. Auf lage, Munchen: Deutscher Taschenbuch Verlag, 2012, 21.

27 Code penal du France, Version consolidee au 7 aout 2017, Paris: Dalloz, 2013, 78.

28 Schweizerisches Strafgesetzbuch. StGB, 7. Auf lage, Zurich: Liberialis, 2013, 33.

plaćanja, ona se izvršava prinudno a, ako to nije moguće, tada se neplaćena novčana kazna zamenjuje kaznom zatvora (član 36), pri čemu jedan dnevni iznos novčane kazne se zamenjuje jednim danom zatvora.

6. Zaključak

U suzbijanju različitih oblika i vidova kriminaliteta (ali i drugih vrsta delikata kao što su: privredni prestupi i prekršaji) društvu stoji na raspolaganju više sredstava, mera i postupaka. Jedno od tih sredstava predstavljaju i krivičnopravne mere. Njih u krivičnom pravu Republike Srbije ima više vrsta. Tu su krivične sankcije, ali i druge krivičnopravne mere sui generis. U sprečavanju i suzbijanju imovinskog kriminaliteta (koji preovladava u strukturi, dinamici i obimu kriminaliteta od najstarijih vremena do današnjih dana, kako u drugim zemljama, tako i kod nas) u okviru široke lepeze različitih društvenih mera reagovanja na kriminalitet, po svom značaju, prirodi, sadržini, karakteru i dejstvu izdvaja se novčana kazna kao jedina imovinska kazna i jedna od najstarijih kazni uopšte (nastala u doba pretvaranja privatne reakcije – osvete u kompoziciju – otkupninu).

Iako se ovde prvenstveno radi o prinudnoj, retributivnoj meri koja se primenjuje prema učiniocu krivičnog dela upravo zbog izvršenog dela i protiv njegove volje, ne može se sporiti i njihov preventivni značaj (kako sa aspekta specijalne ili posebne prevencije koji je više istaknut, tako i sa aspekta generalne ili opšte prevencije). Pošto se ovom kaznom od učinioca krivičnog dela oduzimaju imovinska prava ili imovinska korist, odnosno imovina (najčešće pokretna zbog prirode i karaktera izrečene kazne), to se njome društvo na najefikasniji i najracionalniji način suprotstavlja upravo učiniocima imovinskih krivičnih dela. Primenom ove kazne učiniocu krivičnog dela se nastoje suzbiti pobude, želje, namere da vršenjem protivpravnih dela može uvećati imovinu ili sprečiti njeno umanjenje.

Tako se može reći da novčana kazna (čija dva oblika predviđa naše krivično zakonodavstvo): a) novčana kazna u dnevnim iznosima i b) novčana kazna u određenom iznosu) upravo deluje destimulativno na učinioca krivičnog dela, ali i na široke mase građana jasno manifestujući rešenost i odlučnost društvene zajednice da niko ne može da ima koristi od vršenja krivičnih dela, odnosno od svog protivpravnog ponašanja. No, sigurno je, takođe u kriminalnoj politici često isticano shvatanje da se sprečavanje i suzbijanje kriminaliteta bilo kog oblika i vida ispoljavanja, pa i imovinskog ne može efikasno sprovesti samo primenom

krivičnih sankcija. Slični oblici novčane kazne su predviđeni i za učinioce privrednih prestupa, odnosno prekršaja u Republici Srbiji.

Naime, u toj borbi sa učiniocima krivičnih dela, pored represivnih mera (bez kojih se ipak na sadašnjem nivou društvenog razvoja ne može), treba široko primenjivati različite mere i sredstva opšte i specijalne prevencije na svim društvenim nivoima koje bi preduzimali ne samo organi krivičnog pravosuđa i ne samo državni organi, već i svi društveni faktori, pa i pojedinci u društvu. Samo jedinstvenom, planskom, sistematskom i kontinuiranom aktivnošću ovih subjekata u zemlji, ali i okruženju može se ostvariti uspeh u sprečavanju ili suzbijanju kriminaliteta uopšte.

Literatura/References

Babić, M., Marković, I. (2008). Krivično pravo. Opšti deo. Banja Luka: Pravni fakultet.

Bogdašič, O. V. (2003). Uголовnij kodeks Litovskoj respublikli. Sankt Peterburg: Juridičeskij centr Press.

Bukljaš, I. (1960). Krivična djela, prekršaji i prijestupi. Zagreb: Narodne novine.

Bundesgesetz. Strafgesetzbuch – StGB.BGBl 1974/60.

Vrhovšek, M. (1982). Sistem sankcija i uslova odgovornosti za privredne prestupe u SFRJ. Beograd : Službeni list.

Geninet, B.(2012). Droit penal general. Pari : Studyrama.

Grozdanić, V., Škorić, M., Martinović, I. (2013). Kazneno pravo. Opći dio. Rijeka: Pravni fakultet.

Gropp,W. (1998). Strafrecht. Allgemeiner teil. Berlin: Beck.

Grupa autora. (1995). Komentar KZ SR Jugoslavije. Beograd: Savremena administracija.

Đorđević, M., Đorđević, Đ. (2016). Krivično pravo. Beograd: Projuris. Zapevalov,

V. V., Mancev, N. I. (2001). Uголовnij kodeks Estonskoj respublikli. Sankt Peterburg: Juridičeskij centr Press.

Zlatarić, B., Damaška, M. (1966). Rječnik krivičnog prava i postupka. Zagreb: Informator.

Jovanović, Lj., Jelačić, M. (1997). Privredni prestupi i prekršaji. Beograd: Policijska akademija.

Jovašević, D. (2000). Privredni prestupi. Beograd: Intermeks. Jovašević, D., Kostić, M. (2012). Politika suzbijanja kriminaliteta. Niš: Pravni fakultet.

Jovašević, D. (2018). Krivično pravo. Opšti deo. Beograd: Dosije. Jovašević, D., Miladinović Stefanović, D. (2018). Prekršajno pravo. Niš: Pravni fakultet.

Karistusseadustik. (Luhend Kar S) RT I 2001. 61, 364, (dated 6. June 2001.)..... RT I 2017. 30. 3 (dated 13. Decembre 2017.).

Krimallikums. Latvias Vestnesis No. 199/200 – 1998.....No. 61/4867 – 2013.

(2003). Kriminalnij kodeks Ukraini. Oficijne vidanija. Verhovna rada Ukraini. Kiev: Parlamentske vidanictvo.

Kuznjecova, N. F., Rešetnikova, F. M. (1998). Ugolovnij kodeks Ispanii. Moskva: Zercalo.

Lazarević, Lj., Vučković, B., Vučković, V. (2004). Komentar Krivičnog zakonika. Cetinje: Obod.

Legge 10. Ottobre 1930. No. 1398. Testo coordinate ed aggiornate del Regio Decreto Legge 20. 3. 2016. No. 20 e 8. Marzo 2017. No. 24.

Lolis, N., Mangakis, G. (1973). Greek Penal code. London: Sweet-Maxwel.

Lukashov, A. I., Sarkisova, E. A. (2001). The Latvian Penal code. Saint Petersburg: Juridičeskij centr Press.

Mrvić Petrović, N. (2005). Krivično pravo. 2005. Beograd: Službeni glasnik. „Narodne novine Republike Hrvatske“. Br. 125.2011, 144.2012, 56.2015, 61.2015 i 101.2017.

Novaković, Lj. (1986). Privredni prestupi kroz sudsku praksu. Beograd: Službeni list.

Novoselec, P. (2004). Opći dio kaznenog prava. Zagreb: Pravni fakultet.

Pavišić, B., Grozdanić, V., Veić, P. (2007). Komentar Kaznenog zakona. Zagreb: Narodne novine.

- Rarog, A. I., Esakov, G. A., Čučaev, A. I., Stepalin, V. P. (2007). Uголовное право России. Часті обшaja i osobennaja. Moskva: Prospekt.
- Rarog, A. I. (2008). Uголовное право России. Обшaja част. Moskva: Prospekt.
- (2010). Sbornik nakazateljni zakoni. Nakazatelen kodeks. Sofija: Sofi-R.
- Selinšek, Lj. (2007). Kazensko pravo. Opšti del in osnove posebnega dela. Ljubljana: Založba GV.
- Serebrenikova A. V., Kuznjecova, N. F. (2000). Uголовnij kodeks Švejcarii. Moskva: Zercalo.
- Simić, I., Trešnjev, A. (2010). Krivični zakonik sa kraćim komentarom. Beograd: Ing pro.
- „Služben vesnik na Republika Makedonija“. Br. 37.1996, 80.1999, 4.2002, 43.2003, 19.2004, 81.2005, 60.2006, 7.2008, 114.2009, 51.2011, 135.2011, 185.2011, 142.2012, 166.2012, 55.2013, 82.2013, 14.2014, 27.2014, 28.2014, 41.2014, 115.2014 i 132.2014.
- „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine“. Br. 3.2003, 32.2003, 37.2003, 54.2004, 61.2004, 30.2005, 53.2006, 55.2006, 32.2007, 8.2010, 47.2014, 22.2015, 40.2015 i 35.2018.
- „Službeni glasnik Republike Srbije“. Br. 85.2005, 88.2005, 107.2005, 72.2009, 111.2009, 121.2012, 104.2013, 108.2014 i 94.2016.
- „Službeni glasnik Republike Srbije“. Br. 97.2008.
- „Službeni glasnik Republike Srbije“. Br. 65.2013, 13.2016 i 98.2016.
- „Službeni glasnik Republike Srbije“. Br. 55.2014.
- „Službeni list SFRJ“. Br. 4.1977, 36.1977, 14.1985, 74.1987, 57.1989 i 3.1990.
- „Službeni list Crne Gore“. Br. 70.2003, 47.2006, 40.2008, 25.2010, 32.2011, 40.2013, 14.2015, 42.2015, 58.2015, 44.2017 i 49.2018.
- State Gazette No. 26/1968, No.85/2017.
- Stojanović, Z. (1991). Politika suzbijanja kriminaliteta. Novi Sad: Pravni fakultet.
- Stojanović, Z. (2000). Krivično pravo. Opšti deo. Beograd: Pravna knjiga. (2012).
- Strafgesetzbuch. StGB. 50. Auflage. Munchen: Deutscher Taschenbuch Verlag.

- (2013). Schweizerisches Strafgesetzbuch.StGB. 7.Auf lage. Zurich: Liberalis.
- Triffterer, O. (1994). Osterreichisches Strafrecht. Allgemeiner teil. Wien – New York: ETC Publishing.
- Turković et al. (2013). Komentar Kaznenog zakona. Zagreb: Narodne novine.
- (2014). Ugolovnij kodeks Rossijskoj Federaciji. Moskva: Eksmo.
- „Uradni list Republike Slovenije“. Br. 55.2008, 66.2008, 39.2009, 91.2011, 50.2012, 54.2015, 6.2016 i 38.2016
- Foregger, E., Serini, E. (2004). Strafgesetzbuch. Wien: Manzsche Verlag.
- Horvatić, Ž. (2003). Kazнено pravo. Opći dio. Zagreb: Pravni fakultet.
- (2017). Code penal du France. Version consolidee au 7 aout 2017. Paris: Dalloz.
- (2008). Compendio di Diritto penale. Parte generale e speciale. Napoli: Simone.
- (2001). Criminal code of the Republik of Belarus. Official text. Minsk.
- Criminal code. No. VIII-1968, No.XII-1649.
- Čejović, B. (1985). Krivično pravo u sudskoj praksi. Opšti deo. Beograd: Naučna knjiga.
- Čejović, B. (2002). Krivično pravo. Opšti deo. Beograd: Službeni list.

Dragan Jovašević, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

A FINE IN THE CONTEMPORARY CRIMINAL LAW

Summary

Since times immemorial, crimes against property have always been the most frequent offences, both in the national and comparative law systems. For this reason, all criminal legislations prescribe different types of punishment and property-related criminal measures as an efficient social response to crimes against property. In the criminal law of the Republic of Serbia, the property-related penalties and measures that affect the perpetrator's property include: 1) a fine and confiscation of property (as envisaged penalties); 2) a safety measure involving the confiscation of objects, 3) the measure of confiscation of financial benefit derived from the commission of a criminal offence; and 4) the measure of confiscation of property derived from the commission of a criminal offence. A fine is one of the oldest forms of punishment, which has been envisaged in all modern criminal legislations (including the Serbian legislation) and in some international documents as the adequate sanction (penalty) against the perpetrators of property-related crimes. In this paper, the author discusses the concept, characteristics, content, types, legal nature, effects, and the process of imposing and execution of this criminal penalty.

All contemporary criminal laws provide various penalties and measures for suppression and prevention of crime in general, and crimes against property in particular. Nowadays, property-related crimes are prevalent in the structure of modern criminality. Criminal sanctions depend on the specific nature and distinctive characteristics of crimes against property and their perpetrators. A fine is a specific kind of sanction that may be prescribed as a principal and/or assessor property-related penalty, which has a repressive but also highly preventive impact. In all contemporary states, crimes against property prevail in terms of the total number of committed acts, their perpetrators, consequences, the scope and intensity of social danger, recidivism, and other features. In order to suppress crime in general, and crimes against property in particular, various social (primarily state) agencies at all social levels have applied different measures, instruments and procedures. All of them may be divided into preventive and repressive ones. The Serbian criminal legislation envisages two forms of fine: a) a fine in daily amounts, and b) a fine in fixed/specified amount (the Criminal Code 2005), which may be awarded to the perpetrators of property-related crimes depending on the nature, characteristics, significance and effects of the committed criminal act.

Key words: *crimes against property, property measures, penalties, fine, legislation, liability.*

Dr Milica Kovač Orlandić,
Saradnik u nastavi Fakulteta pravnih nauka,
Univerzitet Donja Gorica, Podgorica, Crna Gora

pregledni naučni rad
doi:10.5937/zrpfni1982165K

UDK: 621.397:342.7(497.16)
Rad primljen: 25.12.2018.
Rad prihvaćen: 09.04.2019.

VIDEO-NADZOR U PROSTORIJAMA POSLODAVCA: SLUČAJ ANTOVIĆ I MIRKOVIĆ PROTIV CRNE GORE

Apstrakt: Zbog mogućih posljedica, video-nadzor se smatra jednim od najgrubljih načina povrede privatnog života, pa otuda njegovo uvođenje podliježe strogim ograničenjima. Budući da je radni odnos po mnogo čemu specifičan, postoji potreba da se pitanje uvođenja video-nadzora na radnom mjestu posebno analizira. Polazeći od pretpostavke da se zaposleni dolaskom na posao ne odriče svoje privatnosti, autor u ovom radu nastoji da ukaže na obavezu poslodavca da poštuje principe legaliteta, legitimnosti, srazmjernosti i transparentnosti onda kada želi da, putem video-nadzora, nadgleda radno mjesto. Kroz analizu slučaja Antović i Mirković protiv Crne Gore, u radu se želi ukazati i na to da je za davanje odgovora na brojna složena pitanja koja se mogu javiti u vezi sa uvođenjem video-nadzora na radnom mjestu potrebno bolje poznavanje sadržine pojma privatnog života, ali i načina na koji se opšti principi ograničenja prava na privatni život primjenjuju u radnom odnosu.

Ključne riječi: pravo na poštovanje privatnog života, video- nadzor, radni odnos, principi legaliteta, legitimnosti, srazmjernosti i transparentnosti.

1. Uvod

Pravo na privatnost, odnosno pravo na poštovanje privatnog života spada u jedno od najranjivijih prava današnjice. U pitanju je ljudsko pravo kojim se, u prvom redu, štiti psihički integritet i dostojanstvo ličnosti i koje se može povrijediti na bezbroj načina. Razvoj informacionih tehnologija do neslučenih razmjera dodatno je pogoršao situaciju i

* milica.kovac@udg.edu.me

omogućio da se do bizarne mjere obistini ona čuvena Orvelova sintagma *Veliki brat te posmatra*. Ovo, prije svega, zahvaljujući video-nadzoru, koji se zbog mogućih posljedica smatra jednim od najgrubljih načina povrede privatnog života. Kontinuirana izloženost video-nadzoru stvara osjećaj nelagode i stalne napetosti koja se negativno odražava na nivo stresa i anksioznost, a što u dužem vremenskom periodu može dovesti do ozbiljnijeg narušavanja zdravlja (Kovač-Orlandić, 2018: 135). Nesporno jeda slika neke osobe predstavlja važan dio njene ličnosti, sa jedinstvenim karakteristikama, na osnovu kojih se razlikuje od svih drugih osoba, zbog čega zaštita takve slike predstavlja jednu od suštinskih komponenti razvoja ličnosti i podrazumijeva pravo na kontrolu nad takvom slikom.¹ Na drugoj strani, zabrinutost za bezbjednost u činila je da video-nadzor postane jedan od najčešćih načina kontrole ponašanja pojedinaca. Tako je, primjera radi, strah od terorizma pretvorio današnje društvo u društvo nadziranja, pa se, s pravom, postavlja pitanje *Ko će nas čuvati od čuvara?* (Marković, 2009: 216). Neohpodno je, otuda, dovesti u ravnotežu lična prava i slobode, na jednoj strani, sa potrebom za javnom sigurnošću, na drugoj strani (Lygutas, 2009: 147).

Sa razvojem ideje o horizontalnom dejstvu ljudskih prava, pravo na privatnost pojedinac počinje uživati i u odnosu na treća lica, a što je odlučujuće uticalo na zaštitu prava na privatni život zaposlenog u odnosu na poslodavca (Weiss, Geck, 1995: 2). U skladu sa tim, danas je dominantno uvjerenje o tome da zaposleni zadržava svojstvo građanina na radnom mjestu koji se, dolaskom na posao, ne odriče svoje privatnosti, te da, u tom smislu, uživa zaštitu privatnog života u odnosu na poslodavca, s tim da se pravo zaposlenog na privatnost, baš kao i svako drugo ljudsko pravo, može pod određenim uslovima, odnosno uz primjenu odgovarajućih principa, ograničiti (Kovač-Orlandić, 2018: 4). Dakle, među brojnim ograničenjima upravljačkoj, normativnoj i disciplinskoj vlasti poslodavca na radnom mjestu, nalazi se i obaveza poštovanja osnovnih ljudskih prava, a što uključuje i pravo zaposlenog na privatnost, pa otuda odluka poslodavca da kao vlasnik sredstava za rad uvede video-nadzor na mjestima rada podliježe određenim ograničenjima.²

1 *Antović and Mirković v. Montenegro*, Judgment of 28 November 2017, no.70838/13.

2 Više o zaštiti građanskih sloboda i prava zaposlenih na radnom mjestu vidi u: Lj. Kovačević (2013). Radnopravna zaštita građanskih sloboda i prava zaposlenih na radnom mjestu – prodor demokratskih vrijednosti u svijet rada ili kompenzacija za veću nesigurnost zaposlenja. *Teme*. Broj 4.

Poslodavac, prije svega, mora imati legitiman razlog (*princip legitimnosti*) za uvođenje video-nadzora, s tim da se nadzor u prostorijama poslodavca uvodi na transparentan način (*princip transparentnosti*), u mjeri u kojoj je to neophodno radi zadovoljenja legitimnog cilja (*princip srazmjernosti*), a u najvećem broju slučajeva razlozi za uvođenje video- nadzora moraju biti propisani zakonom (*princip legaliteta*).³ Štaviše, kada je u pitanju uvođenje video-nadzora, zahtijeva se nešto stroža i dosljednija primjena ovih principa nego što je to slučaj kod nekih drugih vidova ograničenja privatnog života zaposlenog, budući da je u pitanju postupanje kojim se teško vrijeđa dostojanstvo zaposlenog. Njihova primjena je od izuzetne važnosti, uzme li se u obzir da je video- nadzor postao opšte prisutan na mjestima rada, te da se poslodavci, bez mnogo razmišljanja, odlučuju za ovu vrstu nadzora. Treba imati na umu i to da video-nadzor nije samo jedan od najčešćih metoda nadzora na mjestima rada, već da predstavlja i jedan od mogućih načina psihičkog uznemiravanja zaposlenih.

Zbog brojnih specifičnosti radnog odnosa, opšte principe ograničenja ljudskih prava nije uvijek jednostavno primjeniti u odnosu zaposleni- poslodavac. Ovo iz razloga što *pravna subordinacija, lično izvršavanje rada, dobrovoljnost i plaćenost rada*, kao bitna obilježja radnog odnosa, predstavljaju dodatne generatore rizika po privatni život zaposlenog koji otežavaju primjenu osnovnih principa ograničenja prava na privatnost (Kovač-Orlandić, 2018: 49). Treba otuda imati u vidu da između prava zaposlenog na privatni život i poslodavčeve vlasti postoji određena sprega jer, pored toga što je vlast poslodavca omeđena obavezom poštovanja ljudskih prava na radnom mjestu, ona ujedno predstavlja i osnovni rizik po privatni život zaposlenog. Ništa manje nije značajno ni to što se dobrovoljno stupanje u radni odnos i potčinjavanje upravljačkim, normativnim i disciplinskim ovlaštenjima poslodavca ne tumači kao *a priori* odricanje zaposlenog od prava na privatnost, s tim da se može tumačiti kao davanje saglasnosti poslodavcu da, izuzetno, kada je to opravdano, i u mjeri u kojoj je neophodno za nesmetano funkcionisanje posla, ograniči privatnost zaposlenog (Kovač-Orlandić, 2018: 52).

Uvođenje video-nadzora na mjestima rada otvara i neka druga pitanja svojstvena odnosu radnika i poslodavca. Tako, prekomjeran ili nepotreban nadzor mogao bi se smatrati kršenjem *obaveze staranja* koju poslodavac

³ Više o principima legitimnosti, srazmjernosti i transparentnosti vidi u: Article 29 Data Protecting Working Party, Opinion 8/2001 on the processing of personal data in the employment context 5062/01/EN/Final WP 48 (2001).

ima prema zaposlenom (eng. *duty of care*), ili, štaviše, kao kršenje ugovorne obaveze postupanja u *dobroj vjeri* na osnovu koje je poslodavac obavezan da vodi računa o dostojanstvu zaposlenog i onda kada vrši nadzor nad njegovim radom.⁴ Video-nadzor nad zaposlenim mogao bi se smatrati i kršenjem ugovora o radu, jer je ovakav nadzor u suprotnosti sa ugovornom obavezom povjerenja koju zaposleni i poslodavac očekuju od druge ugovorne strane (Hendrickx, 2002: 26). U radnom odnosu poslodavac treba da poštuje ličnost i individualnost zaposlenog i da posveti dužnu pažnju zaštiti njegovog zdravlja i poštovanju morala, dok na drugoj strani zaposleni duguje poslodavcu marljivost, lojalnost i zaštitu legitimnih poslovnih interesa (Hendrickx, 2002: 257).

Situaciju u vezi za mogućnošću uvođenja video-nadzora na radnom mjestu dodatno komplikuje činjenica da ne postoje odredbe koje posebno regulišu video-nadzor na mjestima rada, već da se na ovo pitanje primjenjuju odredbe opštih propisa o zaštiti ličnih podataka i privatnog života. No, za davanje odgovora na brojna složena pitanja koja se mogu javiti u vezi sa uvođenjem video-nadzora na radnom mjestu nije dovoljno imati u vidu opšte zakonske propise, već je potrebno upoznati se bliže sa pojmom i sadržinom privatnog života, ali i načinom na koji se opšti principi ograničenja ovog prava primjenjuju u radnom odnosu, a o čemu svjedoči i slučaj *Antović i Mirković protiv Crne Gore*. Podnosioci predstavke u navedenom predmetu smatrali su da im je poslodavac nezakonitim postavljanjem i upotrebom video-nadzora u amfiteatrima u kojima su držali predavanja povrijedio pravo na poštovanje privatnog života, odnosno prekršio član 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima, prema kome „svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske”.

U vezi sa prihvatljivošću predstavke podnosilaca predloga u navedenom predmetu, najprije je trebalo utvrditi da li je član 8 Konvencije primjenljiv na činjenice iz ovog predmeta, odnosno da li je držanje predavanja u amfiteatrima obuhvaćeno pojmom privatnog života budući da je država tvrdila da sve profesionalne i poslovne aktivnosti ne spadaju u okvir privatnog života, te da je univerzitet javna institucija, a držanje predavanja djelatnost od javnog interesa. Nadalje, trebalo je ocijeniti legitimnost i zakonitost razloga za uvođenje video-nadzora, ali i to da li je uvođenje nadzora predstavljalo srazmjeran odgovor na izazove sa kojima se poslodavac suočavao. Ovo je u vezi sa stavom 2 člana 8 Konvencije prema kome se „javne vlasti neće miješati u vršenje ovog

⁴ *Conditions of work digest, Workers` privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace* (1993: 236). Geneva: International Labour Office. Vol. 12. Broj 1.

prava sem ako to nije u skladu sa zakonom i neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbjednosti, javne bezbjednosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprječavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih.“

2. Pojam privatnog života

Po svojoj sadržini pravo na privatnost je složeno pravo, jer se pojam *privatnosti* i *privatnog života* široko tumači i ne može se iscrpno definisati (Krstić, 2006: 7). Iz tog razloga, ESLJP u svakom konkretnom slučaju utvrđuje da li je došlo do povrede člana 8 Konvencije, imajući u vidu okolnosti svakog slučaja ponaosob, a što mu daje određeni stepen fleksibilnosti, a time i mogućnost da adekvatno odgovori na sve društvene promjene koje su prevashodno uslovljene tehnološkim razvojem (Krstić, 2006: 15). Pravo na privatnost, dakle, nije apsolutno, već se njegove granice uvijek određuju prema okolnostima slučaja. Za utvrđivanje obima privatne sfere, i *razumno očekivanje po pitanju privatnosti* može predstavljati važan, mada ne obavezan i odlučujući faktor (Rid, 2007: 514). Valja, otuda, ovdje napomenuti i to da profesionalne i poslovne aktivnosti nisu nužno isključene iz pojma privatnog života.⁵ U skladu sa tim, Sud je i u predmetu *Antović i Mirković* istakao da bi bilo suviše restriktivno ograničiti pojam privatnog života na unutrašnji krug u kojem pojedinac može da živi svoj lični život onako kako sam izabere, i iz njega isključiti čitav spoljašnji svijet koji nije obuhvaćen tim krugom. Pravo garantovano članom 8 Konvencije podrazumijeva mogućnost pristupa drugima kako bi se uspostavile i razvile veze s njima. Pojam privatni život može, dakle, uključiti profesionalne aktivnosti ili aktivnosti koje se vrše u javnom kontekstu, budući da postoji zona interakcije sa drugima koja se, čak i u javnom kontekstu, može svrstati pod pojam privatnog života (Mantouvalou, 2009: 133).

Dodatno, ESLJP primjećuje da su amfiteatri radna mjesta profesora u kojima oni, pored toga što podučavaju studente, stupaju u interakciju sa studentima, i time razvijaju zajedničke odnose i grade njihov društveni identitet. Bez obzira na to što, u konkretnom slučaju, nije u pitanju tajni video-nadzor, ne postoji razlog da se odstupa od stava po kome se video-nadzor zaposlenog na radnom mjestu smatra značajnim ometanjem njegovog privatnog života, budući da sadrži dokumentaciju o ponašanju lica koja je zabilježena i koja se može reprodukovati, a što zaposleni, zbog ugovorne obaveze da radi na takvom mjestu, ne može izbjeći. U skladu

5 *Niemietz v. Germany*, Judgment of 16 December 1992, no.13710/88/01.

sa tim, Sud je zaključio da se podaci sakupljeni putem osporenog video- nadzora odnose na privatni život podnosioca predstavke. Ovo tim prije što zaposleni nisu imali mogućnost da kontrolišu procesuiranje podataka kojima je samo dekan imao pristup, a što otvara sumnju po pitanju svrhe prikupljanja takvih podataka.

Ovdje, međutim, ne treba uzeti u obzir samo *mjesto rada* podnosioca predstavke, već je potrebno razmotriti i *prirodu djelatnosti* koja se obavljala pod video-nadzorom i njene osobenosti. Ovo iz razloga što univerzitetske sale nisu ni privatna ni javna mjesta, već mjesta gdje nastavnici srijeću studente sa kojima su u međusobnoj interakciji, koje podučavaju i sa kojima oblikuju odnos tokom cijelog perioda predavanja.⁶

U takvoj interakciji, nastavnik može očekivati da ono što se dešava u učionici bude praćeno samo od strane onih koji su upisani da pohađaju časove, bez neželjene pažnje ostalih.⁷ U akademskom okruženju, aktivnosti predavanja i učenja su pokrivene akademskom slobodom, pa se očekivanje privatnosti može smatrati razumnim.⁸

Mišljenja o širini pojma privatnog života, a samim tim i o opravdanosti uvođenja video-nadzora u amfiteatrima kao mjestima rada nisu, međutim, jedinstvena. Ovo iz razloga što je pojam privatnog života neprimjenljiv na mjestima koja su slobodno dostupna javnosti i koja se koriste za aktivnosti koje se ne odnose na privatni život, zbog čega normalna upotreba bezbjednosnih kamera, bilo na javnim ulicama ili prostorijama, kao što su šoping centri ili policijske stanice, kao takva ne pokreće pitanje na osnovu člana 8 Konvencije.⁹ Prema pojedinim shvatanjima, neophodno je napraviti razliku između *video-nadzora kao takvog*, na jednoj, i *snimanja, procesuiranja i upotrebe tako dobijenih podataka*, na drugoj strani, budući da video-nadzor, odnosno nadgledanje samo po sebi ne znači miješanje u privatni život zaposlenog. U skladu sa tim, video-nadzor u univerzitetskim salama, gdje su podnosioci predstavke predavali kao profesori, ne pokreće pitanje vezano za privatni život, imajući u vidu da nije bilo audio snimanja, da su video-snimci bili dostupni samo dekanu, da nisu bili naknadno upotrebljavani, te da su automatski brisani nakon 30 dana.¹⁰ Kao dodatan argument navodi se i to

6 Joint concurring opinion of judges Vučinić and Lemmens, *Antović and Mirković v. Montenegro*, Judgment of 28 November 2017, no.70838/13.

7 *Ibid.*

8 *Ibid.*

9 *Peck v. the United Kingdom*, Judgment of 28 January 2003, no. 44647/98.

10 Joint dissenting opinion of judge Spano, Bianku and Kjolbro, *Antović and Mirković v. Montenegro*, Judgment of 28 November 2017, no. 70838/13.

da su univerzitetski profesori uključeni u profesionalnu aktivnost u kvazijavnim okolnostima, te da je, u skladu sa tim, njihovo razumno očekivanje privatnosti, ukoliko je uopšte postojalo, bilo ograničeno.¹¹

Prema ovom stanovištu, u predmetu *Antović i Mirković*, pojam privatnog života je previše proširen, do mjere koja nema osnova u praksi Suda, i koja nije dovoljno podržana ubjedljivom pravnom argumentacijom.

2.1. Obaveza poštovanja prava na privatni život

Premda član 8 Konvencije po svojoj konotaciji više upućuje na negativnu obavezu države za zaštitu privatnog života zaposlenog, od izuzetnog značaja je to što se pod obavezom poštovanja prava na privatni život, pored ove prevashodno negativne, podrazumijeva i pozitivna obaveza države. Drugim riječima, država, pored obaveze da se uzdrži od miješanja u privatni život, ima obavezu i da, preduzimanjem odgovarajućih radnji, obezbijedi stvarno poštovanje prava na privatni život (Ditertr, 2006: 227). Pravi se, međutim, razlika između slučaja u kojima povredu prava zaposlenog na privatni život čini poslodavac u privatnom sektoru i onih u kojima takva povreda dolazi od države kao poslodavca. Razlika se sastoji u tome što se, u slučaju kada je javna vlast umiješana u povredu prava na privatni život, pitanje povrede ovog prava analizira isključivo iz ugla negativne obaveze države. Suprotno tome, u slučaju kada se pitanje povrede prava na privatni život zaposlenog postavlja u privatnom sektoru, onda se uloga i obaveza države analiziraju iz pozitivnog ugla, odnosno iz ugla onoga što je moglo biti učinjeno da do povrede prava zaposlenog na privatni život ne dođe.

U predmetu *Antović i Mirković* od značaja je to što se univerzitet doživljava kao javna institucija, pa samim tim se polazi od negativne obaveze države, odnosno od obaveze države da se uzdrži od zalaženja u privatni život zaposlenih, osim ako to nije u skladu sa zakonom i neophodno u demokratskom društvu radi zadovoljenja legitimnih ciljeva, pri čemu se pojam *neophodno*, u skladu sa principom srazmjernosti, tumači usko i ne može se poistovjetiti sa pojmovima *poželjno* ili *korisno*.¹² Na drugoj strani, transparentnost može biti ključna u davanju odgovora na pitanje da li je poslodavac uvođenjem video-nadzora povrijedio pravo na privatni život zaposlenog. Ovo iz razloga što se video-nadzor samo

11 *Ibid.*

12 Na primjer slučaj *Joung, James and Websterv. United Kingdom*. Više o tome vidi u: Lubarda, B. (2004: 60–67). *Evropsko radno pravo*. Podgorica: CID.

izuzeto može sprovoditi tajno, i bez *a priori* upoznavanja zaposlenog da će ovakvoj vrsti nadzora biti izložen na radnom mjestu (Ray, Rojot, 1995: 7).

I onda kada su ispoštovani svi navedeni principi, poslodavac mora osigurati da sistem video-nadzora bude zaštićen od pristupa neovlašćenih lica i da se lični podaci iz evidencije o video-nadzoru čuvaju u ograničenom periodu.¹³ Sasvim opravdano, mogućnost uvođenja video-nadzora je isključena u pogledu garderoba, liftova, sanitarnih prostorija, u prostorijama predviđenim za stranke i posjetioce i sl.¹⁴

3. Zakonitost i legitimnost uvođenja video-nadzora u prostorijama poslodavca

Opšti propisi o zaštiti podataka o ličnosti, u principu, ne zabranjuju uvođenje video-nadzora na mjestima rada, ali razloge njegovog uvođenja isključivo vezuje za zaštitu bezbjednosti lica ili imovine ili tajnih podataka i poslovnih tajni.¹⁵ Dodatni razlozi koji bi eventualno mogli opravdati video-nadzor na radnom mjestu tiču se potrebe da se nadgleda komplikovan i opasan proces proizvodnje, kao i potrebe da se otkriju počinioci krađe na radnom mjestu.¹⁶ Drugi mogući razlozi (interesi) na strani poslodavca u dovoljnoj mjeri ne opravdavaju upotrebu kontinuiranog video-nadzora, jer postoje drugi (manje agresivni) načini da poslodavac kontroliše izvršavanje rada, namjensku upotrebu sredstava za rad i da ocijenjuje rad zaposlenih.¹⁷

U slu čaju *Antović i Mirković* donijeta je odluka o uvođenju video-nadzora u sedam amfiteatara i ispred dekanata, a kao *razlozi* uvođenja nadzora navedeni su sigurnost imovine i lica, te praćenje izvršavanja nastavnih aktivnosti. Premda *razlozi vezani za bezbjednost imovine*

13 Prema čl. 37, st. 3 Zakona o zaštiti podataka o ličnosti, *Sl. list CG*, 79/08, 70/09, 44/12, ovaj period ne može biti duži od godinu dana.

14 Čl. 36, st. 2 Zakona o zaštiti podataka o ličnosti, *Sl. list CG*, 79/08, 70/09, 44/12.

15 Čl. 36, st. 1 Zakona o zaštiti podataka o ličnosti *Sl. list CG*, 79/08, 70/09, 44/12.

16 *Conditions of work digest, Workers' privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace* (1993: 120).

17 U Italiji je, u principu, zabranjeno uvođenje audiovizuelnog i sličnog nadzora u namjeri da se kontrolišu aktivnosti zaposlenih. Ukoliko je to neophodno za organizaciju rada ili sigurnost na radnom mjestu, ovaj vid nadzora se uvodi na osnovu saglasnosti sindikalnih predstavnika ili savjeta zaposlenih. Ukoliko saglasnost nije data, poslodavac se može obratiti inspekciji rada koja može odlučiti o opremi za nadzor i načinu na koji će se koristiti. *Conditions of work digest, Workers' privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace* (1993: 63).

i lica predstavljaju zakonite i legitimne razloge za uvođenje video- nadzora, potrebno je da je opasnost koja prijete imovini i licima stvarna i konkretna, odnosno da nije čisto teorijske prirode. Podnosioci predstavke su, otuda, s pravom ukazali na to da, u konkretnom slučaju, nije bilo stvarne opasnosti, budući da je amfiteatar u kome su držali predavanja bio zaključan prije i poslije predavanja, da su jedina imovina bili fiksirani stolovi, stolice i table, te da nije postojao razlog za strah za bilo čiju bezbjednost. Nije, dakle, bilo dokaza da prijete bilo kakva neposredna opasnost za bezbjednost ljudi i imovine. Dodali su i to da bi postavljanje kamera iznad ulaza u univerzitetsku zgradu moglo biti adekvatan oblik obezbjeđivanja takve sigurnosti. Ovo iz razloga što javne ustanove mogu vršiti video-nadzor pristupa službenim prostorijama,¹⁸ dok, na drugoj strani, oprema za video-nadzor može biti postavljena u službenim i poslovnim prostorijama ukoliko ciljevi vezani za bezbjednost ne mogu biti postignuti na drugačiji način,¹⁹ a što u konkretnom predmetu nije bio slučaj.

Daleko je, međutim, sporniji drugi razlog uvođenja video-nadzora koji se tiče *praćenja izvršavanja nastavnih aktivnosti*, budući da ga zakon ne predviđa kao opravdan razlog za uvođenje video-nadzora, pa se ne može smatrati ni da je sam nadzor uveden u skladu sa zakonom, a što je neophodan uslov za ograničenje prava na poštovanje privatnog života u skladu sa članom 8. stav 2 Konvencije. U pitanju je razlog koji se odnosi na tzv. poslovne interese i koji, zajedno sa kontrolom namjenske upotrebe sredstava za rad, spada u najčešće razloge zbog kojih se poslodavac odlučuje da nadzire rad zaposlenih. Legitimnost ovog razloga za uvođenje nadzora je sporna, jer poslodavac ove interese može zadovoljiti na drugi način, odnosno primjenom drugih metoda koji nužno ne podrazumijevaju narušavanje privatnosti zaposlenog.

Budući da jedan od navedenih razloga za uvođenje video-nadzora nije predviđen zakonom, ESLJP je, u slu čaju *Antović i Mirković*, zaključio da predmetno miješanje u privatni život zaposlenih (podnosilaca predstavke) nije bilo u skladu sa zakonom i da predstavlja kršenje člana 8 Konvencije, bez potrebe da razmatra ispunjenost drugih uslova predviđenih stavom 2 istog člana. Interesantno je, međutim, to što se domaći sudovi, i pored toga što je nadležna agencija²⁰ utvrdila da predmetno miješanje u privatni život zaposlenih nije u skladu sa

18 Čl. 35, st. 1 Zakona o zaštiti podataka o ličnosti, *Sl. list CG*, 79/08, 70/09, 44/12.

19 Čl. 35, st. 1 Zakona o zaštiti podataka o ličnosti, *Sl. list CG*, 79/08, 70/09, 44/12.

20 Prema čl. 50 Zakona o zaštiti podataka o ličnosti, *Sl. list CG*, 79/08, 70/09, 44/12, Agencija za zaštitu ličnih podataka, između ostalog, vrši nadzor nad sprovođenjem

zakonom, nisu upustili u ocijenu zakonitosti. Ovo iz razloga što su smatrali da aktivnosti profesora u amfiteatrima kao mjestima rada ne spadaju u domen njihovog privatnog života, te da im, samim tim, pravo na poštovanje privatnog života ne može biti povrijeđeno.

Treba dodati i to da se razlozi koje Direktiva 95/46/EZ²¹ određuje kao relevantne za obradu ličnih podataka, a koji se mogu primjeniti u kontekstu radnog mjesta, tiču činjenice da je radni odnos baziran na ugovoru o radu između zaposlenog i poslodavca, te da radi ispunjenja ugovora, poslodavac mora obrađivati određene lične podatke. Isto tako, radna zakonodavstva, po pravilu, nameću poslodavcu obaveze za čije ispunjenje je potrebna obrada ličnih podataka. Treći razlog odnosi se na potrebu balansiranja interesa radnika i poslodavca, i on bi u principu mogao biti osnov uvođenja video-nadzora na radnom mjestu, s tim da u slučaju *Antović i Mirković* nisu postojale okolnosti na osnovu kojih bi se prednost trebala dati važnim interesima poslodavca i koji bi uvođenje nadzora učinili legitimnim.

Može se zaključiti da načelo legaliteta predstavlja obavezan element dozvoljenog video-nadzora, osim u slučaju kada država ne reguliše pitanje video-nadzora i opravdane razloge za njegovo uvođenje, u kom slučaju se primjenom principa legitimnosti, srazmjernosti i transparentnosti utvrđuje da li predmetni nadzor predstavlja povredu prava zaposlenog na privatni život ili ne, pri čemu je značaj ovog principa nešto veći u slučaju kada se država javlja u ulozi poslodavca i kada je njena obaveza poštovanja prava zaposlenog na privatni život prevažodno negativna.

Pored zakonom utvrđenih legitimnih razloga za uvođenje video-nadzora u prostorijama poslodavca, ove razloge bi zajednički mogli utvrditi i socijalni partneri onda kada to nalaže opravdan interes poslodavca. No, moć kolektivnog djelovanja radnika nije značajnije korišćena za zaštitu njihovih osnovnih ljudskih prava na radu, uključujući i pravo na privatnost. Imajući u vidu da je savremena tehnologija omogućila poslodavcu da na veoma brz i lak način prikuplja i obrađuje podatke o zaposlenom i da ih kontinuirano nadzire, bilo bi dobro da predstavnici radnika redefinišu svoju ulogu u pogledu zaštite prava radnika. Dobar primjer predstavlja rješenje koje dolazi iz austrijskog prava, prema

zaštite ličnih podataka, rješava po zahtjevima za zaštitu prava i daje mišljenje u vezi sa primjenom ovog zakona.

21 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data. *Official Journal* L 281, 23. 11. 1995.

kome poslodavac ne može bez saglasnosti savjeta zaposlenih donositi odluke u vezi sa uvođenjem sistema kontrole, sistema za prikupljanje, obradu i saopštavanje ličnih podataka o zaposlenima, pri čemu se sistem kontrole tumači široko i uključuje svaki onaj koji je pogodan da kontroliše ukupno ponašanje zaposlenog, nezavisno od toga da li se sprovodi uz pomoć tehničke opreme ili ne.²² Isto tako, u Belgiji su putem kolektivnog ugovora regulisana brojna pitanja vezana za uvođenje video- nadzora u prostorijama poslodavca, testiranje zaposlenih na prisustvo alkohola i droga i sl. U Crnoj Gori poslodavac je dužan, prije donošenja odluke o uvođenju video-nadzora, pribaviti mišljenje reprezentativnog sindikata,²³ odnosno predstavnika radnika, a što u slučaju *Antović i Mirković* nije učinjeno. Uključivanjem predstavnika radnika u postupak uvođenja video-nadzora na mjestima rada postiže se veća transparentnost ali i legitimnosti takvog nadzora.

4. Transparentnost i srazmjernost uvođenja video-nadzora u prostorijama poslodavca

Princip transparentnosti predstavlja važan (konstitutivan) uslov dozvoljenog video-nadzora, budući da poslodavac ima obavezu da zaposlene unaprijed informiše o uvođenju ovakvog nadzora.²⁴ Njegov značaj proizilazi iz činjenice da u radnom pravu nije moguće unaprijed, zakonskim putem, predvidjeti sve situacije u kojima bi poslodavac mogao da ograniči privatni život zaposlenog, zbog čega načelo transparentnosti ima za cilj i da nadoknati deficit načela legaliteta. Zahvaljujući ovom principu zaposleni razumno očekuje privatnost na radnom mjestu onda kada ga poslodavac nije unaprijed informisao o uvođenju video-nadzora.

U slučaju *Antović i Mirković*, poslodavac nije unaprijed, u pisanom obliku, obavijestio zaposlene o uvođenju video-nadzora, čime je praktično nadzor nekoliko nedjelja vršen bez njihovog znanja, odnosno tajno. Za razliku od javnog video-nadzora: koji se na radnom mjestu uvodi pod određenim uslovima, *tajni video-nadzor* se, u principu, smatra zabranjenim, pa ga je

22 Pravo savjeta zaposlenih da saodlučuje u ovim pitanjima predviđeno je austrijskim Zakonom o kolektivnim radnim odnosima (*Collective Labour Relations Act*). *Conditions of work digest, Workers' privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace* (1993: 107).

23 Čl. 36, st. 4 Zakona o zaštiti podataka o ličnosti, *Sl. list CG*, 79/08, 70/09, 44/12.

24 Zaposleni koji rade u prostoru pod video-nadzorom moraju, u pisanom obliku, biti obaviješteni o vršenju video-nadzora, čl. 35, st. 5 Zakona o zaštiti podataka o ličnosti, *Sl. list CG*, 79/08, 70/09, 44/12.

moгуće uvesti samo u izuzetnim okolnostima i u ograničenom trajanju. Ovakav video-nazor opravdan je u veoma malom broju slučajeva i tumači se kao izuzetak od pravila. Argumenti koji bi opravdali tajni video- nadzor (*suspenziju načela transparentnosti*) zaposlenih moraju biti čvrsti i nedvosmisleni, budući da se ovim putem u većoj mjeri narušava privatnost zaposlenih, ali i njihov moralni integritet i dostojanstvo. Uvođenje tajnog video-nadzora obično se vezuje za postojanje ozbiljne sumnje o prevarnim ili drugim nedozvoljenim radnjama kod poslodavca i ne može se uvoditi radi supervizije zaposlenih.²⁵ Potrebno je, međutim, da tajni video-nadzor nema alternativu.²⁶ U svakom slučaju, mora biti ograničen po trajanju i može se koristiti samo kao dio odgovarajuće istrage.

O tome svjedoči i noviji slučaj *Lopez Ribalda i dr. protiv Španije*, u kome je uvođenje tajnog video-nadzora na mjestu rada označeno kao kršenje člana 8 Konvencije, bez obzira na to što je poslodavac imao ozbiljan i opravdan razlog za njegovo uvođenje.²⁷ Ono što je odlučujuće uticalo na ovakvu odluku jeste činjenica da je snimljeni materijal bio dostavljen na uvid većem broju lica prije nego što su zaposleni bili obaviješteni o tome da video-nadzor postoji, kao i to da su zaposleni, imajući u vidu, zakonsku regulativu, razumno očekivali privatnost na radnom mjestu. Od uticaja je i to što nadzor nije bio ograničen po trajanju, pa u tom smislu nije bio ni srazmjernan cilju koji se želio postići, posebno imajući u vidu da je interes poslodavca, bar do određene mjere, mogao biti zadovoljen na drugi način. Otuda u navedenom predmetu domaći sudovi nisu uspostavili fer balans između prava zaposlenog na poštovanje njegovog privatnog života i poslodavčevih svojinskih prava. No, za razliku od ovog, u slučaju *Köpke protiv Njemačke*, Sud, i pored veoma sličnog činjeničnog stanja, nije utvrdio povredu člana 8 Konvencije.²⁸ Ovo iz razloga što je u slučaju *Köpke* nadzor bio vremenski ograničen na period od dvije nedjelje i što se odnosio samo na dva radnika.

Princip srazmjernosti integrisan je u stavu 2 člana 8 Konvencije kroz zahtjev da se miješanje u privatni život može dozvoliti samo onda kada je to neophodno u demokratskom društvu. Drugim riječima ono je moguće samo onda kada nema drugog načina da se izbjegnu neželjene posljedice,

25 *Protection of workers' personal data, An ILO code of practice* (1997). Geneva: International Labour Office.

26 *Conditions of work digest, Workers' privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace* (1993: 183).

27 *Lopez Ribalda and others v. Spain*, Judgment of 9 January 2018, no. 8567/13.

28 *Köpke v. Germany*, Judgment of 5 October 2010, no.420/07.

odnosno ostvare važni legitimni ciljevi. Podrazumijeva se da ni obim miješanja ne smije biti veći od onog koji je neophodan u demokratskom društvu. Ovaj princip treba da osigura da ograničenje privatnosti zaposlenog bude srazmjerno cilju koji se želi postići, i ne odnosi se samo na *obim* ograničenja, već i na *način* na koji se to ograničenje vrši. U slučaju video-nadzora, ovaj princip pomaže i u donošenju odluke o tome da li je nadzor postavljen na odgovarajući način, odnosno da li je opseg takvog nadzora prekomjeran, te da li je on po svom trajanju bio srazmjerni cilju koji se želio postići.

5. Zaključak

Zahvaljujući prodoru ljudskih prava u svijet rada, poslodavac je dužan da poštuje pravo na privatni život zaposlenog. Ova obaveza, međutim, nije apsolutna, budući da poslodavac može, pod određenim uslovima, ograničiti pravo zaposlenog na privatni život. Takva mogućnost, u velikoj mjeri, zavisi i od načina na koji se privatni život ograničava, pri čemu video-nadzor spada u red onih koja najteže pogađaju dostojanstvo čovjeka, zbog čega se u slučaju njegovog uvođenja zahtijeva strožija primjena principa legitimnosti, srazmjernosti i transparentnosti. U njegovom uvođenju ključnu ulogu igra i princip legaliteta, posebno onda kada se država javlja u ulozi poslodavca i kada je njena obaveza poštovanja prava na privatni život prevashodno negativna.

Presuda ESLJP u predmetu *Antović i Mirković protiv Crne Gore* predstavlja samo još jedan prilog tvrdnji da se ljudska prava i ljudsko dostojanstvo moraju poštovati i na polju radnih odnosa. Ona je i potvrda ideje o potrebi širokog tumačenja pojma privatnog života čija se sadržina stalno proširuje, u namjeri da se osigura stvarno poštovanje prava na privatni život. Pravo na poštovanje privatnog života, između ostalog, podrazumijeva i mogućnost pristupa drugima kako bi se uspostavile i razvile veze s njima. Može uključiti i profesionalne aktivnosti ili aktivnosti koje se vrše u javnom kontekstu, budući da postoji zona interakcije sa drugima koja se, čak i u javnom kontekstu, može svrstati pod pojam privatnog života. U skladu sa tim, pojam privatnog života može uključiti i ono što se dešava u amfiteatrima kao mjestima rada profesora u kojima oni, pored toga što podučavaju studente, stupaju u interakciju sa njima, i time razvijaju zajedničke odnose i grade njihov društveni identitet. Pravo na privatni život profesora dok borave u amfiteatrima moglo bi se, oduka, ograničiti putem video-nadzora samo onda kada to nalažu zakonom predviđeni razlozi koji se tiču sigurnosti

imovine i lica, dok na drugoj strani razlozi poput praćenja nastavnih aktivnosti ne opravdavaju uvođenje video-nadzora u amfiteatrima.

Da bi se ovakav nadzor smatrao opravdanim, potrebno je i da je uveden na transparentan način, odnosno da je zaposleni unaprijed, pisanim putem, upoznat sa njegovim uvođenjem, te da je srazmjeran cilju koji se, u konkretnom slučaju, želi ostvariti. Jedino je uz odgovarajuću primjenu svih ovih principa moguće efikasno zaštititi dostojanstvo zaposlenog na radu.

Literatura/Reference

Article 29 Data Protecting Working Party, *Opinion 8/2001 on the processing of personal data in the employment context*, 5062/01/EN/Final WP 48, adopted on 13 September 2001.

Ditertr, Ž. (2006). *Izvod iz najznačajnijih odluka Evropskog suda za ljudska prava*. Službeni glasnik.

Kovačević, Lj. (2013). Radnopravna zaštita građanskih sloboda i prava zaposlenih na radnom mjestu – prodor demokratskih vrijednosti u svijet rada ili kompenzacija za veću nesigurnost zaposlenja. *Teme*. Broj 4.

Kovač-Orlandić, M. (2018). *Pravo zaposlenog na privatnost i njegova zaštita*, Doktorska disertacija (neobjavljena). Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Krstić, I. (2006). *Pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života član 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima*. Beograd: Beogradska inicijativa za ljudska prava.

Lubarda, B. (2004). *Evropsko radno pravo*. Podgorica: CID.

Lygutas, A. (2009). Human rights in the centext of counter-terrorism measures: United States of America. *Jurisprudence*. Broj 3.

Mantouvalou, V. (2009). Private life and dismissal. *Industrial Law Journal*. Vol. 38, Broj 1.

Marković, S. (2009). Terorizam i druga krizna stanja savremenog društva i njihov uticaj na ograničavanje ljudskih prava i demokratiju. *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*. Vol.16. Broj 1.

Protection of worke`s personal data, An ILO code of practice, International Labour Office, Geneva, 1997.

Ray, J-E., Rojot, J. (1995). Worker privacy in France. *Comparative Labour Law & Policy Journal*. Fall.

Rid, K. (2007). *Evropska konvencija o ljudskim pravima*. (prev. L. Budimlić, N. Dobrković). Beograd: Beogradski centar za ljudska prava.

Hendrickx, F. (2002). *Protection of workers' personal data in the European Union: general issues and sensitive data*. University of Leuven, University of Tilburg.

Conditions of work digest, Workers' privacy Part II: Monitoring and surveillance in the workplace, International Labour Office, Geneva, vol.12, broj 1, 1993.

Weiss, M., Geck, B. (1995). Worker Privacy in Germany. *Comparative Labour Law & Policy Journal*, Fall.

Pravni izvori

Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October

1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (*Official Journal* L 281, 23. 11. 1995, str. 31–50).

Zakon o zaštiti podataka o ličnosti. *Službeni list CG*. Br. 79/08, 70/09, 44/12.

Sudska praksa

Presuda ESLJP u slučaju Nimits (Niemiets) protiv Njemačke od 16. decembra 1992. godine (podnesak br. 13710/88/01).

Presuda ESLJP u slučaju Antović i Mirković (Antovic and Mirkovic) protiv Crne Gore od 28. novembra 2017. godine (podnesak br. 70838/13).

Presuda ESLJP u slučaju Pek (Peck) protiv Ujedinjenog Kraljevstva od 28. januara 2003. godine (podnesak br. 44647/98).

Presuda ESLJP u slučaju Lopez Ribalda i dr. (Lopez Ribalda and others) protiv Španije od 09. januara 2018. godine (podnesak br. 8567/13).

Presuda ESLJP u slučaju Kopke (Köpke) protiv Njemačke od 05. oktobra 2010. godine (podnesak br. 420/07).

Milica Kovač-Orlandić, LL.D.

Junior Teaching Associate,

Faculty of Law, University of Donja Gorica, Podgorica, Montenegro

VIDEO SURVEILLANCE IN THE EMPLOYER'S PREMISES: THE ECtHR JUDGMENT IN ANTOVIĆ AND MIRKOVIĆ V. MONTENEGRO

Summary

Owing to the fact that the fundamental human rights have been introduced into the labour law relations, each employer is bound to respect the private lives of their employees. However, this obligation is not absolute, considering that the employer may, under certain circumstances, limit the employee's right to respect for private life. This possibility greatly depends on how the employee's right to privacy has been limited. Video surveillance is a measure that most severely affects human dignity, due to which its implementation requires stricter application of the principles of legitimacy, proportionality, and transparency. In this implementation, the key role is played by the principle of legality, especially when the state appears in the role of employer and when its obligation to respect the right to privacy is predominantly negative.

The ECtHR judgement in Antović and Mirković v. Montenegro (2017) is another proof that human rights and human dignity have to be respected in the field of labour relations. This judgement is a confirmation that the notion of private life has to have wider interpretation and application in order to ensure the protection of the right to respect for private life. The right to respect for private life, among other things, implies the possibility to access other people in order to establish and develop relations with them. It may involve professional activities or the activities performed in a public context because, even in a public context, there is a zone of interaction with other people, which may be categorised under the notion of private life. Pursuant to the aforementioned, the notion of private life may include activities taking place in auditoria as places where professors, apart from teaching students, interact with them, develop mutual relations and build their social identities. Thus, the right to respect for private life of professors, while in auditoria, may be limited by video surveillance only under legally prescribed circumstances related to the safety of people and property.

On the other hand, the surveillance of teaching activities is not among the legitimate grounds for the introduction of video surveillance. In order for this surveillance to be justified, it should be introduced in a transparent manner, i.e. employees must be made familiar with the introduction of video surveillance in advance and in writing,

and such surveillance must be proportionate to the specific objective that needs to be accomplished. Only with an appropriate application of all of these principles can we efficiently protect employees' dignity in the workplace.

Key words: *right to respect for private life, video surveillance, labour relations, principles of legality, legitimacy, proportionality and transparency.*

Dr Mahir Muharemović,*
Naučni saradnik
Program vladavine prava za Jugoistočnu Evropu
Konrad Adenauer fondacije

pregledni naučni rad
doi:10.5937/zrpfni1982183M

UDK: 347.7
342.7:347.9

Rad primljen: 20.12.2018.
Rad prihvaćen: 02.04.2019.

ZAŠTITA TEMELJNIH LJUDSKIH PRAVA PRED MEĐUNARODNIM INVESTICIJSKIM ARBITRAŽAMA KROZ POSEBAN OSVRT NA PRAVO NA VODU

Apstrakt: Koncept ljudskih prava prodire u sve sfere prava, djelujući kao ograničavajući, korektivni i zaštitni mehanizam protiv zloupotrebe prava od strane država i drugih subjekata. Upravo ljudska prava predstavljaju jednu "kočnicu" razvoju neoliberalnog ekspanzionizma, otjelotvorenog u režimu zaštite stranih investicija putem međunarodnih investicijskih ugovora. Kada države uđu u takve ugovore, oni unose u iste svoje prethodno preuzete obaveze, a naročito obaveze zaštite ljudskih prava. Međutim, ta obaveza nije samo rezultat postojećih međunarodnih ugovora, nego države moraju poštovati u svom ponašanju i norme međunarodnog prava višeg ranga (*ius cogens* norme), u koje spadaju i temeljna ljudska prava, sa ishodištem u pravu na život. U takvom pravnom okviru je primjetan porast sukoba između zaštite prava stranog investitora u međunarodnim investicijskim sporovima i zaštite temeljnih ljudskih prava. Pravo na vodu, kao indirektno pravo na život, poseban je indikator navedenog sukoba u praksi međunarodnih investicijskih tribunala. Postavlja se pitanje prvenstva prava, odnosno pitanje koje obaveze za države, po međunarodnom pravu, imaju prioritet: zaštita stranih investicija ili zaštita temeljnih ljudskih prava, a naročito prava na vodu? Dosadašnja praksa međunarodnih investicijskih tribunala je raznovrsna i nekonzistentna po tom pitanju, odnosno ne daje jasan odgovor na ovo ključno pitanje.

Ključne riječi: Međunarodne investicijske arbitraže, temeljna ljudska prava, pravo na vodu, *ius cogens* norme, Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, suprematija.

* mahir.muharemovic@kas.de

1. Uvod

Iako se, na prvi pogled, u ovom radu spaja „nespojivo“, odnosno stavljaju se u korelaciju međunarodni investicijski ugovori sa ljudskim pravima, tokom izlaganja ove, nadasve, interesantne materije, argumentovano će se prikazati da ljudska prava i te kako igraju važnu ulogu unutar međunarodnog investicijskog režima. Koncept ljudskih prava prodire u sve sfere prava, djelujući kao ograničavajući, korektivni i zaštitni mehanizam protiv zloupotrebe prava od strane država i drugih subjekata. Zbog navedenog, ljudska prava imaju svoje mjesto u sferi međunarodnog investicijskog prava. Štaviše, ljudska prava su posebno bitna u međunarodnoj trgovini i stranim ulaganjima, u kojima se kao ključni akteri pojavljuju države i moćne multinacionalne korporacije, bez efektivnog učešća pojedinaca, odnosno grupa, koji su potencijalno pogođeni sporazumima iz oblasti trgovine i investicija.

Države se u investicijskim sporovima pred međunarodnim arbitražama nalaze u pasivnoj ulozi, jer su uvijek tužena strana¹. Shodno tome, države mogu samo reagovati na tvrdnje stranog investitora te iznositi svoje razloge i opravdanja za postupanje koje je okarakterisano od strane investitora kao kršenje investicijskog ugovora i prava investitora. Međutim, kako Sornarajah (2015: 300) primjećuje jednu očiglednu „kočnicu“ razvoju neoliberalnog ekspanzionizma predstavlja „otkriće“ novih pravnih argumentacija tuženih država pred međunarodnim investicijskim arbitražama. Zbog navedenog, noviji ugovori su počeli da prepoznaju odbrane zasnovane na potrebi države da reguliše u javnom interesu, s ciljem da stvore ravnotežu u ugovorima između zaštite ulaganja i regulatornog prostora države-domaćina radi djelovanja u javnom interesu. Diskusija i priznavanje ovih odbrana od odgovornosti u posljednjih nekoliko odluka arbitražnih tribunala ima za posljedicu neizvjesnost zaštite investitora. Ovim je učinjen pomak sa pozicije apsolutne zaštite investitora do pozicije kvalifikovane zaštite investitora (Sornarajah, 2015: 302). Odbrane koje se pojavljuju su rezultat sukoba interesa, odnosno sukoba do sada fragmentiranih režima. U ovom sudaru vrijednosti na kojima su nastala pojedina područja međunarodnog prava u periodu njegove fragmentacije, reintegracija ovih fragmentiranih područja u zajedničke principe je nužna, a na osnovu konstruisanja jasne hijerarhije vrijednosti. U neoliberalnom periodu, veću vrijednost je imala zaštita stranih investicija, kao osnov ekonomskog razvoja. Ta teza više nije održiva. Kao rezultat toga, razvija se pravo koje nastoji demontirati vrijednosti neoliberalizma. Dakle, prava investitora, zagarantovana bilateralnim ugovorom, ne mogu se koristiti kako bi se kršili principi prava ljudskih prava (Sornarajah, 2015: 319). Tako, država porijekla investitora

1 Samo nekoliko bilateralnih investicijskih ugovora (BIU) dozvoljava državi da pokrene postupak pred međunarodnom investicijskom arbitražom, ali takvi postupci do sada nisu pokrenuti (Kube & Petersmann, 2016: 80).

ne može štiti prava svog državljana koji krši ljudska prava. Vrhovni sud SAD je priznao nadležnosti sudova za američke multinacionalne korporacije koje krše međunarodno pravo dok posluju u stranim državama (vidi: *Sosa V. Alvarez-Machain et al.*, (03-339) 542 U.S. 692 (2004); *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, 569 U. S. (2013)). Također, engleski sudovi su utvrdili građansku odgovornost matičnih kompanija čije podružnice u inostranstvu svojim poslovanjem prouzrokuju štetu u stranim državama (vidi predmete protiv kompanija: *Tonkolili Iron Ore Ltd*, *Equion Energia Ltd* i dr.²). Sami državljani, koji su djelovali u suprotnosti sa principima ljudskih prava, ne mogu tražiti zaštitu po investicijskim ugovorima od strane države svog porijekla. Nadalje, bilo bi teško tvrditi da država porijekla investitora nema obavezu da spriječi svoje korporacije da saučestvuju u kršenju ljudskih prava. Ako to kršenje ljudskih prava uključuje kršenje *ius cogens* normi, jasno je da neće biti odgovornost u državi domaćina. Umjesto toga, odgovornost stranih investitora treba da se utvrdi pred posebnim tribunalima, a ne pred investicijskim arbitražama. Tako u slučaju *Desert Line v. Yemen* uključena je bila i mogućnost genocida. Prethodna praksa arbitražnih tribunala ukazuje da su investicijski ugovori koji uključuju ropstvo ili podmićivanje ništavni po svojoj prirodi (Sornarajah, 2015: 321). S druge strane, treba konstatovati da se nije do sada jasno, konzistentno i jednoobrazno, kroz praksu međunarodnih investicijskih arbitraža, razvilo stajalište prema kojem strani investitor koji krši *ius cogens* norme ne uživa zaštitu (De Wet & Vidmar, 2012: 498).

Zbog svega navedenog, predmet ovog istraživanja je, upravo, situacija kada su prava investitora suprotstavljena temeljnim ljudskim pravima. U radu je, radi boljeg i jasnijeg razumijevanja tematike, pravo na vodu uzeto kao primjer temeljnog ljudskog prava koje se narušava ponašanjem pojedinih stranih investitora. Ovo pravo će biti analizirano kako kroz svoju teorijsku dimenziju (definiciju i položaj u međunarodnom pravu), tako i kroz praksu međunarodnih investicijskih arbitraža (predmeti u kojima je pravo na vodu tangirano). Cilj istraživanja je određivanje hijerarhijskog odnosa (u međunarodnom pravu) temeljnih ljudskih prava (kroz primjer prava na vodu) prema pravima investitora u režimu međunarodnih investicija.

2. Odnos prava investitora i ljudskih prava

Uobičajan je pristup da se sistem za zaštitu investitora i sistem za zaštitu ljudskih prava promatraju kao dva odvojena režima u međunarodnom pravu. Naime, zajednički je osjećaj da su ljudska prava tipičan atribut pojedinaca, ljudskog bića. Strani investitori mogu, naravno, biti pojedinci, ali najčešće se radi o kompani-

2 Izvor: <http://conflict.laws.net/2016/uk-court-on-tort-litigation-against-transnational-corporations/> (pristup: 01. 10. 2018).

jama ili, općenito, o pravnim licima (Dupuy et al., 2009: 45), koje imaju kapacitet da zaključe međunarodne sporazume. To je, vjerojatno, jedan od razloga zašto norme koje se tiču ljudskih prava nisu tako često predmet raspravljanja pred investicijskim arbitražama. Ipak, ne može se poreći činjenica da se sve više pitanja vezanih za zaštitu ljudskih prava postavlja pred investicijskim arbitražama, a sve u interakciji sa međunarodnim investicijskim pravom (Berzero, 2014:18–19). Ovdje treba primijetiti da su ljudska prava koja su zaštićena u vodećim konvencijama o ljudskim pravima i nacionalnim ustavima fokusirana na građanske i političke slobode. U većini slučajeva njihov originalni cilj bio je da zaštiti pojedince i grupe protiv zlopotrebe vlasti od strane vlada. Stoga, postavlja se opravdano pitanje kako ova građanska i politička prava mogu imati ikakve veze sa pitanjima kao što su garancije poslovnih kredita i sl. (Collins, 2012: 2). Međutim, s druge strane, međunarodno investicijsko pravo, kao cjelina, ne može predstavljati zaseban i nezavisan režim, odvojen od općeg međunarodnog prava (Braun, 2013: 39). Tako je bitno istaći, prema Simma-u (2011: 584), da se prilikom tumačenja odredbi BIU, barem indirektno prilikom definisanja smisla pojedinih pojmova BIU, trebaju uzeti u razmatranje međunarodni ugovori o ljudskim pravima (ako su obje strane potpisnice BIU i potpisnice relevantnog međunarodnog ugovora o ljudskim pravima), a sve prema odredbama člana 31(3) (c) *Bečke konvencije o pravu ugovora*.

Iako su oba pravna režima (investicijsko pravo i ljudska prava) razvila na proceduralnom nivou skoro suprotstavljene karakteristike (ljudska prava se odnose na sva ljudska bića dok su prava investitora rezervisana za investitore na osnovu državljanstva; ne postoji obaveza kod investitora da iscrpi sve domaće pravne lijekove prije obraćanja arbitraži; mehanizam izvršenja je u arbitražnim postupcima efikasniji i dr.), određene materijalno pravne odredbe (standardi) u međunarodnom investicijskom pravu imaju karakteristike ljudskih prava (npr. pravo na kompenzaciju u slučaju eksproprijacije; pravo na pošten i pravičan tretman, bez diskriminacije i dr.), dok su druge u fazi kretanja prema ljudskim pravima (Klein, 2012: 206). Tako u predmetu *Biloune v. Ghana* (UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability, Oct. 27, 1989) investitor, pored tvrdnji o nepoštivanju ugovornih odredbi, istakao i tvrdnju da su mu prekršena ljudska prava, jer je neosnovano i arbitrarno lišen slobode (u ovom slučaju arbitražni tribunal se oglasio nenadležnim po pitanju kršenja ljudskih prava). Slično u predmetima *Corona Materials v. Dominican Republic* (ICSID Case No. ARB(AF)/14/3) i *Philip Morris v. Uruguay* (ICSID Case No. ARB/10/7) u kojima se investitor pozvao na grubo kršenje prava na "pristup pravdi" zbog odluka upravnih organa države-domaćina, a u predmetima *Philip Morris v. Uruguay* i *Rusoro Mining v. Venezuela* (ICSID Case No. ARB(AF)/12/5), investitor je istakao prigovor kršenja prava na imovinu nezakonitom eksproprijacijom.

Tokom konstantne evolucije BIU primijećena je određena neravnoteža između prava i obaveza stranaka u BIU, pa je danas uspostavljeni režim u BIU podložan kritikama, jer se stranim investitorima daju široke ovlasti i prava u odnosu na državu-domaćina, konkretnije, u odnosu na same građane te države (Berzero, 2014: 7–9). Ipak, treba primijetiti da u slučajevima investicijskih arbitraža baziranih na BIU, arbitri se moraju pozvati na druge sisteme, kao npr. na ljudska prava, jer nije moguće odrediti sadržinu prava vezanih za eksproprijaciju ili pošten i pravičan tretman analizirajući samo odredbe bilateralnih investicijskih ugovora (Castillo, 2012: 67). U tom smislu, primjer iz arbitražne prakse je predmet *Tecmed vs Mexico* (ICSID Case No. ARB (AF)/00/2). U spomenutom predmetu arbitražni tribunal se pozvao na praksu Evropskog suda za ljudska prava (ESLJP) kako bi odredio opravdanost eksproprijacije investitora od strane države, koristeći se analizom proporcionalnosti mjera javne vlasti. Isto tako u predmetu *Azurix vs The Argentine Republic*, 2006 (ICSID Case No. ARB/01/12) arbitražni tribunal se referisao na praksu ESLJP kako bi odredio šta se podrazumijeva pod eksproprijacijom.

3. Međunarodni investicijski ugovori i kršenja ljudskih prava

Što se tiče same interakcije ljudskih prava i prava investitora, u teoriji postoje dva oprečna stajališta. Tako, Fry (2007) tvrdi da arbitražni tribunali primjenjuju zakone koji su kompatibilni i podržavaju ljudska prava. Međutim, njegova analiza se bavi raspravom iz perspektive osnovnih prava koja pripadaju investitorima. Svi slučajevi koje analizira spomenuti autor bave se situacijama u kojima su prava investitora bila narušena, odnosno u kojima se raspravljalo o pitanjima opravdanosti eksproprijacija pozivanjem na razloge javnog interesa i sl.

S druge strane, javni interes može implicirati pitanja koja su od zajedničkog interesa za cijelo čovječanstvo. Primjeri ovog uključuju pitanja zaštite okoliša i ljudskih prava. U tom kontekstu, pitanja od javnog interesa mogu se izjednačiti sa ekonomskim pojmom javnih dobara. Dakle, predmet javnih usluga zaštite okoliša, opskrbljivanja vodom za piće i dr. su javna dobra (Choudhury, 2008: 791), što je ujedno i predmet pojedinih investicijskih ugovora putem koncesija i sl. Postalo je jasno da je regulatorna funkcija država u tim segmentima ugrožena (UN Human Rights Council – Izvještaj nezavisnog eksperta, 2015: 6).

Problem je otežan obeshrabrujućim efektima odluka arbitražnih tijela kojima su države kažnjene dosuđivanjem ogromnih iznosa na ime naknade štete investitorima za donošenje propisa za zaštitu okoliša, sigurnosti hrane, pristup generičkim lijekovima i smanjenje pušenja, pristup pitkoj vodi i sl. Posmatrači

su primijetili nazadovanje u zaštiti prava, uključujući prava na život ³, hranu (Human Rights Council, Doc. A/ HRC/ 25/ 57), vodu i kanalizaciju, zdravstvo, stanovanje, obrazovanje, kulturu, standarde rada, nezavisno sudstvo, čist okoliš i pravo da čovjek ne bude podvrgnut prisilnom preseljenju. Dakle, primjetan je trend sve većeg broja investicijskih sporova u kojima su investitori osporili osjetljive nacionalne zakonodavne i administrativne mjere. To uključuje i sporove u okviru NAFTA-e u kojima su investitori osporili ekološke i socijalne regulacije država (Spears, 2011: 272).

Nadalje, postoje ozbiljne zamjerke i na rad arbitražnih tribunala u pogledu zaštite ljudskih prava, pa tako se navodi da je među glavnim prijetnjama za demokratski i pravedan međunarodni poredak rad arbitražnih tribunala koji se ponašaju kao da su iznad međunarodnog režima ljudskih prava, te da su te arbitraže čuvari korporativnog interesa umjesto javnog interesa (UN Human Rights Council – Izvještaj nezavisnog eksperta, 2015: 9). U 2009. godini švedski energetska konglomerat *Vattenfall* tužio je Njemačku na osnovu Evropske energetske povelje, tražeći isplatu na ime naknade štete od 1,4 milijarde eura, jer je Njemačka država svojim propisima nastojala zaštititi rijeku Elbu od nekontrolisanog ispuštanja vode za hlađenje iz postrojenja navedene kompanije. Tek nakon što je Njemačka vlada pristala da spusti ekološke standarde, postignut je sporazum. Međutim, nakon katastrofe u Fukušimi njemačka javnost je počela zagovarati zatvaranje svih atomskih centrala, a kojem zahtjevu su njemačke vlasti udovoljile odlukom o zatvaranju svih atomskih centrala, što je dovelo do nove tužbe *Vattenfall*-a u iznosu od 4 milijarde eura na ime naknade štete. Slučaj *Aguas del Turani S. A. protiv Republike Bolivije* ticao se ugovora kojim je privatizirana opskrba vode u gradu Cochabamba, u vidu četrdesetogodišnje koncesije. Navedeni ugovor je sklopljen pod patronatom Svjetske banke kao uvjet za kredit. Većinski vlasnici navedene kompanije-koncesionara bile su američka kompanija *Bechtel* i španjolska kompanija *Spanish multinational Abengoa*. Nakon potpisivanja ugovora o koncesiji, došlo je do naglog povećanja cijene vode, što je dovelo do masovnih demonstracija stanovništva koje je tražilo svoje pravo na pristup pitkoj vodi pod prihvatljivim cijenama. Odgovor vlade je bio brutalan, te su uz pomoć vojske razbijene demonstracije, a tek nakon smrti jednog sedamnaestogodišnjeg tinejdžera vlada je raskinula ugovor o privatizaciji sa kompanijom *Aguas*, što je dovelo sa druge strane do podizanja tužbe pred međunarodnom arbitražom u vrijednosti od 50 miliona dolara (UN Human Rights Council – Izvještaj nezavisnog eksperta, 2015: 11–12). U tom kontekstu ističe se tvrdnja da „najvažnije

3 Pravo na život je uvijek ugroženo kada jedna osoba umire zbog neadekvatnog pristupa lijekovima jer su farmaceutske kuće privatizirale pojedine lijekove putem patentiranja, što otežava proizvodnju jeftinijih generičkih lijekova. Pravo na život je, također, povrijeđeno kada se farmerima i drugim radnicima uništavaju kroz slobodnu trgovinu izvori prihoda, bez adekvatne regulatorne zaštite države.

pravo države-domaćina – pravo da reguliše nije sastavni dio poklona datog u obliku investicijskog ugovora“ (Subedi, 2008: 170).

Na kraju, treba istaći zanimljivu empirijsku analizu Bodea & Ye (b. d.) prema kojoj države koje ratifikuju veći broj BIU-a imaju lošiju zaštitu ljudskih prava, te da time BIU negativno utiču na zaštitu ljudskih prava u nedemokratskim državama.⁴

4. Primjena ljudskih prava pred međunarodnim investicijskim arbitražama

Tokom mnogih postupaka pred investicijskim tribunalima, ponekad od strane tužitelja (strani investitori)⁵ a ponekad od strane tužene države⁶, iznijeta je argumentacija o primjenjivosti ljudskih prava u konkretnim sporovima. U tom pogledu, investicijski tribunali su ponudili razne razloge zbog kojih imaju rezervirani pristup u primjeni instrumenata ljudskih prava u investicijskim sporovima. Ti razlozi uključuju nedostatak dovoljno razrađenih argumenata od strane stranaka, nedostatak nadležnosti i razlike između dviju grana međunarodnog prava (Baetens, 2013: 89). Generalno govoreći, međunarodni arbitražni tribunali nemaju jurisdikciju da utvrđuju povrede ljudskih prava. Kao tribunali ograničene jurisdikcije arbitraže mogu samo utvrditi da li je određena odredba investicijskog ugovora povrijeđena. Međutim, ovo ne znači da se međunarodno pravo ljudskih prava ne može primjenjivati i da se odredbe investicijskih ugovora ne mogu tumačiti u skladu sa ljudskim pravima. Postoji rastuća spoznaja da investicijski sporovi nisu „izolirani od dinamike i napetosti ostatka pravnog svemira, i stoga imaju potencijal da utiču na ljudska prava“ (Meshel, 2015: 278).

Jasno je, naime, da međunarodne arbitraže, kao međunarodna tijela, ne egzistiraju samostalno, van međunarodnopravnog okvira, a u koji spadaju, svakako, međunarodno priznata ljudska prava. Međunarodne arbitraže su formirane međunarodnim ugovorima, po pravilima Bečke konvencije i međunarodnog običajnog prava, a države potpisnice pored obaveza iz investicijskih ugovora imaju i druge obaveze po međunarodnom pravu. Ipak, praksa arbitraža po tom pitanju nije ujednačena.

Već 1980-ih godina jedno međunarodno arbitražno tijelo je priznalo činjenicu da druge međunarodne obaveze država, uspostavljene drugim ugovorima, mogu biti relevantne prilikom iznošenja opravdanja za kršenje investicijskih ugovora

4 Analiza dostupna na: http://wp.peio.me/wpcontent/uploads/PEIO9/102_80_1432544970788_Bodea_Ye_25_05_2015_peio.pdf

5 Kao primjer vidi predmete u ovom radu: *Yukos v. Russia* ili *Desert Line Projects v. Yemen*.

6 Kao primjer vidi predmete u ovom radu: *Southern Pacific Properties Limited v. Egypt* ili *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Republic of Lebanon*.

na štetu investitora. Riječ je, naime, o slučaju *SPP v. Egypt (Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Egypt*, ICSID Case no. ARB/84/3, Award of May 20, 1992, 32 I.L.M. 933 (1993), par. 154). U tom slučaju arbitri su ozbiljno razmatrali pitanje da li obaveze Egipta po UNESCO-voj Konvenciji o zaštiti kulturnog naslijeđa imaju relevantnost u predmetnom slučaju kršenja obaveza iz investicijskog ugovora. Iako navedena arbitraža nije usvojila na kraju ovaj prigovor Egipta, jer je investicijski ugovor ranije potpisan, prije stupanja na snagu same Konvencije, ipak je ovaj prigovor ozbiljno razmatran kao legitimna odbrana države pred međunarodnom arbitražom. Dakle, i po samoj Bečkoj konvenciji (član 31.3. c.) arbitri su dužni tumačiti investicijske ugovore u svjetlu relevantnih pravila međunarodnog prava primjenjivih u odnosu na ugovorne strane. Iako arbitri često ne koriste ove odredbe Bečke konvencije, po međunarodnom pravu bi bili dužni učiniti to (Peterson, 2009: 22). Primjer navedenog predstavlja odluka arbitražnog tribunala u predmetu *Grand River Enterprises Six Nations Ltd. v United States of America*. NAFTA Award (12 January 2011) koji je odbio uzeti u razmatranje druge izvore međunarodnog prava prilikom tumačenja odredbi NAFTA-e. Tako i Đajić (2015) primjećuje da se u međunarodnoj investicijskoj praksi odstupa od općeg pravila o tumačenju te da postoji tendencija davanja prednosti pojedinim metodima tumačenja kao što je to ciljno tumačenje. Isti autor kritikuje ovu tendenciju i smatra da nisu ubjedljivi razlozi arbitražnih sudova koji prednost daju ciljevima iz preambule u odnosu na dispozitivni dio međunarodnih ugovora, i da su protivni općem pravilu o tumačenju. Na kraju, navedeni autor smatra da opredjeljivanje arbitražnih sudova da ciljno tumače međunarodne ugovore o zaštiti stranih ulaganja, uglavnom, vodi ka proinvestitorskom stavu u njihovim odlukama. Nadalje, Peterson (2009: 21) primjećuje da arbitraže uopće nemaju u vidu druge međunarodne instrumente za zaštitu ljudskih prava, pogotovo odredbu o poštivanju i zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda sadržanu u *Povelji Ujedinjenih nacija iz 1945. godine* (Povelja UN-a). Ipak, u predmetu *Chevron Corporation (U. S.) & Texaco Petroleum Corporation (U.S.) v. Republic of Ecuador* (PCA Case No. 34877, Interim Award, para.244, Dec. 1, 2008), arbitražni tribunal konstatuje (iako se kasnije u odluci ne bavi ovim pitanjem) da "...interpretacija odredbi BIU treba biti u svjetlu pravila međunarodnog prava..." Slično navedenom, iako je primjena međunarodnog prava eksplicitno navedena u predmetnom BIU, arbitražni tribunal u predmetu *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Republic of Lebanon* (ICSID Case No. ARB/07/12, Decision on Jurisdiction, Sept. 11, 2009) bavio se pitanjem koji međunarodni instrumenti za zaštitu ljudskih prava se odnose na tuženu državu, posebno ističući Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima.

Iako su neki arbitražni tribunali odbacili tvrdnje ove vrste pozivajući se na ne-nadležnost, i ovi tribunali su ipak naglašavali važnost ljudskih prava i njihovu

potencijalnu relevantnost u investicijskim sporovima. Ipak, pojedini arbitražni tribunali su utvrdili da takve tvrdnje ipak spadaju u okvire njihove nadležnosti. U seriji arbitraža između *Yukosa i Rusije* (vidi: UNCITR AL, PCA Case No. A A 227), na primjer, Tribunal je utvrdio da, iako nije bio "sud za ljudska prava", da pitanja ljudskih prava ipak spadaju u okvir njegove nadležnosti, odnosno da, konkretno, razmotri navode uznemiravanja i zastrašivanja kao srž koji formira činjenične tvrdnje tužitelja. Do sličnog zaključka su došli i arbitražni tribunali u predmetu *Desert Line Projects v. Yemen*, gdje je Tribunal utvrdio da su rukovodioci investitora "maltretirani i protivpravno zadržani", ili u predmetu *Funnekotter v. Zimbabwe*, gdje su protivpravne uzurpacije zemljišta od strane ratnih veterana dovele do napuštanja investitora zemlje (Meshel, 2015: 279). Suprotno navedenoj praksi, u predmetima *Quasar de Valors SICAV S.A. v. Russia* (SCC Case No. 24/2007, Award, para. 25, July 20, 2012) i *Veteran Petroleum v. Russia* (PCA Case No. A A 228, Final Award, para. 765, July 18, 2014) arbitražni tribunali su naglasili da ne postoji obaveza tribunala da se referiše na ljudska prava i praksu ESLJP, ali uz konstataciju da će se pitanjem ljudskih prava baviti kada je to potrebno.

Treba istaći i činjenicu da nisu sve međunarodne obaveze sadržane u ugovorima, nego da su neke sadržane i u običajnom međunarodnom pravu, koje obavezuje sve države bez obzira na njihov pristanak (*erga omnes* dejstvo). U tom kontekstu sadržinu običajnog prava u oblasti ljudskog prava je teško odrediti u cijelosti, jer je to oblast koja se stalno širi, ali zasigurno postoje ljudska prava koja su dostigla status običaja u međunarodnom pravu (Peterson, 2009: 22). Dakle, iako većina investicijskih ugovora ne sadrži odredbe o ljudskim pravima, to ne znači da ista nisu relevantna i primjenjiva u investicijskim sporovima pred međunarodnim arbitražama.

U velikom broju novijih slučajeva, arbitri su pribjegli sudskoj praksi sudova i tribunala za ljudska prava u toku tumačenja klauzula o eksproprijaciji u investicijskim ugovorima. Tako u slučaju *Mondev protiv SAD* (2002), po odredbama NAFTA-e, tribunal se susreo sa tvrdnjom investitora da sudovi SAD nisu istog tretirali u skladu sa "međunarodnim pravom", te uvažavajući ovakvu tvrdnju, tribunal se osvrnuo na sudsku praksu Evropskog suda za ljudska prava u pogledu prava na pristup sudu iz člana 6 (1) Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava u svom obrazloženju. Dok u slučaju *CMS Gas Transmission protiv Republike Argenitne* (2005) arbitri su odbacili prigovor Argentine o nužnosti mjera poduzetih protiv investitora uslijed finansijske krize, a radi zaštite ljudskih prava svojih građana.

U slučaju *Tecmed vs Mexico*, tužitelj Tecmed (španska firma) podnijela je tužbu protiv Meksika. U toj tužbi tužitelj je tvrdio da je izvršena eksproprijacija suprotno važećem BIU. Naime, tužitelj je osporio mjere Meksika, koje su bile

usmjerene ka zaštiti životne sredine, te kojim mjerama je bila zabranjena daljnja aktivnost tužitelja. Kako bi se ispitala pravičnost i proporcionalnost takve mjere, arbitražni tribunal je, pozivajući se na praksu Evropskog suda za ljudska prava (ECHR), izvršio test proporcionalnosti (Castillo, 2012: 68).

U predmetu *Hesham Talaat M. Al-Warraq v Indonesia*, tužilac je tvrdio da termin "osnovna prava" koji se koristi u investicijskom ugovoru uključuje i ljudska prava (vidi u: Kube & Petersmann, 2016: 75–78).

Dakle, kako se može vidjeti, investitori ističu usku primjenjivost ljudskih prava, vezanu za imovinska prava investitora i pravo na pravično suđenje, a raznovrsni arbitražni tribunali po pitanju primjenjivosti takvih ljudskih prava zauzimaju različita stajališta. S druge strane, u slučajevima kada države istaknu pitanje ljudskih prava, uvijek se radi o ugrožavanju ljudskih prava trećih lica, tj. građana države koja je poduzela mjere protiv investitora radi zaštite individualnih prava svojih građana.

5. Pravo na vodu kao temeljno ljudsko pravo

Nesporno je da se sva ona ljudska prava čije narušavanje dovodi do narušavanja prava na život mogu smatrati općim i temeljnim ljudskim pravima. Tako je i Evropski sud za ljudska prava ne samo okarakterizirao pravo na život, spomenuto u članu 2 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava, kao najfundamentalniju odredbu Konvencije, nego je isto pravo podigao na najvišu vrijednost u hijerarhiji ljudskih prava (Klein, 2008: 486). Dakle, time Evropski sud za ljudska prava prihvata hijerarhiju ljudskih prava, na čijem vrhu se nalazi pravo na život, kao *ius cogens* pravo, ali ujedno kao i izvor svih drugih ljudskih prava.

Temeljna ljudska prava su navedena u *Univerzalnoj deklaraciji o ljudskim pravima UN-a* iz 1948. godine. Iako navedena Deklaracija formalno-pravno nije obavezujuća, ona je zasigurno postala obavezujuća kao dio međunarodnog običajnog prava (vidi: Alston & Goodman, 2012: 158), Tome u prilog ide i konstatacija Generalne skupštine UN-a izražena u Rezoluciji 2625 iz 1970. godine, prema kojoj „Principi koji su zapisani u važećoj Deklaraciji čine temeljne principe međunarodnog prava“, a imajući, pri tome, u vidu da su opći principi prava *ius cogens* karaktera (Montpellier, 2012: 17). Prema Betlehemu (2016) suprematija međunarodnog prava ogleda se, upravo, u obavezi zaštite ljudskih prava koja krše države. Ovdje treba naglasiti da postoji opće mišljenje da Povelja Ujedinjenih nacija čini ne samo osnovu savremenog međunarodnog prava već i glavni materijalni izvor normi *jus cogens-a* (Jović, b. d., s. 187).

Dakle, sva ona ljudska prava iz Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima UN-a, koja štite samu egzistenciju čovjeka, a koja po automatizmu čine *ius cogens*

norme, čine korpus temeljnih ljudskih prava. Dakle, ta temeljna ljudska prava se *a priori* i *in concreto* definišu kroz pravo na život. Samim time, racionalno je argumentacijom *a maiore ad minus* izvući zaključak da ona ljudska prava koja potpadaju pod temeljna ljudska prava iz Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima UN-a, spadaju u hijerarhijski nadređene norme u odnosu na ostale norme međunarodnog prava.

Imajući u vidu sve navedeno, jasno je da pravo na vodu spada u temeljno ljudsko pravo, jer navedeno pravo direktno utiče na pravo na život, a koju vezu je, također, potvrdila Američka komisija za ljudska prava u svom *Izveštaju o stanju ljudskih prava u Ekvadoru* (1997).

Pravo na vodu možda nije pravno obavezujuće pravo, ali se spominje u nekoliko važnih univerzalnih i regionalnih instrumenata za zaštitu ljudskih prava (Dupoy *et al.* 2009: 488). Ipak, ovo pravo se pojavljuje već u Ženevskim konvencijama sa protokolima u kojima je navedeno da se ratnim zarobljenicima mora obezbijediti dovoljna količina pitke vode⁷, te da je zabranjeno uništavanje infrastrukture povezane sa snabdjevanjem stanovništva pitkom vodom.⁸ Također, ovo pravo se spominje u *Konvenciji za eliminaciju diskriminacije protiv žena* (1979) u kojoj se države potpisnice obavezuju (vidi član 14-2h) da osiguraju ženama u ruralnim područjima adekvatan životni standard, a posebno pristup pitkoj vodi. Članovi 24(1) i 2(c) *Konvencije o pravima djeteta* (1989) indirektno sadrže ovo pravo, u sklopu obaveze državam da obezbijede sve uslove u borbi protiv bolesti i neuhranjenosti djece.

Tijela Ujedinjenih nacija sve više naglašavaju pravo na vodu kao ljudsko pravo, što se može zaključiti iz nekoliko međunarodnih dokumenata kao npr. *Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima* ili *Konvencije o pravima djeteta*. Tako UN Komitet za ekonomska, socijalna i kulturna prava u svom Komentaru broj 15 (2002, para. 3) na odredbe člana 11 Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima iz 1966. godine ističe „da pravo na vodu zasigurno spada u kategoriju garancija koje su esencijalne za osiguranje adekvatnog standarda života, posebno što je to pravo jedno od najfundamentalnijih preduslova za preživljavanje“, te posebno naglašava (2002, para. 12) da „voda i vodosnabdjevanje moraju biti dostupni svakome, bez diskriminacije, unutar jurisdikcije države potpisnice“. Shodno tome, države moraju osigurati da prilikom sklapanja međunarodnih ugovora (posebno investicijskih) takvi ugovori negativno ne utiču na ostvarivanje prava na vodu (2002, para. 35). Tako i Generalna skupština UN-a, Rezolucijom broj 64/292 od 28. jula 2010. godine,

7 Vidi Ženevsku konvenciju III, član 29.

8 Vidi član 54 Protokola I (1977) na Ženevsku konvenciju iz 1949. godine i član 14 Protokola II (1977).

priznaje pravo na sigurnu i čistu pitku vodu kao ljudsko pravo koje je esencijalno za pravo na život i sva druga ljudska prava. U tom duhu, nekoliko mjeseci kasnije, Vijeće za ljudska prava UN-a (HRC Res. 15/9 od 30. septembra 2010. godine) ističe da „pravo na pitku i sanitarnu vodu proističe iz prava na adekvatan standard života i da je neizbježno povezano sa pravom na najviši dostupni standard fizičkog i mentalnog zdravlja, kao i sa pravom na život i ljudsko dostojanstvo“. Da bi se pravo na vodu u punom kapacitetu realizovalo, a kako je navedeno u spomenutim dokumentima, voda mora biti: dostupna u dovoljnim i stalnim količinama za svakodnevne potrebe čovjeka, fizički pristupačna za svakoga u neposrednoj blizini mjesta boravka, dostupna po prihvatljivoj cijeni za sve ljude i mora biti prihvatljiva sa aspekta njene upotrebe (Marrella, 2010: 341). Na kraju, bitno je naglasiti i da novija praksa Evropskog suda za ljudska prava, širim tumačenjem odredbi Evropske konvencije, ima tendenciju kristalizacije obaveze država-potpisnica da obezbijede zdravu životnu sredinu, što uključuje i mogući pristup pitkoj vodi (vidi više u: Vučić, 2017: 521–522).

6. Relevantna praksa pred međunarodnim arbitražama vezana za pristup pitkoj vodi

Pred međunarodnim investicijskim arbitražama sve češće se postavlja pitanje narušavanja prava na pristup pitkoj vodi uslijed ponašanja stranih investitora. U posljednjoj dekadi postojalo je dvanaest javno dostupnih takvih predmeta, od toga deset protiv Argentine, a ostala dva protiv Bolivije i Tanzanije.⁹ U nastavku ćemo analizirati neke od značajnijih.

⁹ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic* (ICSID Case no. ARB/97/3); *Aguas Provinciales de Santa Fe, S. A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. and Interagua Servicios Integrales de Agua, S. A. v. Argentine Republic* (Case no. ARB/03/17); *Aguas Cordobesas, S.A., Suez, and Sociedad General de Aguas de Barcelona, S. A. v. Argentine Republic* (Case no. ARB/03/18); *Aguas Argentinas, S. A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. and Vivendi Universal, S. A. v. Argentine Republic* (Case no. ARB/03/19); *Azurix Corp. v. Argentine Republic* (ICSID Case no. ARB/01/12); *Aguas del Tunari S. A. v. Republic of Bolivia* (ICSID Case no. ARB/02/3); *Azurix Corp. v. Argentine Republic* (ICSID Case no. ARB/03/30); *SAUR International v. Argentine Republic* (ICSID Case no. ARB/04/4); *Anglian Water Group v. Argentine Republic*, UNCITRAL arbitration filed in 2003; *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania* (ICSID Case no. ARB/05/22); *Impregilo S. p. A. v. Argentine Republic* (ICSID Case no. ARB/07/17); *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Biskaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa v. Argentine Republic* (ICSID Case no. ARB/07/26).

6.1. Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A., and Vivendi Universal S. A. vs. The Argentine Republic

Jedan od najpoznatijih slučajeva pred međunarodnim arbitražama, a vezanih za pravo na vodu kao temeljno ljudsko pravo, jeste slučaj *Aguas Argentinas S. A. protiv Republike Argentine* koji je proistekao iz činjenice da je Argentina ograničila maksimalnu cijenu vode, jer je investitor (konglomerat od nekoliko stranih kompanija), nakon privatizacije vodosnabdjevanja, povećao cijene pitke vode što je u velikoj mjeri ugrozilo pravo velikog broja stanovništva, a koje je bilo pogođeno teškom finansijskom krizom, na pristup pitkoj vodi. U navedenom sporu Argentina, i nekolicina nevladinih organizacija, pojavljujući se u svojstu *amicus curiae*, istakli su da se obaveze po predmetnom investicijskom ugovoru moraju sagledati u kontekstu drugih međunarodnih obaveza Argentine, posebno u smislu zaštite ljudskih prava. Dakle, Argentina je pravdala indirektnu eksproprijaciju investitora (zamrzavanja cijene vode) svojom obavezom po međunarodnom pravu da zaštiti temeljna ljudska prava svojih građana, te da je time takva reakcija bila legitimna i srazmjerna po međunarodnom pravu, a ne indirektna eksproprijacija po bilateralnom investicijskom ugovoru (Peterson, 2009, s. 28). Nadalje, Argentina je istakla da nije prekršila ni odredbu o „poštenom i pravičnom tretmanu“ investitora, jer su poduzete mjere bile rezultat vanrednog stanja uzrokovanog finansijskom krizom, a koje su za cilj imale da obezbijede velikom dijelu svog stanovništva pristup vodi (u ekonomskom i fizičkom smislu), a kao jednom od temeljnih ljudskih prava (Peterson, 2009, s. 30). Na kraju, Argentina je istakla da nije prekršena ni odredba o pravu „legitimnog očekivanja“ investitora, jer isto pravo ne može postojati u uslovima nagle inflacije domaće valute i povećanja cijene vode.

Međutim, arbitražni tribunal nije prihvatio argumentaciju Argentine u smislu superiornosti ljudskih prava u konkretnom slučaju, ističući da obaveze Argentine po međunarodnim ugovorima o ljudskim pravima nisu nekonzistentne i u kontradiktornosti sa obavezama iz predmetnog investicijskog ugovora, te da je Argentina mogla ispoštovati i jedne i druge obaveze (*Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S. A., and Vivendi Universal S. A. vs. The Argentine Republic*, 2010, para. 260–262). Arbitri su striktno tumačili istaknutu odbranu krajnje nužde od strane Argentine kako bi ista opravdala svoj neuspjeh da revidira tarifu vode prema odredbama ugovora o koncesiji, te su zaključili da Bečka konvencija o pravu ugovora za primjenu ovog instituta (krajnje nužde) postavlja stroge uslove koji prevazilaze po ozbiljnosti jednu finansijsku krizu, a kako bi poduzete mjere države, u konačnici, mogle se smatrati opravdanim u smislu krajnje nužde.

„Jačina krize, bez obzira na stepen, nije dovoljna kako bi se država pozvala na institut krajnje nužde s ciljem ekskulpiranja od obaveza iz ugovora. Međunarod-

no običajno pravo, kako je navedeno i u članu 25 Nacrta članova o odgovornosti država Komisije za međunarodno pravo, postavlja dodatne uslove. Razlog tome leži u činjenici da sve države, velike i male, povremeno se suočavaju sa krizama raznih razmjera, te ako bi se svakoj od njih dozvolilo da u takvim situacijama izbjegnu svoje ugovorne obaveze došlo bi do ugrožavanja samih temelja međunarodnog prava i stabilnosti međunarodnih odnosa“ (para. 258).

„...Tribunal smatra neosnovanim pozivanje Argentine na stanje krajnje nužde ...jer mjere kojima je Argentina prekršila odredbe BIU nisu bile jedine moguće mjere kako bi se zaštitio javni interes i Argentina je sama doprinijela nastanku vanredne situacije u periodu od 2001. do 2003. godine“ (para. 265).

Ipak, kako je vidljivo iz samog obrazloženja ove odluke, arbitražni tribunal priznaje postojanje i drugih međunarodnih obaveza država koje treba uzeti u obzir zajedno sa obavezama iz samih investicijskih ugovora. Međutim, prilikom donošenja ovog zaključka, Tribunal se nije direktno bavio pitanjem prava na vodu ili njegovog statusa u međunarodnom pravu. Također, ne spominje se ni veza između prava na vodu i prava na život.

6.2. SAUR International v. Republic of Argentina

U predmetu SAUR International v. Republic of Argentina, činjenično stanje bilo je skoro identično kao u predmetu *Aguas v. Argentina*, s tom razlikom da je arbitražni tribunal u ovom predmetu zauzeo bitno drugačiji stav. Naime, ovaj tribunal je pokazao veće razumijevanje važnosti prava na vodu, kako iz perspektive države, koju je Tribunal definisao kao “javni servis prvorazredne nužnosti”, tako i iz perspektive stanovništva, za koje je voda “temeljno pravo”. U ovom scenariju, arbitražni tribunal izričito je priznao da, s obzirom na samu prirodu prava na vodu, jedan pravni sistem mora ostaviti široke ovlasti javnim vlastima kako bi to pravo zaštitile. Arbitražni tribunal nije ostao na tome: nakon što je prihvatio da su prerogativi suverene države “kompatibilni” sa pravima investitora pod BIU, Tribunal je smatrao da pravo na vodu i prava investitora pod BIU se nalaze na različitim nivoima, i da kada strani investitori upravlja takvim javnim servisom “prvorazredne nužnost”, isti se nužno nalazi u situaciji “ovisnosti” od javne vlasti, koja ima, i dužna je, da svoje posebne ovlasti koristi kako bi garantovala uživanje “temelnog prava na vodu”.

Ipak, pojedinosti o ovom slučaju nisu dozvolile državi-domaćinu da izbjegne plaćanje naknade štete investitoru, s obzirom na to da je argentinska pokrajina koristila svoje legitimne ovlasti tek nakon što je prekršila svoje obaveze iz ugovora o koncesiji. Data pokrajina nije prekršila prethodno odredbe tog ugovora, postojala bi velika mogućnost da arbitražni tribunal mjere države-domaćina svrsta u kategoriju legitimnih regulatornih ovlasti, nužne kako bi se osiguralo

uživanje temeljnih prava; a što ne bi onda dovelo do plaćanja naknade štete investitoru.

“Temeljno pravo na vodu i pravo investitora na koristi od zaštite koju nudi BIU funkcionišu na različitim nivoima. Koncesionar javne službe od vitalnog značaja se nalazi u situaciji ovisnosti od javne uprave, koja ima posebne ovlasti kako bi garantovala uživanje temeljnog prava na vodu” (para. 331).

6.3. Urbaser v. Argentina

Investicijski arbitražni tribunali rijetko ispituju suštinski argumente države-domaćina koji se temelje na međunarodnom pravu ljudskih prava. U predmetu ICSID arbitraže *Urbaser v. Argentina* prvi put je data detaljna diskusija na istaknute protivzahtjeve tužene države koji se temelje na pravu ljudskih prava. Spor u *Urbaser v. Argentina* je nastao kao rezultat finansijske krize u Argentini u periodu 2001–2002. Tužilac je bio dioničar u jednom koncesionaru koji pruža usluge vodovoda i kanalizacije u Buenos Airesu. Hitne mjere Argentine, izazvane finansijskom krizom, dovele su do finansijskog kolapsa i gubitka koncesije koncesionara. Tužilac je pokrenuo pred ICSID-om arbitražni postupak protiv Argentine zbog kršenja bilateralnog investicijskog ugovora (BIU) između Španije i Argentine. Argentina je podnijela protivtužbu na osnovu člana 46 ICSID Konvencije. Protivtužba tužene strane se temeljila na tvrdnji da neuspjeh koncesionara da pruži potrebnu razinu investicija u koncesiji je doveo do kršenja ljudskog prava na vodu. Tribunal u *Urbaser v. Argentina* je prvi arbitražni tribunal koji je prihvatio nadležnost za protivtužbu baziranu na tvrdnji kršenja ljudskih prava. Na taj način, pojednostavio je uslove za uspostavljanje nadležnosti kod ovakvih protivtužbi (Guntrip, 2017).

Navedeni Tribunal je utvrdio da postoji dovoljna veza između zahtjeva iz tužbe i zahtjeva iz protivtužbe države na osnovu toga što postoji očigledna činjenična veza između ta dva zahtjeva, jer oba zahtjeva proističu iz iste investicije (*Urbaser v. Argentina*, para. 1151). Ova pozicija je u suprotnosti sa odlukama ranijih arbitraža koje su tražile pravnu vezu između zahtjeva (npr. *Saluka v. Czech Republic*). Dozvoljavajući činjenične veze, Tribunal potencijalno omogućuje podnošenje širokog spektra protivtužbi od strane tužene države (Guntrip, 2017). Tribunal je odbacio stav da pitanja ljudskih prava ne spadaju u njegovu nadležnost, jer nije bio uvjeren da istaknuti protivzahtjevi i sam investicijski spor se međusobno isključuju (*Urbaser v. Argentina*, para. 1154). Stoga, ako su odredbe arbitražnog sporazuma dovoljno široke, protivzahtjev koji se temelji na ljudskim pravima nije automatski isključen iz djelokruga člana 46 ICSID Konvencije. Nadalje, Tribunal je samo zahtijevao da država prezentuje *prima facie* činjenice koje bi bile dovoljne za uspostavljanje nadležnost (Guntrip, 2017).

„Podnositelji zahtjeva posebno tvrde da je bilo koji zahtjev podnesen pred ovim Tribunalom putem protivtužbe na temelju navodne povrede ljudskih prava izvan nadležnosti Suda...“ (para. 1154).

Tribunal zaključuje da je nadležan da se bavi zahtjevom iz protivtužbe u skladu sa članovima 25 i 46 ICSID Konvencije i članom X BIU-a, te da je taj zahtjev dopušteno ispitati u meritumu“ (para. 1155).

Arbitražni tribunal je uzvratio argument tužioca da BIU ne predviđa nikakve obaveze za investitora (Urbaser v. Argentina Argentine, para. 1182). Tribunal je ispitao arbitražnu klauzulu (Urbaser v. Argentina Argentine, para. 1187), klauzulu o važećem pravu (ibid., para. 1188) i član VII (1) BIU između Španjolske i Argentine (klauzulu o povoljnijem pravu) [ibid., para. 1192], od kojih sve klauzule dozvoljavaju pozivanje na izvore prava izvan BIU, uključujući druge ugovore i opšte međunarodno pravo. Shodno tome, Tribunal je utvrdio da BIU nije dio “zatvorenog sistema” (ibid., para. 1191). Umjesto toga, dati BIU omogućava tuženoj strani da se pozove na određene pravne izvore izvan BIU pri utvrđivanju obaveza koje bi vezale tužioca. Nadalje, Tribunal je odbacio tvrdnje tužioca da, kao nedržavni akter, nije vezan obavezama zaštite ljudskih prava (ibid., para. 1194). Tribunal smatra da su korporacije, uzimajući u obzir da su primaoci prava iz BIU, subjekti međunarodnog prava i mogu imati obaveze po međunarodnom pravu (ibid., para. 1195). Tribunal se, pri tome, pozvao na Univerzalnu deklaraciju o ljudskim pravima (eng. skrać. UDHR) i Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima (eng. skrać. ICESCR) kako bi utvrdio da je u konkretnom slučaju postojala obaveza iz spektra ljudskih prava, povezana sa pravom na vodu [ibid., para. 1196–1197]. Pored ovih prava, Tribunal je, koristeći se odredbama člana 30 UDLJP i člana 5 (1) ICESCR, utvrdio da su i privatna lica vezana obavezama iz ljudskih prava. Koristeći se terminologijom iz navedenih odredbi, Tribunal je zaključio da, pored ljudskih prava, u vidu prava na vodu, tu je i “obaveza koja se odnosi na sve, javne ili privatne subjekte, da ne učestvuju u aktivnostima koje su usmjerene na uništavanje takvih prava” (ibid., para. 1199). U smislu ove obaveze, prema tumačenju odredbi člana 30 UDHR i člana 5 (1) ICESCR navedenog Tribunala, tužilac (strani investitor) se ne može pozivati na svoja prava iz BIU kako bi kršio ljudska prava.

Međutim, Guntrip (2017) ističe ovdje da ova obaveza ne može proisteći iz tih odredbi. Član 30 UDHR i član 5 (1) ICESCR imaju za cilj sprečavanje namjernog pogrešnog tumačenja jedne obaveze iz spektra ljudskih prava da bi se opravdalo kršenje drugih ljudskih prava. Tako isti autor, ispravno, konstatuje, da je interpretacija prema kojoj se dejstvo člana 5(1) ICESCR proširuje na prava iz drugih ugovora, kao što su to BIU, u suprotnosti sa terminima korištenim u navedenom Paktu. Također, ovaj arbitražni tribunal nije razriješio koja to ljudska prava vežu

strane investitore. U skladu sa navedenim, Specijalni predstavnik UN za ljudska prava, nakon izvršene analize Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima, dvije glavne UN-ove Konvencije o ljudskim pravima i drugih ključnih ugovora UN-a o ljudskim pravima, zaključio je da svi navedeni instrumenti za zaštitu ljudskih prava ne nameću nikakve direktne pravne obaveze korporacijama (Dupuy *et al.*, 2009: 87).

Do danas, nema poznatih slučajeva investicijskih sporova u kojima je država iznijela odbranu u kojoj tvrdi da je djelovala kako bi zaštitila temeljno ljudsko pravo (kao npr. pravo na vodu), kao pravo višeg reda. U predmetu *Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic* (2009), arbitražni tribunal izrazio je mišljenje da se zaštita investitoru "ne bi trebala dati za investicije kojima za krše najosnovnija pravila za zaštitu ljudskih prava, kao što su investicije učinjene pod okolnostima mučenja ili genocida ili podrške ropstva ili trgovine ljudskim organima" (para. 78).

7. Zaključak

Kako je detaljno izloženo u ovom radu, prava stranih investitora, ponekad, mogu biti u direktnom sukobu sa ljudskim pravima, a koja je država domaćin dužna štiti, kako temeljem svog unutrašnjeg pravnog uređenja, tako, a na čemu je bio fokus ovog rada, temeljem preuzetih međunarodnih obaveza. Dakle, vidljivo je da odluke arbitražnih tribunala mogu uticati na ljudska prava pojedinaca, čime odluke arbitražnih tribunala ne djeluju samo *inter partes*.

Iz navedenih razloga nužno je staviti akcenat na zaštitu ljudskih prava i u segmentu međunarodnih investicijskih ugovora. Kako je u ovom radu detaljno analizirana praksa međunarodnih arbitražnih tijela u investicijskim sporovima, a kao jedini relevantni pokazatelj i odraz postojećeg međunarodnog investicijskog prava, nije teško doći do zaključka da postoji veliki deficit u zaštiti ljudskih prava pred međunarodnim arbitražnim tijelima, a što je u ovom radu empirijski prikazano kroz slučajeve ugrožavanja jednog od temeljnih ljudskih prava – prava na vodu.

Jasno je iz prethodne analize, da međunarodne investicijske arbitraže nemaju nadležnost da utvrđuju povrede ljudskih prava kao glavno pitanje, ali one moraju to pitanje uzeti u razmatranje kao argument i primjenjivo pravo prilikom odlučivanja o tome da li treba usvojiti zahtjev investitora za isplatu naknade štete, odnosno da li je država kršeći odredbe međunarodnog investicijskog ugovora postupala shodno međunarodnom pravu, odnosno višim pravnim normama koje regulišu temeljna ljudska prava sadržana u *ius cogens* normama.

U skladu sa navedenim, nadležne međunarodne investicijske arbitraže, u svakom pojedinačnom slučaju u kojem se istaknu od strane tužene države tvrdnje kršenja

temeljnih ljudskih prava, u većem obimu, od strane stranog investitora, naročito prava na vodu, trebale bi, kao prethodno pitanje, utvrditi postojanje činjenica koje bi potvrdile ili opovrgnule tvrdnje tužene države u tom pogledu. Ukoliko bi se utvrdilo postojanje odgovornosti stranog investitora za kršenja temeljnih ljudskih prava, međunarodni investicijski tribunali bi trebali odbacivati takve tužbe investitora, u formi odluke o nenadležnosti, jer ne postoji arbitrabilnost spora zbog prethodnog nedopuštenog kršenja normi međunarodnog prava višeg reda, a što je pitanje međunarodnog javnog prava, a ne međunarodnog trgovinskog prava. Alternativno, međunarodne arbitraže bi se mogle upustiti u meritum spora, te svojom meritornom odlukom utvrditi da su pojedine odredbe međunarodnih investicijskih ugovora ništavne (slučaj kršenja *ius cogens* normi) ili neprimjenjive u datim okolnostima jer je reakcija države bila usmjerena ka zaštiti temeljnih ljudskih prava, štiteći tako norme višeg ranga u međunarodnom pravu, što bi sve dovelo do odbijanja tužbenog zahtjeva stranog investitora. Takva praksa arbitražnih tijela u takvim slučajevima dovela bi do oslobađanja država od plaćanja enormnih naknada šteta investitorima kada države djeluju u skladu sa svojim prioritetnim međunarodnim obavezama, tj. kada štite temeljna ljudska prava.

Literatura/ References

Alston, P., Goodman, R. (2012). *International Human Rights - The Successor to International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals*. Oxford: Oxford University Press.

Baetens, F. (ur.)(2013). *Investment Law within International Law: Integrationist Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press.

Berzero, R. (2014). *The Double-Edged Sword of Human Rights Treaties as a 'Lock- In Formula' for Countries Seeking Foreign Investments: The Extent to Which Host States Can Invoke Human Rights Provisions as a Defense against Foreign Investors*. (doktorska disertacija). Rim: Scuola Dottorale in Scienze Politiche.

Betlehem, D. (2016). *The Supremacy of International Law-Part One / Part Two*.

Bodea, C. & Ye, F. (b. d.). *Bilateral Investment Treaties (BITs): The Global Investment Regime and Human Rights*.

Braun, T. R. (2013). Globalization-driven Innovation: The Investor as a Partial Subject in Public International Law – An Inquiry into the Nature and Limits of Investor Rights. *Jean Monnet Working Paper 04/13*.

Castillo, J. (2012). The Appeal to Human Rights in Arbitration and International Investment Agreements. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 12, 47–84.

Choudhury, B. (2008). Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic Deficit? *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 41, 775–832.

Collins, H. (2012). On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law. *LSE Law, Society and Economy Working Papers*, 7

Đajić, S. V. (2015). O ciljnom tumačenju međunarodnih ugovora o zaštiti stranih ulaganja: od preambule do preambule. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2, 577.

De Wet, E., Vidmar J. (2012). *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.

Dupuy, P. M., Francioni, F. & Petersmann, E.U. (ur.) (2009). *Human rights in international investment law and arbitration*. New York: Oxford University Press.

Fry, J. D. (2007). International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law Unity. *Duke Journal of Comparative & International Law*, 18, 77.

Garcia, L.G. (2013). The Role of Human Rights in International Investment Law.

Guntrip, E. (2017). Urbaser v Argentina: The Origins of a Host State Human Rights Counterclaim in ICSID Arbitration?

Jović, Nj. (b. d.). Jus Cogens kao osnov ništavosti i kao osnov prestanka dejstva međunarodnog ugovora. *Godišnjak Pravnog fakulteta u Banjoj Luci*, 183–200.

Klein, E. (2008). Establishing a hierarchy of human rights: Ideal or Fallacy? *ISR. L. REV.*, 41, 477–488.

Klein, N. (2012). Human Rights and International Investment Law: Investment Protection as Human Right? *Goettingen Journal of International Law*, 4(1), 199–215.

Kube, V. & Petersmann, E.U. (2016). Human Rights Law in International Investment Arbitration. *AJWH*, 11 (1), 65–114.

Marrella, F. (2010). On the Changing Structure of International Investment Law: The Human Right to Water and ICSID Arbitration. *International Community Law Review*, 12, 335–359.

Meshel, T. (2015). Human Rights in Investor-State Arbitration: The Human Right to Water and Beyond. *Journal of International Dispute Settlement*, 6 (2), 277–307.

Montpellier, M. (2012). *Introduction au Droit International Public*. Moscou: CUF.

Peterson, E. L. (2009). *Human Rights and Bilateral Investment Treaties: Mapping the role of human rights law within investor-state arbitration*. Rights & Democracy: Montreal.

Simma, B. (2011). Foreign Investment Arbitration: A Place For Human Rights? *ICLQ*, 60, 573–596.

Sornarajah, M. (2015). *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*. Cambridge: Cambridge University Press.

Spears, S. (2011). Making way for the public interest in international investment agreements. U: Brown S. i Miles K. (ur), *Evolution in investment treaty law and arbitration* (ss. 271–298). Cambridge: Cambridge University Press.

Subedi, S.P. (2008). *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*. Oxford: Hart Publishing.

Vučić, M. (2017). Ljudsko pravo na vodu između plemenite ideje i surove realnosti. *Pravni život*, 9, 515–528.

Relevantni međunarodni dokumenti:

Charter of the United Nations (1945).

Charter of Economic Rights and Duties of States. General Assembly resolution 3281 (XXIX)

New York, 12 December 1974. *European Energy Charter Treaty* (Dec. 17, 1994).

ESCR Committee (2002). *The Right to Water, General Comment No. 15*. UN Doc. E/C.12/2002/11.

Inter-American Commission on Human Rights. (1997). Report on the Situation of Human Rights in Ecuador, OEA/Ser.L/V/II.96, doc 10 rev 1 ch VIII.

Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima. (1966).

Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima. (1966).

North American Free Trade Agreement (Dec. 17, 1992, stupio na snagu 1. Januara 1994).

The Universal Declaration of Human Rights (1948).

UN General Assembly (2010). *Dokument: Res. 64/292*.

UN Human Rights Council (2015). *Report of the Independent Expert on the promotion of a democratic and equitable international order, Alfred Maurice de Zayas*. Dokument: A/HRC/30/4.

UN Human Rights Council (2010). *Human rights and access to safe drinking water and sanitation*. Dokument: Resolution No. 15/9.

Vienna Convention on the Law of Treaties. (1969).

Popis relevantne prakse međunarodnih arbitraža i sudova:

AAPL v Sri Lanka, (Merits) 4 ICSID Rep 250.

AES Corporation v Argentina, Decision on Jurisdiction of 26 April 2005, ICSID Case No ARB/02/17.

AES v. Hungary, ICSID Case No. ARB/07/22, Award, Sept. 23, 2010.

Al-Jedda v The United Kingdom. (2011). ECHR, applic no 27021/08, Judgment of 7 July 2011

Azurix Corp. v. The Argentine Republic. ICSID Case No. ARB/01/12.

Biloune & Marine Drive Complex Ltd. v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana, UNCITR AL, Award on Jurisdiction and Liability (Oct. 27, 1989), 19 Y.B. Comm. Arb. 11 (1994).

Chevron Corporation (U.S.) & Texaco Petroleum Corporation (U.S.) v. Republic of Ecuador (PCA Case No. 34877, Interim Award, 2, 3, 207 Dec. 1, 2008).

CME Czech Republic B.V. (The Netherlands) v. Czech Republic (2003). Final Award, Separate Opinion of Sir Ian Brownlie. UNCITR AL.

Corona Materials, LLC v. Dominican Republic (ICSID Case No. ARB(AF)/14/3), Award on the Respondent's expedited preliminary objections in accordance with Article 10.20.5 of the DR-CAFTA, 31 May 2016.

Crystallex International Corporation v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB(AF)/11/2), Award, 4 April 2016.

EDFI v. Argentina, ICSID Case No. ARB/03/23 Award, June 11, 2012.

EnCana v Ecuador (Merits) 12 ICSID 427, 476/184.

Enron and Ponderosa v Argentina, Award of 22 May 2007, ICSID Case No ARB/01/3. *Feldman v. Mexico*, Award of 16 December 2002, 18 ICSID-Rev.- FILJ 488 (2003). *Grand River Enterprises Six Nations Ltd. v United States of America*. NAFTA Award (12 January 2011).

Joy Mining Machinery, Ltd. v. The Arabic Republic of Egypt. Award on Jurisdiction. ICSID case No. ARB/03/11, 6 August 2004.

Kiobel v. Royal Dutch Petroleum, 569 U. S. (2013).

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic. ICSID Case No. ARB/02/1, Preuzeto sa: <https://www.italaw.com/cases/621>

Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea, ICSID Case No. ARB/84/4.

Metalclad Corporation v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award of 30 August 2000.

Methanex v. United States, Transcripts for Merits, Hearing (2004).

Mondev International Ltd. v. USA. (2002). ICSID Case no. ARB/(AF)/99/2.

Murphy Exploration & Production Company – International v. The Republic of Ecuador (II) (PCA Case No. 2012-16), Partial Final Award. May 2016.

North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic Of Germany/ Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands) JUDGMENT OF 20 FEBRUARY 1969. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE.

Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador, LCIA Case No. UN 3467, Final Award, July 1, 2004.

Peter A. Allard v. The Government of Barbados (PCA Case No. 2012-06), Award, 27 June 2016.

Philip Morris International v. Australia. (2015).

Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S. A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay (ICSID Case No. ARB/10/7), Award, 8 July 2016.

Phoenix Action Ltd. v. Czech Republic. (2009). ICSID Case No. ARB/06/5, April 15, 2009.

Revere Copper and Brass, Inc v Overseas Private Investment Corporation (Award, 24 August 1978) A A A Case No. 16/10/0137/76, 17 ILM 1321).

Rusoro Mining Ltd. v. Bolivarian Republic of Venezuela (ICSID Case No. ARB(AF)/12/5), Award, 22 August 2016.

Salini Costruttori SpA v. Marocco, Decision on Jurisdiction 23 July 2001, 6 ICSID Reports 400.

Saluka Investments BV v. Czech Republic. (2006). Permanent Court of Arbitration. *S.D. Myers Inc. v. Canada*, UNCITRAL (First Partial Award of 13 November 2000). *SGS Société Générale de Surveillance S. A. v. Pakistan SGS Société Générale de Surveillance S. A. v. Pakistan*, ICSID case No. ARB/01/13, decision on Jurisdiction, 6 August 2003.

SGS Société Générale de Surveillance SA v. the Republic of the Philippines, ICSID case No. ARB/02/6, Decision on Jurisdiction, 29 January 2004.

Sosa V. Alvarez-Machain et al., (03-339) 542 U. S. 692 (2004).

Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Egypt. (1992). ICSID Case no. ARB/84/3.

Starrett Housing Corporation v. Government of the Islamic Republic of Iran before the Iran-US Claims Tribunal (Interlocutory Award, 4 Iran-US CTR, p. 122; 85 ILR).

SAUR International v. Republic of Argentina. ICSID Case No. ARB/04/4, Decision on Liability of 6 June 2012.

Suez, Societed General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S. A. v. Argentine Republic (2010). ICSID Case No. ARB/03/19. Preuzeto sa: <https://www.italaw.com/cases/1057>

Total v. Argentina, ICSID Case No. ARB/04/1, Decision on Liability, Dec. 27, 2010.

Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Republic of Lebanon. ICSID Case No. ARB/07/12, Decision on Jurisdiction (Sept. 11, 2009).

Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States. ICSID Case No. ARB (AF)/00/2. Preuzeto sa: <https://www.italaw.com/cases/documents/1088>.

Transglobal Green Energy LLC and Transglobal Green Panama S.A. v. Republic of Panama. (2016). Preuzeto sa: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw7336.pdf>

Quasar de Valors SICAV S. A. et al. v. Russian Federation, SCC Case No. 24/2007, Award, July 20, 2012.

Urbaser v Argentina. ICSID Case No. ARB/07/26.

Vattenfall AB and others v. Federal Republic of Germany. (2012). ICSID Case No. ARB/12/12.

Veolia Propreté vs. Arab Republic of Egypt. ICSID Case No. ARB/12/15.

Veteran Petroleum Ltd. (Cyprus) v. Russian Federation, PCA Case No. A A 228, Final Award (July 18, 2014).

Vivendi v Argentina (Annulment) 6 ICSID Rep 340, 365/96, 367/101.

Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. The Russian Federation. UNCITR AL, PCA Case No. A A 227.

Mahir Muharemović, LL.D.

Research Associate,

Rule of Law Program South East Europe,

Konrad Adenauer Foundation

**PROTECTING FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS BEFORE
INTERNATIONAL INVESTMENT TRIBUNALS, WITH
SPECIFIC REFERENCE TO THE RIGHT TO WATER**

Summary

The concept of human rights penetrates into all spheres of law, acting as a protective mechanism against the abuse of rights by States and other entities. Human rights are a “counterweight” to the development of the neoliberal expansionism, embodied in the regime of foreign investment protection through international investment contracts. When states enter into such contracts, they bring along the previous commitments, in particular the obligation of protecting human rights. However, this obligation is not merely the result of existing international treaties because states are also obliged to respect the higher rank norms of international law (jus cogens norms), which include the fundamental human rights, concentrated around the right to life. In such a legal framework, there is a notable increasing conflict between the protection of foreign investors’ rights in international investment disputes and the protection of fundamental human rights. The right to water, as an indirect right to life, is a special indicator of this conflict in the practice of international investment tribunals. The issue of supremacy of rights is raised, particularly concerning the question which obligations have priority under international law: the protection of foreign investments or the protection of fundamental human rights, and especially the right to water? The hitherto practice of international investment tribunals is diverse and inconsistent in this regard; as such, it does not provide a clear answer to this key question.

Key words: *international investment arbitration, fundamental human rights, right to water, jus cogens norms, Universal Declaration of Human Rights, supremacy.*

Dr Nataša Rajić,*
Asistent sa doktoratom Pravnog fakulteta,
Univerzitet u Novom Sadu

pregledni naučni rad
doi:10.5937/zrpfni1982207R

UDK: 342.52:342.565.2
347.9

Rad primljen: 17.12.2018.
Rad prihvaćen: 19.02.2019.

GRANICE USTAVNOSUDSKE KONTROLE SUDSKE VLASTI – NEKA OTVORENA PITANJA

Apstrakt: U većini država centralizovanog sistema kontrole ustavnosti, u većoj ili manjoj meri, prisutan je problem preciznog razdvajanja sudske i ustavnosudske vlasti. Na liniji realnih odnosa ovaj problem se reflektuje u vidu napetosti ili čak otvorenog sukoba između ustavnog suda i redovnih sudova. Izvorište ove napetosti nalazi se u ustavnom položaju ustavnog suda i pravnom dejstvu njegovih odluka. Mogućnost kasacije sudske odluke u postupku po ustavnoj žalbi stavlja u prilično nezavidan položaj sudsku vlast koja, rečju Ustava, slovi za nezavisnu i samostalnu. Sama mogućnost ustavnosudske kontrole pak otvara prostor za ustavnosudski aktivizam. U tom smislu, rad ima za cilj da ukaže na neka problemska mesta kao i granice koje je Ustavni sud Srbije sebi postavio u ispitivanju sudskih odluka u oblasti utvrđivanja činjeničnog stanja i primene merodavnog (materijalnog i procesnog) prava, kao esencijalnog domena sudske vlasti.

Ključne reči: sudovi, ustavni sud, ustavna žalba, sudske odluke, ustavna prava.

1. Uvod

Ustavnosudska kontrola nad sudskom vlašću svoje utemeljenje nalazi u načelu suprematije ustava kao osnovnog zakona, odnosno uspostavljanju posebnog ustavnog organa koji je nadležan za njegovu zaštitu (Nenadić, 2014: 102). Sama koncepcija modernog ustavnog sudstva počiva na težnji da se vršenje celokupne državne vlasti podvede pod granice ustava (Nenadić, 2014: 105). U tom smislu, ni sudska vlast ne predstavlja izuzetak.

*nrajic@pf.uns.ac.rs

Međutim, proces prihvatanja kontrole ustavnosti sudskih akata nije tekao glatko ni bezrezervno. Tome je pogodovala ne samo nenaviknutost naviših sudova na bilo kakav vid pravne kontrole i neposrednu primenu ustavnih normi, nego i sam nedostatak normativnog okvira koji bi na relativno zaokružen način definisao domet i granice ustavnosudske kontrole akata sudske vlasti (Nenadić, 2014: 106–17). Početna napetost u odnosima ustavnih sudova i sudova opšte nadležnosti često se razvijala u pravcu otvorenog sukoba, dok je tek u malom broju država rivalstvo zamenjeno prihvatljivim oblikom koezistencije ova dva organa.

Ni proces uspostavljanja ustavne kontrole sudskih akata u Republici Srbiji nije bio pošteđen lomova i otvorene konfrontacije. Najočigledniji dokaz tome predstavlja odluka o neustavnosti zakona kojim se sudske odluke izuzimaju od mogućnosti poništavanja u postupku po ustavnoj žalbi. Činjenica da je ova odluka doneta u postupku koji je pokrenut na inicijativu samog Ustavnog suda već dovoljno govori sama za sebe. Upravo je u ovoj odluci Ustavni sud izložio svoje razumevanje odnosa ustavnosudske i sudske vlasti. Ustavni sud je tada naglasio da svojom odlukom (po ustavnoj žalbi) ne vrši „pozitivnu“ korekciju sudske odluke, niti da poništavanjem sudske odluke, koja je povredila „specifično ustavno pravo“, zadire u „pravo sudske vlasti da preispita i koriguje vlastitu odluku“, te izričito podvukao da ustavno pravosuđe ne može preuzimati nadležnost redovnog suda u smislu konačnog rešavanja konkretnih sporova.¹

Ustavni sud je, takođe, nizom svojih odluka, podvukao da u postupku odlučivanja po ustavnim žalbama ne zalazi u oblast činjeničnih i pravnih pitanja, odnosno da ne postupa kao sud više instance. Time je, čini se, postavio osnovnu graničnu liniju u ustavnosudskom ispitivanju akata sudske vlasti. Praksa, međutim, pokazuje da ustavnosudsko ispitivanje ipak u određenoj meri zahvata i ovu oblast. U tom smislu, rad ima za cilj da ukaže na neka problemska mesta kao i granice koje je Ustavni sud sebi postavio u ispitivanju akata sudske vlasti u domenu utvrđivanja činjeničnog stanja i primene merodavnog (materijalnog i procesnog) prava.

2. Sudstvo i ustavno sudstvo u modernoj državi

U modernoj ustavnoj državi funkcije sudovanja i ustavnog sudovanja pretrpele su izvesne promene u odnosu na svoj prvobitni oblik. Promene se sastoje ne toliko u njihovoj prirodi (funkciji primene prava,

1 Odluka Ustavnog suda IUz-97/2012.

odnosno funkciji kontrole ustavnosti) koliko u načinu na koji se one ostvaruju, s obzirom na složenost sistema pravnih normi (nacionalnih i nadnacionalnih), kao i društvenih odnosa koje one posledično normiraju.

Izvorno, sudska funkcija je u najopštijem smislu funkcija primene prava. Za razliku od zakonodavstva, koje se sastoji u postavljanju opštih pravila, sudstvo se sastoji u njihovom primenjivanju na konkretne slučajeve – drugim rečima, podvođenju jednog posebnog slu čaja pod jedno opšte pravilo (Jovanović, 1922: 237). U klasičnoj pravnoj teoriji, sudska vlast, koja pretpostavlja postojanje spora o pravu, obu hvata vlast izricanja prava, tj. vlast tumačenja, kao i vlast donošenja izvršne odluke, koja poprima autoritet presuđene stvari (Marković, 2008: 506–507). Shvatanje sudske funkcije u vreme njenog institucionalnog osamostaljivanja najjasnije je izraženo u stavu Monteskeja prema kome su sudije „samo usta koja izgovaraju reči zakona“.² Novovekovno shvatanje ove funkcije pretpostavlja pravni silogizam, podvođenje konkretnog činjeničnog stanja pod apstraktnu pravnu normu i izricanje presude (Hasanbegović, 1993: 1129).

Funkcija primene prava u modernoj državi kvalitativno se udaljava od pojednostavljene maksime prema kojoj sudije predstavljaju „usta koja izgovaraju reči zakona“. Sudska funkcija, posredstvom koje se ostvaruje primarna zaštita ljudskih prava, ne svodi se samo na prostu primenu odredbi zakona na utvrđeno činjenično stanje u konkretnom slu čaju, nego pretpostavlja „simultanu primenu“ zakonskih, ustavnih i odredbi nadnacionalnog prava (Nenadić, 2014: 117). Naime, ustavni princip vladavine prava pretpostavlja da sud u konkretnom slučaju prethodno izvrši tumačenje merodavnog prava u granicama ustavno mogućeg, što daleko prevazilazi prostu, mehaničku primenu zakona. Ono podrazumeva sistematsko tumačenje celine pravnog sistema, uz uvažavanje stavova zauzetih u ustavnosudskoj praksi. Uključivanje nadnacionalnog prava u većoj ili manjoj meri dodatno usložnjava postupak primene prava.

Funkcija ustavnosudske kontrole još se više udaljila od osnovne zamisli njenog tvorca. Prvobitno je osmišljena kao funkcija tzv. negativnog zakonodavca, čija je prevashodna uloga bila zaštita ustavom uspostavljenog sistema hijerarhije pravnih normi. Postepeno je proširena nizom novih ovlašćenja, uključujući i kontrolu ustavnosti akata sudske vlasti u postupku po ustavnoj žalbi. Ustavnosudska kontrola danas trpi ozbiljne kritike da je funkciju tzv. negativnog, zamenila

² „(...) narodne sudije su samo usta koja izgovaraju reči zakona, beživotna bića koja ne mogu da mu ublaže ni snagu ni strogost.“ (Monteskje, 2011: 133).

funkcijom aktivnog normotvorca, te da svoj aktivizam ispoljava ne samo prema zakonodavnoj, nego i prema ustavotvornoj vlasti. Kritike se odnose na različite oblike postupanja ustavnih sudova, kao što su donošenje interpretativnih odluka, popunjavanje zakonskih praznina, oglašavanje neustavnim dela teksta zakonske odredbe (nakon kojeg ostatak pomenute odredbe poprima sasvim drugačiji smisao) i drugo.³

3. Granice ustavnosudskog ispitivanja akata sudske vlasti - neka problemska mesta

Sudska funkcija podrazumeva primenu prava na konkretno utvrđeno činjenično stanje i donošenje pojedinačnog akta, odnosno sudske odluke. To čini samu suštinu vršenja sudske vlasti i njen isključivi domen. Načelo suprematije ustava nalaže da sudska vlast, kao ustavom ustanovljena vlast, svoju nadležnost ostvaruje u skladu sa ustavom, odnosno najvišim pravom. Načelo podele vlasti, kao osnovna odrednica modernih ustava, podrazumeva da ustavom opredeljen domen sudske vlasti bude zaštićen od upliva drugih organa, što uključuje i sam ustavni sud. U tom smislu, ključno pitanje jeste u kojoj meri se ustavni sud može upuštati u ispitivanje pravnih nedostataka sudskih odluka u postupku po ustavnoj žalbi, a da pritom ostane u granicama svoje nadležnosti. Odgovor na pomenuto pitanje opredeljuje da li se ovaj sud kreće u granicama svoje nadležnosti ili se, pak, pretvara u sud više instance (Nenadić, Manojlović Andrić, 2010: 122).

Ono što zaokružuje složenost odnosa ustavnosudske i sudske vlasti u ovoj oblasti jeste činjenica da su način i uslovi ostvarivanja najvećeg broja Ustavom zajemčenih prava uređeni zakonom. Dakle, normativni okvir postupanja Ustavnog suda u oblasti zaštite pojedinih ustavnih prava ne zadržava se samo i isključivo na tekstu Ustava, već uključuje i odgovarajuće odredbe zakona. U tom smislu čini se neizostavnim da Ustavni sud, u postupku po ustavnoj žalbi, zakorači u oblast primene prava i ispita da li su pravilno primenjene odredbe odgovarajućih procesnih i materijalnih propisa u postupku donošenja sudske odluke koja je predmet ustavne žalbe (Nenadić et al. 2010: 122). Pitanje je, dakle, do koje mere Ustavni sud to može da čini, a da ne uzurpira nadležnost redovnih sudova i ne izađe iz okvira sopstvene nadležnosti.

Odgovor bi se mogao naći u sledećem: ispitivanje pravnih nedostataka sudskih odluka u postupku po ustavnoj žalbi mora se vršiti „(...) u onoj

3 O različitim oblicima ustavnosudskog aktivizma videti (Brewer-Carias, 2013: 5–191).

meri u kojoj je to neophodno da bi se utvrdilo da li je došlo do povrede ili uskraćivanja ustavnih prava i sloboda označenih u ustavnoj žalbi, u granicama razloga koji su u žalbi navedeni.“ (Nenadić et al. 2010: 122). Međutim, ta mera nije precizno određiva, kao što nije određiva ni granica između „specifičnog ustavnog prava“ i „običnog zakonskog prava“ (Nenadić et al. 2010: 123). Uopšte, teško je precizno odrediti obim ovlašćenja ustavnog suda, a time i domet ustavnih prava u ovoj oblasti ustavnosudske kontrole, ali je nesumnjivo da „(...) težište ustavnosudskog ispitivanja sudskih odluka mora da bude na interpretaciji, pravnom stanovištu koje je redovni sud zauzeo ili je trebalo da zauzme o značenju osnovnih prava, njihovom normativnom dometu i njihovim granicama.“ (Stojanović, Vučić, 2009: 891). Ustavnosudskoj intervenciji bi bilo mesta u slučaju da su interpretacione greške redovnih sudova takve prirode da „(...) suštinski znače povredu, uskraćivanje ili supstancijalno gubljenje jednog ustavom garantovanog prava.“ (Stojanović et al. 2009: 891).

Činjenica da se u postupku po ustavnoj žalbi u izvesnoj meri moraju ispitati pravni nedostaci sudskih odluka prirodno nalaže da se Ustavni sud strogo drži principa samoograničenja kako ne bi zašao u prostor ustavnosudskog aktivizma. U tom smislu, analiza prakse može biti dobar pokazatelj kakve je principe Ustavni sud uspostavio u ovoj oblasti ustavne kontrole.

Ustavni sud Srbije je u svojoj praksi formulisao odgovarajuće stavove u oblasti ispitivanja pravnih nedostataka sudskih odluka u postupku po ustavnoj žalbi. Ovaj sud je, najpre, izrazio stav „(...) da nije nadležan da preispituje zaključke i ocene redovnih sudova u pogledu utvrđenog činjeničnog stanja, kao ni način na koji su redovni sudovi primenili pravo u postupku odlučivanja o pravima i obavezama podnosioca ustavne žalbe.“⁴ Time je jasno podvukao da, u postupku po ustavnoj žalbi, ne postupa kao sud više instance niti da njegova uloga podrazumeva otklanjanje pravnih i činjeničnih nedostataka sudskih odluka.⁵ Navedeni stav, praktično, oslikava ustavom uspostavljenu podelu nadležnosti sudske i ustavnosudske vlasti, prema kojoj kontrola zakonitosti sudskih odluka pripada sudovima unutar sistema sudske grane vlasti.

4 Stav je naveden prema Odluci Ustavnog suda UŽ-1671/2014. Sličnu formulaciju stava Ustavni sud je ponovio u nizu svojih odluka donetih u postupku po ustavnim žalbama.

5 Praksa, nažalost, pokazuje da je ogroman broj podnosilaca ustavnih žalbi upravo na taj način i percipirao ulogu Ustavnog suda u zaštiti ljudskih prava, tražeći da svojom odlukom otkloni pravne i činjenične nedostatke sudskih odluka povodom kojih su ulagali svoje ustavne žalbe.

Međutim, svestan da i samo vršenje sudske vlasti u svom izvornom, supstancijalnom obliku, može biti zloupotrebjeno ili pak, očigledno nepravilno vršeno, i za posledicu imati povredu nekog od Ustavom garantovanih prava, Ustavni sud je u određenoj meri relativizovao prethodno navedeni stav, ističući da ima mesta ispitivanju „(...) da li je primena procesnog i/ili materijalnog prava bila proizvoljna ili diskriminaciona, čime bi ukazala na očiglednu arbitrarnost i nepravičnost u postupanju redovnih sudova, a na štetu podnosioca ustavne žalbe.“⁶ Ovaj kriterijum izgrađen je sa osloncem na praksu Evropskog suda za ljudska prava na koju se Ustavni sud poziva.

Proizvoljna ili arbitrerana primena materijalnog prava predstavlja objektivni kriterijum koji bi bio primenljiv ukoliko je odlučeno o pravu i obavezi podnosioca ustavne žalbe, a da uopšte nije primenjen zakon (što je najređi slučaj u praksi); zatim, ukoliko je sudska odluka (koja je predmet ustavne žalbe) zasnovana na zakonu koji više ne važi; na zakonu koji je retroaktivno primenjen ili na zakonu za čiju primenu nisu dati razlozi koji bi je razumno opravdali. Proizvoljna i arbitrerana primena materijalnog prava bi mogla da uključi i odstupanje suda od dotadašnje prakse u primeni neke materijalnopravne norme bez ikakvog obrazloženja (Manojlović Andrić, 2013: 177–178). Pitanju pravilne primene materijalnog prava bi bilo mesta i u slučaju kada postupajući sud, u koliziji dva ustavna prava, neosnovano da primat jednom pravu na račun drugog (Manojlović Andrić, 2013: 178).

Koncept proizvoljne i arbitrerne primene merodavnog prava obuhvata kako materijalno, tako i procesno pravo koje redovni sudovi primenjuju u postupku donošenja svojih odluka. Ustavni sud prihvata taj koncept s osloncem na praksu Evropskog suda za ljudska prava u kojoj se kaže da se pravičnost suđenja tj. isključenje proizvoljnosti u postupanju i odlučivanju redovnih sudova ostvaruje s osloncem na obavezu pridržavanja utvrđenih procesnih pravila u toku sprovedena postupka.⁷

Kako primena materijalnog i procesnog prava u postupku sudske odlučivanja uvek pretpostavlja utvrđivanje činjeničnog stanja u konkretnom slučaju, ustavnosudsko ispitivanje u izvesnoj meri može zahvatiti i sam činjenični supstrat sudske odluke. To se može uočiti u okviru ustavnosudskog ispitivanja garancije prava na obrazloženu sudske odluku, koja čini segment prava na pravično suđenje. Pomenuta garancija (prava na obrazloženu sudske odluku) nije izričito propisana

6 Navedeno prema Odluci Ustavnog suda UŽ-1671/2014.

7 Odluka Ustavnog suda UŽ-9346/2012.

Ustavom Republike Srbije niti Evropskom konvencijom za zaštitu prava i osnovnih sloboda, ali neizostavno čini supstrat pravičnosti suđenja, budući da stoji u bliskoj i neposrednoj vezi sa ostvarivanjem prava na pravno sredstvo. *Ratio legis* postojanja obrazloženja sudske odluke upravo se i sastoji u mogućnosti stranaka da pobijaju odluku pravnim lekom, pri čemu osnov pobijanja, pored povrede procesnog zakona koja se odnosi na nedostatke obrazloženja, mogu biti i činjenični nedostaci sudske odluke (Ilić, 2011: 229–230).

Obrazloženje predstavlja sastavni element sudske odluke u kojem sud pojašnjava pravno-logički proces pomoću kojeg je došao do odluke u konkretnom sudskom postupku.⁸ U tom smislu, obrazloženje neizostavno mora da uključi i činjenični osnov odluke, odnosno činjenično stanje koje je, u pravom regulisanom postupku odlučivanja, podvedeno pod materijalno pravo. Obrazloženje sudske odluke, dakle, obuhvata činjenični i pravni supstrat odlučivanja u postupku, pa ispitivanje eventualne povrede prava na obrazloženu sudsku odluku kao garancije pravičnosti suđenja neizostavno primorava Ustavni sud da se u određenoj meri upusti u ova pitanja.

Ustavni sud je, u ispitivanju prava na obrazloženu sudsku odluku zauzeo odgovarajuće stavove, sa izričitim osloncem na stavove Evropskog suda za ljudska prava koji su uspostavljeni u ovoj oblasti. Sa tim u vezi, Ustavni sud navodi da garancija prava na pravično suđenje uključuje obavezu sudova da „(...) između ostalog, argumentovano i dovoljno obrazlože svoje odluke. (...) da ova obaveza ne može biti shvaćena tako da se u odluci moraju dati odgovori na sve iznete činjenične i pravne tvrdnje stranaka, te da mera u kojoj ova obaveza postoji zavisi od prirode odluke, ali da sudovi u svakom slučaju moraju da obrazlože svoju odluku na taj način što će navesti jasne i razumljive razloge na kojima su tu odluku zasnovali (...) da sudska odluka ne može da bude bez ikakvog obrazloženja, niti ono sme da bude lapidarnog karaktera (...) Obaveza obrazloženja sudske odluke ne znači da se u odluci moraju dati detaljni odgovori na sve iznete argumente (...) međutim do povrede prava na pravično suđenje može doći ako sudovi ne utvrde i ne obrazlože ključne argumente za donošenje presude, a povreda prava na pravično suđenje takođe postoji i ako u obrazloženju nisu sa dovoljnom preciznošću navedeni razlozi na kojima se odluka zasniva (...)“⁹

Pažljivija analiza napred navedenih stavova pokazuje da oni delom mogu značiti objektivnu, a delom elastičniju granicu ustavnosudskog

8 O preciznom pojmovnom određenju obrazloženja sudske odluke videti (Ilić, 2011: 229).

9 Navedeno prema Odluci Ustavnog suda UŽ-7203/2013.

ispitivanja. Ovo je razumljivo ako se uzme u obzir to da su pomenuti stavovi nastali sa osloncem na praksu Evropskog suda, koji Evropsku konvenciju posmatra kao „živi“ instrument, i koji, sa druge strane, državama ugovornicama priznaje izvestan prostor slobodne procene. Upravo zbog toga pomenuti stavovi mogu predstavljati polje unutar kojeg Ustavni sud može lako zaći u oblast ustavnosudskog aktivizma.

Analiza prakse Ustavnog suda pokazuje da postoji neslaganje ustavnih sudija u pogledu razumevanja granica ustavnosudskog ispitivanja povrede prava na obrazloženu sudsku odluku.¹⁰ U izdvojenim mišljenjima na odluke Ustavnog suda ističe se da Ustavni sud nije vlastan da se izjašnjava o potrebi izvođenja određenih dokaza u sudskom i upravnom postupku¹¹; da se neopravdano upušta u instanciono odlučivanje, a delimično i u osporavanje činjeničnog stanja, koje je na validan način utvrđeno u pravnosnažno okončanom sudskom postupku¹²; da poništava sudsku odluku koja je u svemu razumljiva i argumentovano obrazložena, sa izloženim pravnim stavovima koji su zasnovani na ustavnopravno prihvatljivoj primeni merodavnog prava¹³ i dr.

Pitanje granica ustavnosudskog ispitivanja sudskih odluka u utvrđivanju povrede prava na obrazloženu sudsku odluku otvorilo se i iz ugla razloga koji su označeni u ustavnoj žalbi. Da li je Ustavni sud vlastan da ispituje povredu prava na pravično suđenje iz razloga nedovoljne obrazloženosti sudske odluke u slučaju kada se ustavnom žalbom taj razlog izričito ne navodi kao razlog povrede prava?¹⁴ Uzgred, problem vezanosti Ustavnog suda razlozima istaknutim u ustavnoj žalbi nije nepoznanica u praksi ovog Suda, što potvrđuju i primeri postupanja po ustavnim žalbama u kojima su navedeni razlozi očigledno ukazivali na povredu nekog drugog ustavnog prava, a ne onog koje je u žalbi označeno.¹⁵

10 Videti Odluku Ustavnog suda UŽ-819/2008, Odluku Ustavnog suda UŽ-7203/2013, Odluku Ustavnog suda UŽ-4668/2015, Odluku Ustavnog suda UŽ-8670/2012, kao i izdvojena mišljenja na ove odluke.

11 Zajedničko izdvojeno mišljenje dr Bose Nenadić i Katarine Manojlović-Andrić na Odluku Ustavnog suda UŽ-819/2008.

12 Izdvojeno mišljenje dr Milana Škulića na Odluku Ustavnog suda UŽ-4668/2015.

13 Zajedničko izdvojeno mišljenje Predraga Četkovića, Katarine Manojlović Andrić i dr Bose Nenadić na Odluku Ustavnog suda UŽ-8670/2012.

14 Izdvojeno mišljenje prof. dr Dragana M. Stojanovića na Odluku Ustavnog suda UŽ-7203/2013.

15 O tome više: (Manojlović Andrić, 2013: 173).

Stav prof. Stojanovića jeste da je za očuvanje korektnih odnosa sa redovnim sudovima neophodno „(...) da se Ustavni sud strogo ograniči samo na ocenjivanje razloga i navoda iznetih u ustavnoj žalbi. (...) Kao što u normativnoj kontroli važi pretpostavka da je zakon u skladu sa Ustavom, tako u postupku po ustavnoj žalbi važi pretpostavka da je sudska odluka saglasna Ustavom garantovanim pravima. Neprihvatljivo je da se Ustavni sud ne izjašnjava i eksplicitno ne ocenjuje ustavnopravnu snagu ponuđenih razloga u ustavnoj žalbi, nego u stvari sam posredno uvodi u „igru“ „nove“, konstatacijom da je obrazloženje nedovoljno, te da se time i vređa Ustavom garantovano pravo na pravično suđenje. U ustavnosudskom postupku načelno ne bi trebalo da postoje razlozi i činjenice pobijanja o kojima Ustavni sud vodi računa po službenoj dužnosti. Suprotno ovom principijelnom stavu, izgledalo bi da je kvalitet i potpunost obrazloženja baš ona činjenica o kojoj Sud *ex offio* mora da vodi računa, pa i onda kada se u ustavnoj žalbi izričito ne navodi.“¹⁶

Na suprotnoj liniji razmišljanja bi se mogle naći sudije koje ustavnoj žalbi ne prilaze kao strogo formalnom pravnom sredstvu, već kao sredstvu čijem podnosiocu treba pružiti što temeljniju zaštitu ustavnih prava koja su mu aktom sudske vlasti povređena.

3. Zaključak

Ustavna žalba, kao supsidijarno pravno sredstvo u zaštiti prava pomerila je polje odnosa ustavnog suda i redovnih sudova. Mogućnost da odluke najviših sudskih instanci postanu predmet ustavnosudske kontrole zaoštrila je odnose ovih organa, ali i otvorila niz pitanja o dometima takve kontrole. Čini se da se osnovni problem koncentriše oko pitanja da li Ustavni sud, postupajući po ustavnoj žalbi, sme da zalazi u oblast utvrđivanja činjeničnog stanja i primene merodavnog (materijalnog i procesnog) prava, kao esencijalnog domena sudske vlasti, i ako sme, u kojoj meri mu je to dopušteno.

Ono što nužno primorava ustavni sud da, postupajući po ustavnim žalbama, zahvati u domen sudske vlasti jeste činjenica da su način i uslovi ostvarivanja najvećeg broja Ustavom zajemčenih prava uređeni zakonom. U tom smislu čini se da ustavnosudska kontrola može (ali i mora) u izvesnoj meri za predmet imati pravne nedostatke sudske odluke kako bi u suštinskom smislu ispunila svoju svrhu – ispitivanje povrede „specifičnog“ ustavnog prava.

16 Izdvojeno mišljenje prof. dr Dragana M. Stojanovića na Odluku Ustavnog suda UŽ-7203/2013.

Stavovi koje je Ustavni sud zauzeo u svojoj praksi, načelno, pokazuju jasnu uzdržanost u ovoj oblasti, uz mogućnost ustavnosudske reakcije samo u slučajevima grube povrede procesnog i materijalnog prava. Ustavni sud, naime, podvlači da u postupku po ustavnoj žalbi nije nadležan da preispituje postupanje redovnih sudova u pogledu utvrđenog činjeničnog stanja, kao ni primene prava, ali uz ogradu da jeste nadležan da sankcioniše očiglednu arbitrarnost i nepravilnost u primeni prava. Analiza odluka Ustavnog suda, kao i izdvojenih mišljenja pojedinih ustavnih sudija, međutim, pokazuju da pomenuta ustavnosudska uzdržanost nije dosledno ispoštovana u svakom konkretnom slučaju.

Čini se da problem odnosa ustavnog suda i redovnih sudova u ovoj oblasti ne može biti rešen isključivo na nivou pozitivnog prava. Ovaj problem se nužno mora posmatrati u širem ustavnopravnom kontekstu koji uključuje niz pitanja: kakav je kvalitet zakonskih normi koje sudovi primenjuju u vršenju svoje nadležnosti; da li postoji spremnost sudova da propise koje primenjuju tumače sa osloncem na ustav i u granicama ustavno mogućeg; da li postoji spremnost da reaguju u slučaju sumnje u njihovu ustavnost; u kojoj su meri obrazloženja ustavnosudskih odluka jasno argumentovana; da li stavovi Ustavnog suda predstavljaju jasnu instrukciju o tome kako treba razumeti sadržinu određenih ljudskih prava, kao i razloge za njihovo ograničenje i drugo. Dakle, pitanje odnosa ustavnog suda i redovnih sudova, pored normativnog okvira, pretpostavlja odgovarajući stepen ustavne kulture, kao nužnog uslova za njegovo razvijanje i poboljšavanje.

Literatura/References

Brewer-Carias, A. R. (2013). *Constitutional Courts as Positive Legislators – A Comparative Law Study*. Cambridge: Cambridge University Press.

Ilić, P. G. (2011). Pravo na obrazloženu sudsku odluku. *Crimen* (II). 2. 227–244.

Jovanović, S. (1922). *O državi – osnovi jedne pravne teorije*. Beograd: Izdavačka knjižarnica Gece Kona.

Manojlović Andrić, K. (2013). Postupak i obim ispitivanja ustavne žalbe. U Nenadić, B. M. (Prir.). *Uloga i značaj Ustavnog suda u ostvarivanju vladavine prava 1963–2003*. Beograd: Ustavni sud. 161–180.

Marković, R. (2008). *Ustavno pravo i političke institucije*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Javno preduzeće „Službeni glasnik“.

Dr Nenadić, B., Manojlović Andrić, K. (2010). Sprovođenje postupka po ustavnoj žalbi i mere za njenu efikasnu primenu. U Dr Roos, S. R. i Dr Nenadić, B. (Prir.). *Ustavno sudstvo u teoriji i praksi. Zbornik referata sa regionalne konferencije ustavnih sudija*. Beograd: Konrad Adenauer Stiftung. 106–125.

Nenadić, M. B. (2014). Opšti osvrt na kontrolu ustavnosti sudske vlasti. U Odri, K. A., Bezbradica, R., Babić, B., Lubarda D. (Prir.). *Položaj i perspektiva ustavnog sudstva*. Beograd: Ustavni sud Republike Srbije, Javno preduzeće „Službeni glasnik“. 101–120.

Monteskje, d. Š. (2011). *O duhu zakona*. Beograd: Zavod za udžbenike.

Stojanović, D., Vučić, O. (2009). Domašaj ustavnosudskog ispitivanja odluka redovnih sudova u postupku odlučivanja o ustavnim žalbama građana. *Pravni život*. 14/2009. 879–895.

Hasanbegović, J. (1993). Sudstvo. U: *Enciklopedija političke kulture*. Beograd: Savremena administracija, 1124–1134.

Odluka Ustavnog suda UŽ-819/2008. *Službeni glasnik RS*. Br. 10. 2011. Odluka Ustavnog suda IUz-97/2012. *Službeni glasnik RS*. Br. 18. 2013. Odluka Ustavnog suda UŽ-8670/2012. *Službeni glasnik RS*. Br. 96. 2016. Odluka Ustavnog suda UŽ-1671/2014. *Službeni glasnik RS*. Br. 7. 2018. Odluka Ustavnog suda UŽ-9346/2012. *Službeni glasnik RS*. Br. 51. 2015. Odluka Ustavnog suda. UŽ-7203/2013. *Službeni glasnik RS*. Br. 36. 2017. Odluka Ustavnog suda UŽ-4668/2015. *Službeni glasnik RS*. Br. 26. 2018. Zajedničko izdvojeno mišljenje dr Bose Nenadić i Katarine Manojlović-Andrić na Odluku Ustavnog suda UŽ-819/2008.

Zajedničko izdvojeno mišljenje Predraga Četkovića, Katarine Manojlović Andrić i dr Bose Nenadić na Odluku Ustavnog suda UŽ-8670/2012.

Izdvojeno mišljenje prof. dr Dragana M. Stojanovića na Odluku Ustavnog suda UŽ-7203/2013.

Izdvojeno mišljenje dr Milana Škulića na Odluku Ustavnog suda UŽ-4668/2015.

Nataša Rajić, LL.D.,
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Novi Sad

**THE LIMITS OF THE CONSTITUTIONAL COURT CONTROL OVER
THE JUDICIAL AUTHORITY: SOME OPEN QUESTIONS**

Summary

In most states that have a centralized system of constitutional control, there is tension in the relations between the Constitutional Court and ordinary courts. The fundamental question raised in this regard is whether the Constitutional Court, acting on a constitutional complaint, may enter into the domain of application of law. The manner and conditions for exercising the constitutional rights are regulated by the law. In this respect, it seems that the Constitutional Court may, to a certain extent, examine the legal shortcomings of a court decision in order to substantively assess the alleged violation of the specific constitutional right stipulated in the constitutional complaint.

The legal attitudes formulated by the Constitutional Court of Serbia clearly show that the Constitutional Court has exercised self-restraint in this area. The Constitutional Court can act only in cases of gross violation of procedural and substantive law. However, the analysis of Constitutional Court decisions as well as the separate opinions of constitutional court judges shows that the self-restraint of the Constitutional Court has not been consistently applied in each particular case. The problem of the relations between the Constitutional Court and ordinary courts must necessarily be viewed in a broader constitutional context and cannot be solved at the normative level only.

Key words: *courts, Constitutional Court, constitutional complaint, court decisions, constitutional rights.*

Dr Milan Pilipović,* Docent
Pravnog fakulteta Univerzitet
u Banjoj Luci

pregledni naučni rad
doi:10.5937/zrpfni1982219P

UDK: 328.174:342.4
Rad primljen: 05.12.2018.
Rad prihvaćen: 31.01.2019.

ULOGA I RAZLOZI RASPUŠTANJA PARLAMENTA U ZEMLJAMA REGIONA

Apstrakt: *Uspostavljanje ravnoteže između legislative i egzekutive, uz postojanje ustavom utvrđenih sredstava njihovog međusobnog uticaja, predstavlja suštinsko obilježje parlamentarizma. Institut raspuštanja parlamenta upravo obezbjeđuje ostvarivanje neophodnog balansa između zakonodavne i izvršne vlasti. U vezi tog instituta kao osnovna pitanja postavljaju se ovlašćenja organa za njegovo raspuštanje kao i razlozi. Uloga raspuštanja parlamenta ne svodi se isključivo na otklanjanje sukoba između vlade i parlamenta što pripada klasičnoj doktrini, već se pitanje raspuštanja parlamenta postavlja i kad parlament izgubi podršku biračkog tijela. Savremena shvatanja govore o potrebi stavljanja mehanizma raspuštanja parlamenta u društveno-politički kontekst, i objašnjavanja i analiziranja ovog instituta u konkretnoj društveno-političkoj stvarnosti, uzimajući u obzir, pritom, i ulogu političkih stranaka. U posljednjoj deceniji, raspuštanje parlamenta u zemljama regiona, ako bi pod tim podrazumijevali područje bivše Jugoslavije, javlja se kao sve češća pojava. Kada se sagledaju razlozi i okolnosti koji su do toga doveli, odnosno ustavnopolitička stvarnost, nameće se pitanje da li se tu radi o sukobu parlamenta i vlade ili sukobu političkih stranaka, da li je cilj raspuštanja rješavanje tog sukoba, učvršćivanje vlasti ili nešto treće? Pokušaćemo dati odgovore na ta pitanja analizirajući ovaj institut u nekim od država nastalim na području bivše Jugoslavije, stavlajući ustavnopravne norme u društveno-političku stvarnost i okolnosti koje su i dovele do učestalosti ove pojave.*

Ključne riječi: *raspuštanje, parlament, vlada, šef države, politička stranka, Slovenija, Srbija, Makedonija, Hrvatska.*

* milan.pilipovic@pf.unibl.org

1. Uvod

Polazeći od načela podjele vlasti, kao jednog od osnovnih principa pravne države, tradicionalna teorija razlikuje predsjednički i parlamentarni sistem vlasti. Iako oba sistema vlasti počivaju na principu reprezentacije, priroda predstavničkog sistema je različita. Dok se predsjednički sistem zasniva na krutoj podjeli vlasti i potpunoj odvojenosti nosilaca različitih državnih funkcija, parlamentarni sistem se pojavljuje prije kao sistem saradnje, tj. ravnoteže između zakonodavne i izvršne vlasti. Činjenica da su i zakonodavna i izvršna vlast u predsjedničkom sistemu izabrane neposredno od strane građana isključuje bilo kakvu međuzavisnost, a samim tim ne ostavlja prostora ni za raspuštanje parlamenta. Kao suštinska obilježja parlamentarnog sistema vlasti obično se navode: „ravnopravnost legislative i egzekutive, saradnja između te dvije vlasti i postojanje sredstava uzajamnog uticaja jedne od tih vlasti na drugu (Marković, 2017: 196).¹

Kad se govori o sredstvima međusobnog uticaja zakonodavne vlasti na izvršnu, kao osnovno sredstvo putem kojeg parlament vrši uticaj na vladu jeste pokretanje pitanja političke odgovornosti vlade. Naime, vlada se u parlamentarnom sistemu pojavljuje kao izraz parlamentarne većine i njen opstanak je uslovljen postojanjem podrške od strane parlamenta, odnosno parlamentarne većine. Parlament može uskratiti to povjerenje uvijek kada se ne slaže sa vladinom politikom.² Zbog toga se parlamentarizam uobičajeno definiše kao sistem vlasti u kojem je vlada politički odgovorna pred parlamentom. Međutim, ukoliko bi vlada bila lišena bilo kakvih ovlaštenja prema parlamentu onda bi bilo dovedeno u pitanje i samo funkcionisanje parlamentarnog sistema vlasti. Prema tome, vlada nije i ne smije biti lišena instrumenata uticaja na parlament, jer je uspostavljanje ravnoteže između legislative i egzekutive cilj kojem teži parlamentarni sistem. Ustanova raspuštanja parlamenta upravo obezbjeđuje ostvarivanje neophodnog balansa između

1 Ravnopravnost između legislative i egzekutive u parlamentarnom sistemu ogleda se u činjenici da postoji precizna i jasna podjela nadležnosti između nosilaca zakonodavne i izvršne vlasti. S druge strane, podjela nadležnosti ne znači i odsustvo međusobne saradnje. Ta saradnja se ostvaruje u različitim aspektima, kroz institut poslaničke vlade, pravo ministara da prisustvuju sjednicama parlamenta, vladino pravo zakonodavne inicijative, a, s druge strane, i u postojanju različitih ovlaštenja parlamenta prema vladi, kao što su poslaničko pitanje, usvajanje budžeta, podnošenje interpelacije i slično.

2 I sama vlada može postaviti pitanje svog povjerenja u parlamentu. Na takav potez vlada će se odlučiti ukoliko želi da izvrši pritisak na parlament kako bi dobila podršku za neki akt koji namjerava preduzeti.

zakonodavne i izvršne vlasti. Dakle, ukoliko se vlada ne slaže sa parlamentarnom većinom, stoji joj na raspolaganju mogućnost da predloži raspuštanje parlamenta. Pravo raspuštanja parlamenta, prema S. Lou, je „jedna vrsta kazne, ako su članovi vladine većine jako nedisciplinovani, a opozicija pravi suviše teškoća u radu“ (Lo, 1929: 117). Raspuštanjem, izvršna vlast „disciplinuje parlament krajnjom mjerom, iznoseći njihov politički sukob pred birače“ (Orlović, 2018: 223).

Raspuštanje parlamenta je karakteristika parlamentarnog sistema vlasti, a u vezi tog instituta se kao osnovna pitanja postavljaju ovlašćenja organa za njegovo raspuštanje kao razlozi za taj čin. U posljednjih desetak godina, raspuštanje parlamenta se u zemljama regiona javlja kao sve češća pojava, ali kada se sagledaju razlozi i okolnosti koji su do toga doveli, nameće se pitanje da li je posrijedi sukob parlamenta i vlade ili političkih stranka, da li je cilj rješavanje tog sukoba ili učvršćivanje vlasti? Pokušaćemo dati odgovore na ta pitanja analizirajući ovaj institut u nekim od država nastalim na području bivše Jugoslavije.

2. Raspuštanje parlamenta kao karakteristika parlamentarnog sistema vlasti

U konstitucionalnoj teoriji dugo se vodila rasprava u pogledu prava egzekutive da raspusti parlament, odnosno da li je pravo raspuštanja parlamenta bitno obilježje parlamentarnog sistema vlasti. U tom pogledu su se pojavila dva suprotna gledišta. S jedne strane, pristalice monističkog shvatanja ističu da je suštinsko obilježje parlamentarizma politički odgovorna vlada. Nesumnjivo je da se na taj način priznaje izvjesna prevlast parlamenta u odnosu na izvršnu vlast. S druge strane, dualisti tvrde da je suština parlamentarnog sistema u uspostavljanju ravnoteže vlasti. Pravo vlade na raspuštanje parlamenta, nasuprot političkoj odgovornosti vlade pred parlamentom, upravo obezbjeđuje ravnotežu dviju vlasti. U konstitucionalnoj teoriji danas su prisutna i neka umjerena mišljenja, koja ne spore značaj ustanove raspuštanja parlamenta, ali ističu da postoje i drugi instrumenti koji obezbjeđuju ravnotežu vlasti.

Danas je većina autora saglasna u tome da politički odgovorna vlada nije jedina odlika parlamentarizma, a parlamentarni sistem se određuje kao sistem ravnoteže vlasti. Naime, vlada proizilazi iz parlamenta i odgovorna mu je za svoj rad zbog čega parlament može izglasati nepovjerenje vladi. Ravnoteža se postiže time što može doći do raspuštanja parlamenta, o čemu odlučuje šef države, bilo na prijedlog vlade, bilo

samostalno što je najčešći slučaj.³ Stoga, „raspuštanje parlamenta predstavlja jedan od ključnih elemenata u održavanju ravnoteže u parlamentarnom sistemu“ (Pejić, 2011: 177). Raspuštanje parlamenta „je klasično ovlaštenje vlade (šefa države) u parlamentarnom sistemu kojim se disciplinuje parlament, kojem je pandan odgovornost vlade i ministarska odgovornost pred parlamentom, kojim parlament kontroliše vladu i ministre“ (Marković, 2017: 316).

Legislativa i egzekutiva imaju svoja posebna ovlaštenja, ali funkcionisanje sistema podrazumjeva njihovu povezanost i komunikaciju. Eventualni sukob između vlade i parlamenta, dakle, može dovesti do raspuštanja parlamenta pri čemu će birači i javnost imati ulogu sudije izražavajući svoj stav na novim izborima. Naime, raspuštanjem parlamenta „prestaje mandat svih poslanika prije isteka mandatnog perioda na koji su poslanici izabrani“ (Pajvančić, 2005: 110), što povlači za sobom raspisivanje izbora⁴ za novi sastav parlamenta. Prof. V. Petrov ističe da se „uloga raspuštanja parlamenta ne svodi isključivo na otklanjanje sukoba između vlade i parlamenta. Pitanje raspuštanja parlamenta postavlja se i kad parlament izgubi podršku biračkog tijela. Tada raspuštanje nije odbrambeno `sredstvo` vlade u odnosu na parlament, jer ova dva činioca ne moraju biti u sukobu. U sukobu su narod i njegovo predstavništvo... tu se raspuštanje parlamenta ukazuje kao najefikasnije sredstvo da se suvereni narod i njegovo predstavništvo dovedu u sklad“ (Petrov, 2015: 143). „Može se desiti da je parlament, bilo zbog dugog trajanja ili nekog drugog razloga stvarno prestao biti pravi izraz narodne volje. Ako takav jedan parlament izjavi vladi nepovjerenje ili ako vlada ima ozbiljnog razloga da veruje da ona bolje pogađa današnje narodne želje i potrebe, nego li postojeći parlament, ona ima jedno sredstvo u rukama, da izbjegne svoje odstupanje i povlačenje i pored nepovjerenja koje je dobila u parlamentu. To je sredstvo raspuštanje parlamenta i apel na narod, putem novih izbora“ (Marković, 1991: 34). Profesor R. Marković ističe da se u vezi sa raspuštanjem parlamenta postavlja nekoliko pravnih pitanja: ko je nosilac prava raspuštanja parlamenta; iz kojih se razloga parlament može raspustiti, kakva je pravna priroda raspuštenog parlamenta (Marković, 2017: 317). Ostavljajući po strani pravnu prirodu

³ Prema tome, ovlaštenje vlade da raspusti parlament pojavljuje se kao *differentia specifica* parlamentarnog sistema vlasti i obilježje koje upravo parlamentarni sistem odvaja od skupštinskog sistema vlasti.

⁴ Izbori se raspisuju naposredno nakon raspuštanja parlamenta, u ustavom predviđenim rokovima, koji su uobičajno kraći od rokova za održavanje redovnih izbora, nakon isteka mandatnog perioda.

raspuštenog parlamenta, ovom prilikom ćemo govoriti o ovlašćenju i razlozima raspuštanja parlamenta.

3. Ovlašćenje za raspuštanje parlamenta

Kad govorimo o *ovlašćenju raspuštanja parlamenta*, trebamo istaći da ono ne postoji u predsjedničkom sistemu vlasti, nego samo u parlamentarnom sistemu vlasti koji se zasniva na gipkoj podjeli vlasti. U evropskim parlamentarnim sistemima, uglavnom izvršna vlast ima ustavno ovlašćenje da raspusti parlament.⁵ Kada to ovlašćenje ima jedan od dva organa izvršne vlasti – šef države ili vlada, moguće su različite varijante u pojedinim ustavnim sistemima. Najčešći slu čaj jeste da odluku o raspuštanju parlamenta donosi šef države na prijedlog vlade, ali ima ustavnih sistema (npr. Francuska) u kojima odluka o raspuštanju parlamenta predstavlja samostalni akt šefa države. U komparativnoj ustavnosti se rjeđe nalazi rješenje po kojem odluku o raspuštanju parlamenta donosi sama vlada.⁶ Osim raspuštanja parlamenta voljom organa izvršne vlasti, u jednom broju ustavnih sistema, parlament se raspušta na osnovu sopstvene odluke (samoraspuštanje).⁷ Odluku donosi sam parlament, ustavom određenom većinom poslanika (bilo apsolutnom, bilo kvalifikovanom), ali treba naglasiti da „prestanak na osnovu samostalne odluke parlamenta nije šire zastupljen u uporednim rješenjima“ (Kutlešić, 2002: 71). Stoga se u nauci ustavnog prava „obično pravi razlika između dvije vrste raspuštanja skupštine. Jedno je raspuštanje odlukom egzekutive, a drugo je ono do kojeg dolazi po sili ustava (*ex constitutione*). Prva vrsta raspuštanja skupštine je raspuštanje u pravom smislu, jer se tu radi o mehanizmu za rješavanje sukoba između vlade i skupštine. Druga vrsta podrazumijeva da skupštini prije vremena prestaje mandat usljed nastupanja okolnosti koje su ustavom izričito predviđene“ (Petrov, 2007: 168).

5 Među tim, ima i izuzetaka. U nekim sistemima (Austrija, Hrvatska, Makedonija) parlament može i sam donijeti odluku o samoraspuštanju, a u Norveškoj prijevremeno raspuštanje parlamenta ustavom nije dopušteno.

6 To je predviđao Ustav SR Jugoslavije (član 83), a danas takvo rješenje predviđa Ustav Crne Gore.

7 Od istočnoevropskih zemalja, takve slu čajeve imamo npr. u Bugarskoj, Mađarskoj, Poljskoj. Šire vidi: Ku tlešić, 2004: 78–82.

4. Razlozi za raspuštanje parlamenta

Razlozi za raspuštanje parlamenta mogu biti navedeni u ustavu, u smislu nastupanja okolnosti propisanih ustavom. „U komparativnoj praksi najčešće se kao razlozi za raspuštanje parlamenta navode nemogućnost izbora vlade u ustavom propisanom roku nakon sprovedenih izbora i konstituisanja novog parlamentarnog saziva, neizglasavanja budžeta, odsustva kvoruma na sjednicama parlamenta u određenom vremenskom periodu i izglasavanje nepovjerenja vladi“ (Pajvančić, 2005: 110), odnosno očigledan nedostatak podrške parlamenta. Ovi razlozi vrlo često budu navedeni u ustavu, ali isto tako, u komparativnoj ustavnosti razlozi raspuštanja parlamenta mogu biti navedeni uopšteno i neodređeno – ako parlament duže vremena ne obavlja funkcije – odnosno da i ne budu navedeni.⁸

Raspuštanje parlamenta može biti uzrokovano i sukobom između šefa države i parlamenta iz razloga što šef države ne pripada istoj političkoj grupaciji koja čini parlamentarnu većinu, tj. ne odgovara mu parlamentarna većina. Tako u polupredsjedničkom sistemu, u slučaju podijeljene većine u smislu različite političke orijentacije predsjednika i parlamentarne većine, raspuštajući parlament sa kojim ne može da sarađuje, predsjednik iznosi spor pred građane koji će na izborima arbitrirati o tome ko treba da dobije primat u okviru egzekutive“ (Simović, 2009: 281). Primjer za to nalazimo u Francuskoj, u kojoj predsjednik Republike ima ovlaštenje (član 12 Ustava Francuske) da raspusti Nacionalnu skupštinu, odnosno Donji dom parlamenta, uz prethodne konsultacije sa prvim ministrom i predsjednicima oba doma parlamenta. Specifičnost raspuštanja parlamenta u Francuskoj ogleda se upravo u tome što to nije uslovljeno činjenicom da je vlada izgubila povjerenje parlamentarne većine. Ovdje pak šef države može raspustiti skupštinu čak i ukoliko vlada ima većinu u parlamentu, a pitanje povjerenja se ne postavlja.⁹ „Dakle, ovde nije vlada ta koja, poražena u

8 Tako npr. Ustav Republike Srpske u članu 72, st. 7 u tvrđi je da „predsjednik Republike može, pošto sasluša mišljenje predsjednika Vlade i predsjednika Narodne skupštine, odlučiti da Narodna skupština bude raspuštena.“ Ustav Republike Srpske (sedmo izdanje), priredili i uredili Midrag N. Simović i Mile S. Dmičić, Banja Luka, 2007.

9 Iako je prvobitna namjena raspuštanja bila da se ono koristi kao sredstvo za rješavanje ozbiljnih kriza, tako što bi se tražilo mišljenje naroda, ili kao način rješavanja ili sprečavanja nesuglasica sa parlamentom, ustanova raspuštanja se iz pomenu tih razloga koristila samo dva puta, 1962. i 1968. godine. U preostala tri slučaja predsjednik je koristio raspuštanje parlamenta ili na početku mandata u cilju dobijanja „svoje“ većine u Nacionalnoj skupštini, a koja bi podržavala njegovu

parlamentu, traži od šefa države zaštitu i ovaj joj tu zaštitu pruža raspuštanjem parlamenta. Ovde šef države sam, diskreciono, donosi odluku o raspuštanju“ (Jovičić, 1984: 151). Nesumnjivo je da ovakvo ovlaštenje predsjednika predstavlja izuzetno moćno oružje putem kojeg on može ostvariti uticaj na biračko tijelo i na taj način preokrenuti izbore u svoju korist. Time je predsjedniku data mogućnost da cijeni političku situaciju i čeka povoljnu priliku za raspuštanje parlamenta. Naravno, moguće je da ta procjena bude i pogrešna. Tako je predsjednik Širak 1997. godine raspustio skupštinu sa namjerom da pobijedi na izborima, ali se to nije desilo (Simović, 2008: 109).

Određivanje raspuštanja parlamenta kao bitnog elementa parlamentarnog sistema i instrumenta za otklanjanje spora između izvršne i zakonodavne vlasti pripada klasičnoj doktrini i shvatanju o mjestu i ulozi raspuštanja parlamenta u ustavnom sistemu, koje je i danas prisutno. Međutim, „posljednjih decenija javila su se i drukčija shvatanja. Jedno od najvažnijih je ono koje mehanizam raspuštanja stavlja u društveno- politički kontekst i objašnjava ga primjenom tzv. funkcionalne teorije.

... pristalice funkcionalističkog pristupa raspuštanje parlamenta analiziraju u konkretnoj društveno-političkoj stvarnosti, proučavaju koje funkcije je ustavotvorac namijenio raspuštanju i koje su konkretne posljedice primjene ovog mehanizma u ustavnoj stvarnosti. Oni posebno naglašavaju ulogu političkih stranaka u ustavnom sistemu koje svojim djelovanjem određuju sadržinu i konkretne efekte ustavnih institucija. Tako, i ako je moguće govoriti o raspuštanju parlamenta kao sredstvu za rješavanje sporova, to bez sumnje nisu sporovi između zakonodavne i izvršne vlasti nego između relevantnih političkih stranaka“ (Petrov, 2015: 144).

5. Raspuštanje parlamenta u ustavu i ustavno-političkoj praksi u zemljama regiona

U posljednjih desetak godina, u državama regiona su učestala raspuštanja parlamenta. Tako je u pojedinim državama nastalim na području bivše Jugoslavije, tačnije Srbiji, Sloveniji, Hrvatskoj, Makedoniji, od 2008. godine do danas više puta dolazilo do raspuštanja parlamenta. Postavlja se pitanje, koji su razlozi ove pojave, koji su to uslovi i koje okolnosti dovodile do raspuštanja parlamenta, odnosno koji je bio cilj raspuštanja parlamenta? Da li su to sukobi zakonodavne i izvršne vlasti i rješavanje

politiku, kao što je to bilo 1981. i 1988. godine (Jovanović, 1991: 203), ili radi raspisivanja izbora u trenu tku kada osjeti da ima prednost (1997. godine).

parlamentarne krize, o čemu govori teorija parlamentarizma, sukobi relevantnih stranaka ili nešto treće, o čemu će biti riječi u nastavku rada. Najprije, ćemo prikazati normativni aspekt – kako su ustavi navedene četiri države regulisali institut raspuštanja, a zatim analizirati raspuštanje parlamenta u posljednjoj deceniji, u konkretnoj društveno-političkoj stvarnosti i ustavnoj praksi.

5.1. Raspuštanje parlamenta – Državnog zbora – u Republici Sloveniji

U parlamentu Republike Slovenije postoji Državni zbor (Državno vijeće) i Državni savjet. Ustav Republike Slovenije¹⁰ utvrđuje dvodomni sastav parlamenta, i to kroz specifičnu varijantu bikameralizma, jer poslanički (predstavnički) dom i „u suštini, ima ulogu i funkciju parlamenta. Položaj i funkcija drugog doma nisu takvi da bio on mogao biti definisan kao pravi pravcati Gornji dom“ (Bataveljić, 2002: 96). Naime, Državni savjet je zastupništvo nosilaca socijalnih, privrednih i lokalnih interesa i, kao takav, ima pretežno savjetodavno-inicijatorsku ulogu i ima suspenzivni veto na zakone Državnog zbora koji je nosilac legislativne funkcije u Sloveniji.¹¹ Stoga je i institut raspuštanja Ustavom predviđen samo za Državni zbor, a odnosi se prevashodno na slučajeve neizbora vlade Slovenije u Ustavom utvrđenim rokovima. Prvi slučaj se odnosi na redovni izbor, pa ako je on bezuspješan poslije tri pokušaja dolazi do raspuštanja.¹² Drugi, da je vlada izgubila podršku u parlamentu, bez obzira da li je do glasanja došlo na inicijativu parlamenta (glasanje o nepovjerenju) ili na zahtjev vlade (glasanje o povjerenju)¹³ i da, nakon toga, u utvrđenim rokovima, nije došlo do izbora novog predsjednika vlade ili ponovnog izglasavanja povjerenja dotadašnjem. Prema tome, Vlada, po Ustavu Slovenije, nema mogućnosti da raspusti Državni zbor, niti Državni zbor ima ustavni osnov da se sam raspusti. Predsjednik Republike, osim što nema nikakve važnije uloge u zakonodavnom postupku i u procesu oblikovanja državne politike, nema ni mogućnost raspuštanja parlamenta po svojoj diskrecionoj ocjeni u slučaju parlamentarne krize nastale zbog sukoba Vlade i Državnog zbora.

10 Ustava Republike Slovenije, Uradni list Republike Slovenije št. 33/91, br. 42/97; 66/2000; 24/2003; 69/04; 68/06; 47/13.

11 Član 96 Ustava Republike Slovenije.

12 Član 111 st. 4 i 5 Ustava.

13 Član 117 Ustava.

Imajući u vidu ustavnu mogućnost višestrukih pokušaja izbora vlade, u proteklom periodu od nastanka Slovenije kao samostalne države, 1991. godine,¹⁴ do 2011. godine i nije bilo slučajeva raspuštanja parlamenta, da bi od 2011. do danas, tri puta dolazilo do raspuštanja Državnog zbora i novih izbora. Ekonomska kriza koja je zahvatila evropske zemlje nije mimoišla ni Sloveniju, što je bio dodatni pritisak na koalicionu vladu, izabranu 2008, sastavljenu od više političkih stranaka.¹⁵

Raspadi koalicija imali su za posljedicu gubljenje povjerenja Vladi, tj. izglasavanju nepovjerenja i nastanku parlamentarne krize koja je 2011. godine dovela i do raspuštanja parlamenta i prvih prijevremenih izbora od samostalnosti Slovenije. Naime, u 2011. godini nastupila je kriza Vlade u parlamentu nakon odbijanja zakonskih prijedloga Vlade u oblasti penzione reforme. Vladu su napustila dva od četiri koaliciona partnera. Osim toga, više zakonskih prijedloga Vlade odbili su i građani na referendumu. Predsjednik Slovenije početkom juna 2011. izjavljuje da: „Kad bih imao mogućnost raspustiti parlament, danas bih bio jako blizu takvoj odluci“,¹⁶ potvrđujući time veličinu političke krize u državi, koja je trajala više mjeseci. Budući da se u ustavnom roku nisu uspjele formirati koalicije stranaka koje bi činile parlamentarnu većinu iz koje bi proizašla i nova Vlada, u Sloveniji, prvi put od njene samostalnosti, došlo je do raspuštanja Državnog zbora i raspisivanja prijevremenih izbora, što je predsjednik Republike bio dužan učiniti.¹⁷

Prijevremani izbori održani su 4. 12. 2011. godine, a Državni zbor odbija prijedlog predsjednika Republike za izbor mandataru za sastav nove Vlade.¹⁸ To pokazuje da aktualni šef države nema tu snagu i političku

14 U proteklih 20 godina u Sloveniji je bilo slučajeva izglasavanja nepovjerenja Vladi, ali nije dolazilo do raspuštanja parlamenta i prijevremenih izbora, jer se u ustavnom roku uspijevao izabrati novi premijer koji je vodio Vladu do redovnih izbora.

15 Ekonomska kriza ali i sumnja u zakonitost djelovanja pojedinih ministara pa i predsjednika Vlade, u ticalo su negativno na njenu stabilnost.

16 <http://www.jutarnji.hr/slovenija-danilot-rk.politicka-kriza-potresa-zemlju-nakon-propasti-referendum/951703/>

17 Budući da je parlamentarna kriza trajala više od pola godine, moglo bi se reći da bi u ovakvim situacijama bila „na mjestu neka diskrecija predsjednika republike, koji bi u takvim primjerima svojom intervencijom (raspuštanjem Državnog zbora i raspisivanjem novih izbora) nedvosmisleno pomogao lakšem i boljem djelovanju države... lakšem i boljem razrješavanju spora između vlade i parlamenta i omogućila veći u ticalo izbora na ta dešavanja“ Pogorelec, 2006: 240, 241.

18 Na izborima na kojima najviše glasova dobija Pozitivna Slovenija (28%) čiji je lider Z. Janković, te SDS J. Janše, sa 26 glasova. Predsjednik Republike je predložio

moć da može stvarno do kraja da utiče na formiranje vlade, a da u parlamentu ima dosta manevrisanja i taktiziranja između političkih partija. Naime, nakon odbijanja mandataru kojeg je predložio šef države, te još jednog neformalnog prijedloga mandataru, pet stranaka desnog centra potpisuje koaliciju i koristeći svoje ustavno pravo, predlažu J. Janšu za mandataru za sastav nove vlade. Iako je predsjednik Republike smatrao da ne bi mogao biti mandatar zbog optužbi za korupciju, Državni zbor, 26. januara na vanrednoj sjednici, za predsjednika Vlade bira Janeza Janšu a 10. februara 2012. godine, bira i Vladu. Opstanak prethodnih Vlada u Sloveniji, pa tako i ove, zavisi je od njenih poteza i podrške stranaka iz koalicije koje je podržavaju i iz koje je proizašla, ali i od toga u kojoj će mjeri stranke, pogotovo opozicione ali i iz vladajuće koalicije, zahtijevati održavanje zakonodavnog referenduma.¹⁹ Rješenje problema u odnosima između Vlade i Državnog zbora, preciznije između parlamentarnih stranaka, sve više se prebacivalo na same građane u vidu (ne)potvrđivanja usvojenih zakona²⁰. Da li će Državni zbor podržavati ili blokirati Vladu, zavisi od stranaka i stranačkih instrukcija koje dobiju poslanici. Odgovori na pitanja i dileme funkcionisanja Vlade i njenog opstanka, stigli su veoma brzo, početkom 2013. godine, kada je zbog sumnje u korupciju, tražena ostavka predsjednika Vlade. Predsjednik Vlade je odbio da podnese ostavku, zbog čega je vladajuća koalicija počela da se raspada. Vlada je ostala bez podrške tri koalicione stranke čime je izgubila podršku parlamentarne većine, ali predsjednik Vlade, izložen još i pritisku javnosti, nije podnio ostavku, već je nastavio da vodi manjinsku vladu. Imajući u vidu da predsjednik Vlade nije podnio ostavku u skladu sa čl. 111 Ustava, niti je postavio pitanje povjerenja Vlade u Državnom zboru (npr. vežući ga za izbor novih ministara shodno čl. 117 Ustava), parlamentarne stranke, u skladu sa članom 116 Ustava, pristupile su izglasavanju nepovjerenja Vladi, istovremeno predlažući A. Bratušek, iz Pozitivne Slovenije, za novog mandataru za sastav Vlade, da bi ubrzo

Z. Jankovića za mandataru za izbor nove vlade, među tim, parlament je to odbio, jer je umjesto neophodnih 46 dobio 42 glasa.

19 Zakonodavni referendum u tvrdjen je Ustavom Slovenije (čl. 90). Državni zbor je obavezan raspisati zakonodavni referendum ako to zahtijeva najmanje trećina poslanika Državnog zbora, Državni savjet ili 40.000 birača.

20 U parlamentarnim demokratijama, građani – birači s u arbitri u rješavanju sukoba između vlade i parlamenta, ali prevashodno pu tem izbora, redovnih ili prijevremenih, a ne pu tem referendumu o nizu zakona oko čijeg usvajanja ne postoji šira saglasnost, kao što je to postala praksa u Sloveniji prethodnih godina.

bila izabrana nova Vlada.²¹ Dakle, U Sloveniji, pored fragmentacije parlamenta koja je prisutna tokom cijelog perioda, od 2008. godine na sceni je raznolikost formalnih i neformalnih koalicija, koje se nisu pokazale stabilnim. To je imalo za posljedicu i nestabilnost vlada tako da su od kraja 2008. godine do prve polovine 2013. godine, izabrane tri vlade, od kojih jedna nakon vanrednih parlamentarnih izbora.²² Međutim, ni ova vlada, izabrana u martu 2013, nije dočekala kraj mandata. Naime, predsjednik Vlade A. Bratušek, je poražena na unutarstranačkim izborima gdje je izgubila u borbi za predsjednika Pozitivne Slovenije, zbog čega napušta tu stranku i osniva svoju stranku, dajući pritom ostavku na mjestu predsjednika Vlade. To je opet izazvalo krizu u parlamentu, što je za posljedicu imalo da u ustavnim rokovima uopšte nije bilo prijedloga o kandidatu za mandatara nove vlade, zbog čega u junu 2014. ponovo dolazi, po sili ustava, do raspuštanja Državnog zbora, a u julu i do prijevremenih izbora. Na prijevremenim parlamentarnim izborima ubjedljivu pobjedu odnosi novoformirana stranka M. Cerara koji je izabran za predsjednika Vlade. Međutim, pri kraju mandata i on, odnosno Vlada podnosi ostavku, navodeći kao glavni razlog nezadovoljstvo odlukom Vrhovnog suda o poništavanju rezultata referenduma na kojem su prošle godine Slovenci podržali njegov zakon o gradnji strateške željezničke pruge. S obzirom da su se ubrzo trebali održati redovni parlamentarni izbori, to niko, od ustavom određenih predlagača, nije podnio prijedlog kandidata za mandatara za sastav Vlade, te je, po sili ustava, šef države raspustio parlament i raspisao prijevremene izbore.

Dakle, u Sloveniji je od 2011. godine tri puta dolazilo do raspuštanja parlamenta (2011, 2014, 2018). Sa formalnopravnog aspekta, do raspuštanja je dolazilo, po sili ustava, zbog neizbora vlade u ustavom utvrđenim rokovima, njene ostavke, odnosno izglasanog nepovjerenja. Međutim, kad raspuštanje parlamenta stavimo u društveno-politički kontekst i kada sagledamo stvarne razloge i okolnosti koje su dovele do toga, mogli bi reći da je samo u jednom slučaju, i to u onom iz 2011, u izvjesnoj mjeri do raspuštanja došlo zbog sukoba zakonodavne i izvršne vlasti, jer je parlament odbio prijedloge zakona o Vladi i penzionoj

21 Pozitivna Slovenija je sklopila koaliciju sa još tri stranke, pa je Državni zbor 27. 2. 2013. godine imenovao A. Bratušek, iz Pozitivne Slovenije za novog predsjednika Vlade, a 20. 3. 2013. godine, izabrana je i nova vlada, jedanaesta po redu od 1990. godine i prvih parlamentarnih izbora.

22 Nova koaliciona vlada izabrana nakon prijevremenih izbora 2012. godine, već nakon godinu dana postala je manjinska zbog gubljenja podrške koalicionih partnera iz razloga ekonomske krize i optu žbe javnosti za korupciju, da bi joj ubrzo bilo izglasano i nepovjerenje.

reformi. Ostali slučajevi parlamentarne krize su rezultat (unutar) partijskog sukoba, personalnih problema i sujeta lidera partija, odnosno predsjednika vlada (poraz na izborima za šefa partije, sumnja u korupciju, neprihvatanje odluka najviših sudskih instanci...), što ide u prilog teze da je neophodan funkcionalistički pristup u sagledavanju instituta raspuštanja parlamenta.

5.2. Raspuštanje parlamenta – Hrvatskog sabora – u Republici Hrvatskoj

Ustav Republike Hrvatske iz 1990. godine utvrđuje da je državna vlast u Republici Hrvatskoj ustrojena na načelu podjele vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku, te da načelo podjele vlasti uključuje oblike međusobne saradnje i uzajamne kontrole nosilaca vlasti propisane ustavom i zakonom.²³ U Republici Hrvatskoj institut raspuštanja parlamenta je u uzročno-posljedičnoj vezi sa izborom Vlade i njenim statusom u parlamentu. Prvi slučaj se odnosi na neizbor Vlade iz dva pokušaja nakon održanih parlamentarnih izbora,²⁴ a drugi na neizbor Vlade u roku od 30 dana nakon što joj je Sabor izglasao nepovjerenje. Međutim, treba istaći da Sabor ne može biti raspušten zbog činjenice što je izglasao nepovjerenje Vladi, već zbog toga što nije nakon izglasavanja nepovjerenja u određenom roku izabrao novu Vladu. Odluku o tome samostalno donosi predsjednik Republike, ali na osnovu ustavne obaveze, tako da se može reći da predsjednik svojim aktom samo konstatuje nastupjele činjenice. Za razliku od toga, ako Vlada postavi pitanje svog povjerenja u Saboru, pa Sabor izglasa nepovjerenje Vladi, tada predsjednik, na prijedlog Vlade i uz sapotpis predsjednika Vlade a nakon savjetovanja sa predstavnicima klubova zastupnika parlamentarnih stranaka, *može* raspustiti Hrvatski Sabor.²⁵ Na isti način predsjednik Republike može raspustiti Sabor i u slučaju kada u roku od 120 dana od dana predlaganja ne donese budžet.²⁶ U ova dva slučaja, do raspuštanja ne dolazi automatski, njihovim nastupanjem, „već su oni pretpostavka da se do odluke o raspuštanju dođe, pri čemu su navedene konsultacije u parlamentu, naročito sa vladajućom većinom, ključ odluke“ (Kutlešić, 2002: 150). Imajući u vidu da je potreban

23 Član 4 Ustava Republike Hrvatske. Ustav Republike Hrvatske (prečišćeni tekst), Narodne novine br. 85/10.

24 Član 110–112 Ustava.

25 Član 104 Ustava.

26 Član 104, st.1 Ustava, s tim da je u stavu 2 predviđeno da Predsjednik ne može na prijedlog vlade raspustiti Hrvatski sabor dok traje postupak za utvrđivanje njegove odgovornosti za povredu ustava.

prijedlog Vlade i sapotpis predsjednika Vlade, može se reći da su ova dva slučaja instrument vlade a ne predsjednika koji je više formalni donosilac akta. Prema ovom članu Ustava pravo predsjednika da može raspustiti Sabor „u velikoj mjeri se ograničuje tako što su navedena sva ograničenja koja postoje u bilo kojem ustavu čistog parlamentarnog ili polupredsjedničkog sistema“ (Sokol, Smerdel, 1998: 264). Dakle, ako je do utvrđivanja činjenice nepovjerenja došlo na zahtjev Vlade, može doći do raspuštanja Sabora, dok Sabor ne može, kao što smo već rekli, biti raspušten kad je po svojoj inicijativi izglasao nepovjerenje vladi. Neki autori smatraju da „ovo predstavlja sužavanje i ograničavanje standardnog modela odnosa vlade i parlamenta u parlamentarnom modelu, i to na štetu vlade, odnosno olakšavanje parlamentu da pokreće pitanje povjerenja vladi ili njenom članu, bez straha u vidu vladine reakcije u vidu raspuštanja“ (Kutlešić, 2002: 150), a drugi pak, kao npr. prof. Smerdel, smatraju da je raspuštanje Sabora uglavnom u skladu sa parlamentarnom tradicijom ravnoteže zakonodavne i izvršne vlasti (Smerdel, 2010: 22).

Ustav Hrvatske dopušta mogućnost samoraspuštanja Sabora, radi raspisivanja prijevremenih izbora, ako to odluči većina svih zastupnika, što može i da znači – kad god procijeni da će novim prijevremenim izborima ostvariti bolji izborni rezultat.²⁷ Ovakvo rješenje o samoraspuštanju Sabora „teoretski ne odgovara parlamentarizmu, već je tradicionalan element skupštinskog sistema vladavine“ (Fira, 1999: 258). Bliže parlamentarnom modelu je pravo predsjednika da raspusti Sabor koje je Ustavom utvrđeno.

Međutim, upravo na takav način, tj. donošenjem odluke o (samo)raspuštanju, u posljednjoj deceniji raspuštena su tri saziva Sabora: peti saziv sabora raspušten je 12. oktobra 2007, šesti saziv, konstituisan u januaru 2018, raspušta se 28. oktobra 2011, te sedmi saziv (konstituisan u decembru 2011) raspušta se 28. septembra 2015. Interesantno je da odluka o raspuštanju ne sadrži obrazloženje već se u njoj samo konstatuje da se Sabor raspušta i da odluka stupa na snagu danom donošenja.²⁸

Nakon izbora u novembru 2015, osmi saziv Sabora konstituisan je krajem decembra. HDZ-ova koalicija relativni je izborni pobjednik s osvojenih 59 mandata, a iznenađenje izbora je Most nezavisnih lista s 19 mandata, čiji su predstavnici, zajedno sa još nekim drugim strankama, formirali

27 Ovakav koncept samoraspuštanja u duhu je i u skladu sa britanskom parlamentarnom praksom, mada nije raširen u drugim državama.

28 Vid. Odluku objavljenu u Narodnim novinama br. 104/07.

većinu iz koje je krajem januara 2016. izabrana nova vlada. Međutim, toj vladi, Sabor je već nakon nepunih pet mjeseci izglasao nepovjerenje, što je najkraći mandat jedne vlade u hrvatskoj državi. Budući da koalicija na čelu sa HDZ, kao relativnim pobjednikom izbora, nije uspjela u zakonskom ropku od 30 dana da formira parlamentarnu većinu za izbor nove vlade, i nakon što se vidjelo da od „pregrupisavanja“ stranaka neće biti ništa, to su pojedine partije sakupljale potpise za raspuštanje. Sabor je 20. juna donio odluku o (samo)raspuštanju što je dovelo do prijevremenih izbora koji su održani u septembru 2016, da bi deveti saziv sabora bio konstituisan u oktobru 2016.

Dakle, u Hrvatskoj je u posljednjoj deceniji četiri puta raspušten Sabor i održani prijevremeni izbori 2007, 2011, 2015, 2016, pri čemu je samo 2016. bio razlog sukob Vlade sa Saborom, tačnije sukob stranaka u Saboru koje za više od pola godine nisu uspjele postići dogovor oko parlamentarne većine iz koje bi proizašla i Vlada, dok su ostali slučajevi raspuštanja bili iz taktičkih i tehničkih razloga, “kupovina vremena“, bez vidljivih formalnih razloga i objašnjenja.

5.3. Raspuštanje parlamenta – Narodne skupštine – u Republici Srbiji

Ustav Republike Srbije²⁹ eksplicitno određuje da uređenje vlasti u Srbiji počiva na podjeli vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku, te da se odnos tri grane vlasti zasniva na ravnoteži i međusobnoj kontroli, stim da je sudska vlast nezavisna.³⁰ Kad je u pitanju raspuštanje parlamenta u Srbiji, iz odredbi Ustava se može zaključiti da to ovlašćenje pripada predsjedniku Republike, s tim da je u četiri slučaja predsjednik dužan da raspusti parlament, a da u jednom slučaju to može učiniti na osnovu obrazloženog prijedloga Vlade. Ustav Srbije razlikuje četiri slučaja raspuštanja Narodne skupštine, po sili ustava – čim nastupe takvi slučajevi. Prvi slučaj je povezan sa konstituisanjem Narodne skupštine i izborom Vlade. Ustav je odredio da se Vlada mora izabrati u roku od 90 dana od dana konstituisanja parlamenta, u suprotnom, Narodna skupština se raspušta.³¹ Drugi i treći slučaj se odnosi takođe na izbor Vlade u roku od 30 dana nakon izglasavanja nepovjerenja od strane Narodne skupštine, odnosno nakon neizglasavanja povjerenja Vladi kada je ona postavila

29 Ustav Republike Srbije (Sl. glasnik Republike Srbije br. 98/06)

30 Član 4 Ustava Republike Srbije.

31 Član 109, st. 3 Ustava.

pitanje povjerenja,³² a četvrti na neizbor Vlade u roku od 30 dana od dana konstatacije ostavke predsjednika Vlade.³³

Osim navedenih, Ustavom predviđenih situacija kada predsjednik Republike mora da raspusti Skupštinu i raspiše nove izbore (raspuštanje parlamenta po sili Ustava), Ustav predviđa i raspuštanje parlamenta na osnovu ustavnog ovlašćenja šefa države. Naime, čl. 109 utvrđuje da „predsjednik Republike može na obrazloženi predlog Vlade, raspustiti Narodnu skupštinu.“³⁴ Iz ovakve odredbe nesporno se može zaključiti da „bez obrazloženog predloga Vlade ne može biti ni raspuštena legislatura, baš kao što se parlamentarni saziv ne može raspustiti, ukoliko takvu odluku nije donio predsjednik Republike“ (Kuzmanović, 2010: 286). Ustav ne navodi razloge zbog kojih Vlada može predložiti (tražiti) od predsjednika Republike raspuštanje parlamenta, što znači da je Vlada slobodna u iznošenju razloga u podnesenom prijedlogu. Međutim, isto tako i predsjednik Republike ima slobodu da prihvati ili odbije Vladin prijedlog za raspuštanje. Dakle, za razliku od navedenih slučajeva, u ovoj situaciji raspuštanje Narodne skupštine isključivo zavisi od odluke predsjednika Republike, njegove ocjene prijedloga Vlade. Vlada ne može predložiti raspuštanje Narodne skupštine ako je prethodno u Skupštini već podnesen prijedlog da joj se izglasa nepovjerenje ili ako je sama Vlada postavila pitanje svog povjerenja.³⁵ Treba istaći da „ograničavanje prava Vlade da zatraži raspuštanje Narodne skupštine od predsjednika Republike primjenjuje se samo dok se odvija postupak pokrenut podnošenjem prijedloga za glasanje o povjerenju“ (Pajvančić, 2009: 172).

Od donošenja Ustava Srbije 2006. godine, na osnovu navedenog ustavnog ovlašćenja predsjednika Republike, do raspuštanja Narodne skupštine došlo je već 2008. godine, pri čemu je predsjednik Republike

32 Član 130, st. 4 Ustava i čl. 131, st. 4 Ustava.

33 Član 132, st. 5 Ustava.

34 I raniji Ustav Republike Srbije iz 1990 godine, u članu 89, sadržavao je odredbu da „predsjednik Republike na obrazloženi prijedlog Vlade može odlučiti da se Narodna skupština raspusti“. Na osnovu ove odredbe predsjednik Republike je dva puta raspustio parlament, 1992. i 2000. godine.

35 Ovom odredbom se sprečava mogućnost da Vlada preduhitri parlament i izdejstvuje njegovo raspuštanje prije nego što Skupština odlučiti o njenoj sudbini. „Navedenom ustavnom formulacijom, po uzoru na Ustav Savezne Republike Jugoslavije od 1992. godine, spustava se mogućnost da se zloupotrebom instituta raspuštanja parlamenta kao što je to bio slučaj 1993. i 2003. godine. Tada je Narodna skupština raspuštena uprkos pokrenutom postupku za izglasavanje nepovjerenja Vladi“ (Radojević, 2009: 342).

istovremeno i raspisao izbore za narodne poslanike. Nakon održanih izbora u januaru 2007, prvih nakon (ponovnog) konstituisanja Srbije kao samostalne države, Ustavom iz 2006. godine, izborni rezultati su usloveli različiti koalicioni potencijal pojedinih stranaka i moguće kombinacije za sastav vlade. Razgovori oko formiranja vlade trajali su četiri mjeseca da bi bili okončani pred sam istek ustavnog roka za njeno formiranje. Naime, 15. maja 2007. godine, V. Koštunica i B. Tadić, su se „kao ključni akteri pregovora, uz Dinkićeve asistenciju, konačno dogovorili“ (Stojiljković, 2008: 143), a radikali ostali izvan izvršne vlasti. Formirana je nova vlada sa V. Koštunicom na čelu. Međutim, „dugotrajno pregovaranje o formiranju vlade i obrti u tom procesu samo su potvrdili dubinu rascijepa između Demokratske stranke i Demokratske stranke Srbije, koji je brižljivo `građen i njegovan` i mnogo prije oktobra 2000. godine. Ono što se kolokvijalno nazivalo demokratskim blokom, poslije ovih izbora, suštinski ne postoji. Vlada predstavlja savez iz nužde; tvorevinu istrošene petooktobrske inercije... skup neiskrenih partnera usmjerenih prije protiv radikala i jednih protiv drugih, nego okrenutih poslovima koji ih čekaju. Sve to nagovještava da će ova vlada imati kratak rok upotrebe i da joj i najmanje, naizgled banalne razlike, mogu vrlo brzo skratiti mandat“ (Jovanović, 2007: 164). Ova predviđanja prof. Milana Jovanovića su se pokazala tačnim, jer većinska koaliciona vlada, jedva izabrana 2007. godine, „pala“ je već nakon 10 mjeseci, tačnije 8. marta 2008. godine. Konceptijske nesuglasice koje su još od 2000. stajale između DS i DSS su skoro blokirale rad nove Vlade, a pitanje odnosa prema evropskim integracijama je dijelilo društvo na dvije polovine.³⁶ Ubrzo, predsjednik Vlade Srbije, V. Koštunica, zbog nesuglasica u koalicioni predložio je predsjedniku Republike B. Tadiću da raspusti Skupštinu i raspiše vanredne parlamentarne izbore za 11. maj 2008. Direktni uzroci nesuglasica u koalicioni, ili tačnije rečeno između predsjednika Republike i predsjednika Vlade, bili su kosovska kriza i pitanje evropske perspektive Srbije, tj. nesuglasica o uslovima evrointegracija. Bilo je evidentno da vladajuća koaliciona više nije mogla da kontroliše unutrašnje sporove, te se većina parlamentarnih partija saglasila sa odlukom o raspisivanju novih izbora (Stojiljković 2008: 148, 149). Na parlamentarnim izborima 6. maja 2012, najviše glasova je dobila SNS, a poslije njih DS, koja je po snazi i broju osvojenih mandata bila druga parlamentarna stranka. Srbiju su očekivali teški pregovori oko statusa Kosova te nastavak puta ka EU, ali nije došlo do stvaranja „velike koaliciona“ DS i SNS kao dvije najjače parlamentarne stranke,

36 U takvim uslovima održani su i predsjednički izbori (januar-februar 2008) na kojima je Boris Tadić (DS) tijesno pobijedio Tomislava Nikolića (SRS).

već „naprednjaka“ i socijalista. Posle dvoipomesečnih pregovora vladu Srbije je formirala koalicija oko Srpske napredne stranke.³⁷ Međutim, već krajem januara 2014, nepune dve godine po održavanju prethodnih, redovnih parlamentarnih izbora, Vlada upućuje prijedlog predsjedniku Republike da raspusti Skupštinu, zarad „provere volje naroda“ i „dobijanja političkog legitimiteta“. Vlada je zvaničan prijedlog za raspuštanje Skupštine i raspisivanje vanrednih izbora usvojila i uputila predsjedniku Republike, koji je narednog dana potpisao ukaz o raspuštanju Narodne skupštine Republike Srbije i zvanično raspisao izbore. Po uvođenju višestranačja, ovo su deseti parlamentarni izbori (sedmi vanredni) koji su svakako, već prema načinu raspisivanja, razlozima i u kontekstu koji je doveo do toga, bili neuobičajeni. Tome u prilog ide i izjava predsjednika Vlade da se „svakako, Skupština ne raspušta zato što je Vlada loše radila. Ovo je najuspješnija vladavina od 2000. godine i odluka o izborima ne treba da baci senku na naše rezultate,“³⁸ pa se postavlja pitanje zbog čega se onda tražilo raspuštanje parlamenta. Naime, uobičajena slika uoči raspuštanja Narodne skupštine bila bi gubitak parlamentarne većine koja bi, potom, izglasala nepoverenje izvršnoj vlasti. To bi se, prvo, naziralo kroz (ne)obezbeđivanje kvoruma, (ne)glasanje po pojedinim zakonskim predlozima i sve veće raskorake u javnim nastupima. Međutim, to nije bio slučaj jer je ovaj put Vlada zatražila raspuštanje parlamenta pozivajući predsednika Srbije da ukazom to i ozvaniči, i to uz obrazloženje da je većina parlamentaraca složna da se „ponovo konsultuje izborna volja građana.“ Zašto? „... Sa ciljem ostvarenja uslova za izjašnjavanje građana o budućem pravcu državne politike i ostvarivanja što šire društvene podrške za ubrzane reforme i modernizaciju društva predlažemo da se Narodna skupština raspusti, održe novi izbori za narodne poslanike i saglasno volji naroda izabere nova Vlada“, navodi se u obrazloženju prijedloga Vlade koji je upućen predsjedniku Republike Srbije za raspuštanje parlamenta.³⁹ Dakle, odgovor na pitanje: šta je, onda, opredjelilo Vladu da samu sebe ukine smo dobili – sveobuhvatne reforme za koje je neophodan najširi društveni konsenzus. Dalje ostvarivanje započetih ciljeva i reformi Vlade nalaže preduzimanje mera koje, po oceni predstavnika više parlamentarnih grupa, iziskuju najvišu političku podršku građana Srbije“, i sl. Nakon održanih prijevremenih izbora, na kojima

37 Za premijera je izabran lider socijalista I. Dačić.

38 <http://www.novosti.rs/vesti/naslovna/politika/aktuelno.289.html:475241-Vlada-u-utorak-raspusta-Skupstinu>, pristupljeno 29. 11. 2018.

39 <http://www.intermagazin.rs/vlada-srbije-zatrazila-raspustanje-narodne-skupstine/>

je pobijedila koalicija okupljena oko SNS, i konstituisanja desetog saziva Narodne skupštine, 27. aprila 2014. je izabrana i nova Vlada sa A. Vučićem kao predsjednikom Vlade. Postojala je do izbora nove vlade 11. avgusta 2016, nakon vanrednih parlamentarnih izbora održanih 24. aprila iste godine. Naime, predsjednik Vlade A. Vučić uputio je 3. marta 2016. predlog predsjedniku Republike T. Nikoliću da raspusti Narodnu skupštinu i raspiše izbore za narodne poslanike, iako nije bilo sukoba između Vlade i parlamenta, već, naprotiv, Vlada je imala stabilnu većinu. Cilj je bio povećanje parlamentarne većine, ostanak i učvršćivanje vlasti u narednom periodu, što je vidljivo iz obrazloženja Vlade u prijedlogu za raspuštanje,⁴⁰ ali i izjava predsjednika Narodne skupštine.⁴¹ Predsednik Republike Srbije Tomislav Nikolić, 4. marta 2016. godine, potpisao je Ukaz o raspuštanju Skupštine Republike Srbije i Odluku o raspisivanju parlamentarnih izbora koji su održani 24. april 2016. godine, a na kojima ponovo pobjeđuje koalicija okupljena oko SNS-a. Prema tome, i 2014. i 2016. godine, na prijedlog Vlade, predsjednik Republike je raspustio Skupštinu. Raspuštanje je bilo iz taktičkih razloga. Naime, Vlada je imala većinu u parlamentu, tj. nije se postavljalo pitanje povjerenja Vladi, imala je i podršku šefa države. Raspuštanje je traženo u povoljnom ambijentu za Vladu, u cilju dobijanja većeg broja

40 U obrazloženju je navedeno: "Vlada Republike Srbije, u nepune dve godine, uspjela je da spreči kolaps javnih finansija, da teškim ekonomskim reformama izvede zemlju iz recesije, kao i da otvori prva poglavlja na pu tu Srbije ka Evropskoj uniji. Srbija je danas i politički i ekonomski stabilna zemlja sa jasnim perspektivama napretka i prosperiteta. Sve te rezultate Vlada Republike Srbije uspjela je da postigne zahvaljujući poverenju građana i njihovom jedinstvu u podršci ostvarenju proklamovanih ciljeva Vlade. Vlada Republike Srbije smatra da je prva faza u uspostavljanju drugačije, moderne i uspješne Srbije okončana time što su u potpunosti stabilizovane ekonomske i političke prilike, te da je za obezbjeđivanje evropskog životnog standarda i u tvrdnjanje jasnog i nedvosmislenog puta naše zemlje u budućnost potrebna nova snaga ujedinjene Srbije sa jasnim mandatom da se reforme završe i da omoguće našoj državi da bude na ulaznim vratima evropske porodice naroda. U skladu sa navedenim, Vlada Republike Srbije predlaže predsjedniku u Republike da raspusti Narodnu skupštinu i raspiše izbore za narodne poslanike", http://www.rtv.rs/sr_lat/izbori-2016/republicki/predlog-za-raspustanje-skupstine-u-toku_dana_695092.html?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+RtvSveVesti+%28RTV+poslednje+vesti%29

41 Predsjednica Skupštine Srbije Maja Gojković poručila je poslanicima na kraju sednice da mogu da budu ponosni na urađeno, budući da je usvojeno više od 600 zakona i drugih akata. Gojković je rekla da se radilo 232 dana i noći i da poslanici mogu da budu zadovoljni u činjenim. Aktuelni saziv republičkog parlamenta konstituisan je 16. aprila 2014. godine. <https://www.blic.rs/vesti/politika/završena-sednica-usvojeno-deset-akata-i-za-kraj-raspustena-skupstina/n3m19tt>

glasova na izborima i produženju trajanja vlasti. Raspuštanje je služilo kao sredstvo za učvršćivanje vlasti, odnosno produžetak ostanka na vlasti. To je vidljivo i iz obrazloženog prijedloga Vlade upućenog predsjedniku Republike.

5.4. Raspuštanje parlamenta – Sobranja – u Republici Makedoniji

U Republici Makedoniji, ni predsjednik države niti bilo koji drugi organ, osim samog Sobranja, nema mogućnost da „razriješi situaciju kada je prekinut trojni konsenzus između parlamenta, vlade i šefa države. Generalno posmatrano, sa aspekta načela podjele vlasti, izvršna vlast nema osnovno sredstvo za ravnotežu moći u odnosu na Sobranje, a to je mogućnost raspuštanja Sobranja“ (Treneska, 2005: 367).⁴² Prema Ustavu Republike Makedonije⁴³ Sobranje može samo sebe da raspušti.

Stabilnost nekoliko vlada u periodu od 2002. godine do danas, nije rezultat sličnih ideologija, odnosno kompatibilnih programa koalicionih partnera, već zasnovanosti na etnopartijskim (makedonsko-albanskim) kompromisima konsocijativnog karaktera. Dvije najveće partije, SDSM i VMRO-DPMNE redovno ulaze u predizborne koalicije sa manjim partijama, kao i u postizborne koalicije sa nekom od albanskih partija. Nakon nepune četiri godine opozicionog djelovanja, VMRO- DPMNE i njeni partneri u koaliciji „Za bolju Makedoniju“ pobijedili su na redovnim parlamentarnim izborima održanim 5. jula 2006. godine. Lider VMRO-DPMNE N. Gruevski formirao je koalicionu vladu koja je obuhvatila predstavnike četiri ostale stranke. Osmo makedonska vlada izabrana je avgusta 2006. godine, a podržale su je još neke parlamentarne stranke. U svim demokratskim zemljama, parlamentarni izbori se održavaju svake četiri godine, gdje stranka sa najviše osvojenih glasova na regularno sprovedenim izborima dobija mandat za sastav vlade. Ali, 2006. godine, kada je vladajuća garnitura VMRO-DPMNE došla na vlast, nije puno čekala do raspisivanja prijevremenih parlamentarnih izbora 2008. godine, želeći da ojača svoju poziciju i produži vrijeme ostanka na vlasti. Prijevremeni parlamentarni izbori su održani 1. juna 2008, kada je koalicija „Za bolju Makedoniju“ na čelu sa vladajućom strankom VMRO-DPMNE opet pobijedila i obezbijedila 63 mandata u parlamentu

42 Renata Treneska, *Mešovitiot model na organizacija na vlasta: Francija i Makedonija*, Megunarodnota konferencija „makedonsko – francuski denovi na pravoto – 2000. godini od Code Civil“, Skopje 2005, 367.

43 Član 63 Ustava. Ustav na Republika Makedonija (Služben vesnik na Republika Makedonija“ br. 52/911, br. 91/01; 1/92; 31/98; 84/03; 107/05; 3/09)

koji ima 120 članova, što je bilo značajno više mandata u odnosu na prije dvije godine, što je i bio cilj pomenute koalicije koji se želio postići raspuštanjem parlamenta. Iako je VMRO-DPMNE imao natpolovičnu većinu u parlamentu i šefa države iz svojih redova,⁴⁴ ipak nije uspio u svim svojim planovima. Politička kriza i bojkot parlamenta od strane glavne opozicione stranke, te ekonomska stagnacija i vanjskopolitički neuspjesi rezultirali su novim prijevremenim parlamentarnim izborima u Makedoniji, održanim 5. juna 2011. godine. Na njima je ponovno pobijedila stranka desnog centra VMRO-DPMNE. Očito je da u Makedoniji postoje izrazita politička previranja s obzirom da vladajuća stranka ne može do kraja izvršiti mandat.⁴⁵ N. Gruevski je izabran za mandatara 2011. godine, odnosno ostao je na funkciji premijera. Međutim, odnosi u vladajućoj kolaciji su narušavani, prije svega, zbog političkih sukoba makedonskih vladajućih partija VMRO-DPMNE i albanske Demokratske unije za integraciju.⁴⁶ Sa ciljem da iz tog sukoba svaka stranka izađe kao pobjednik, makedonski poslanici su 5. marta 2014. jednoglasno glasali⁴⁷ za raspuštanje parlamenta, čime je otvorena mogućnost da prevremeni parlamentarni izbori mogu biti održani 27. aprila, kada bude održan drugi krug predsjedničkih izbora mada je redovni termin bio planiran za leto 2015. godine. Poslije vanrednih izbora, odnos snaga nije značajnije promijenjen, te su dvije najveće stranke u zemlji makedonski VMRO-DPMNE i albanski DUI, opet činile vlast imajući u Sobraanju većinu sa 80 od ukupno 123 poslanička mjesta. Nova vlada izabrana je 10. maja 2014. godine. Najveća opoziciona stranka – Socijaldemokratski savez Makedonije / SDSM/ ne učestvuje u radu Sobraanja, nezadovoljna izbornim procesom. Bojkot učestvovanja u radu parlamenta se nastavio i tokom 2014. godine,

44 Na predsjedničkim izborima, u aprilu 2009. godine, pobijedio je Đorđe Ivanov, kandidat VMRO-DPMNE, koji je funkciju šefa države počeo obavljati 12. maja 2009.

45 Ovo su inače drugi prijevremeni izbori od nezavisnosti Makedonije, i drugi u nizu, kada VMRO-DPMNE ponovo pobjeđuje SDSM, ali sa manjom razlikom u odnosu na prošle izbore, tačnije izgubila je apsolutnu većinu u parlamentu. VMRO je prije izbora imala 63 mjesta u parlamentu, a sada će imati 56. SDSM je dobio 42 mandata.

46 Lider DUI-ja A. A. Hmeti želio je da Makedonija promijeni Izborni zakon kako bi se predsjednik države birao u Parlamentu, što bi omogućilo da etnički Albanac bude izabran za makedonskog predsjednika. Neposrednim izborima to je nemoguće, jer etnički Albanci čine između trećine i četvrtine stanovništva. Kada su Ahmetijevi zahtjevi odbijeni, pozvao je etničke Albance da bojkotuju predsjedničke izbore.

47 Incijativu za raspuštanje Sobraanja podnela je albanska manjinska stranka u vlasti, Demokratska unija za integraciju, koja se protivila predlogu glavne stranke u vlasti VMRO-DPMNE da se Đorđe Ivanov ponovo kandiduje za predsjednika. Vladajuća VMRO-DPMNE i opozicioni Socijaldemokratski savez Makedonije prihvatili su incijativu

čime se politička kriza nastavlja,⁴⁸ uz porast etničkih tenzija. Zbog pritiska opozicije i povećanih političkih tenzija poslanici četiri najveće političke partije⁴⁹ su izglasali raspuštanje Sobraanja 17. Oktobra 2016. Prijevremeni izbori su dva puta otkazivani jer je i Ustavni sud bio suspendovao predizborne aktivnosti, da bi konačno bili održani u decembru. VMRO-DPNE je osvojio veoma tijesnu pobjedu u odnosu na SDSM (nešto više od jednog procenta glasova), ali do tada opozicioni SDSM pravi koaliciju sa albanskim strankama, a iz te parlamentarne većine je proizašla nova vlada čiji je predsjednik Z. Zaev, lider SDSM-a. Međutim, i dalje je prisutna duboka podijeljenost u Makedoniji u vezi evrointegracija i promjene naziva države, o čemu makedonske najveće stranke imaju suprotna stajališta. Upravo su sukobi vodećih i najvećih političkih stranaka u Makedoniji, uz prisustvo etničkih tenzija makedonskog albanskog stanovništva, i dovodili do parlamentarnih kriza i samoraspuštanja Sobraanja.

6. Zaključak

Jedno od suštinskih obilježja parlamentarnog sistema jeste postojanje recipročne političke kontrole između vlade i parlamenta. Pravo raspuštanja parlamenta u ustavima evropskog parlamentarizma predstavlja diskreciono ovlaštenje izvršne vlasti. Egzekutivi, tj. šefu države ili vladi je ostavljena mogućnost da cijeni političke prilike i da shodno tome odluči da li će predložiti raspuštanje parlamenta i, na taj način, rješavanje spora između nje i parlamenta prepustiti biračkom tijelu. Ovlaštenje izvršne vlasti da raspusti parlament treba razlikovati od obaveznog raspuštanja parlamenta na osnovu samog ustava. U prvom slučaju raspuštanje parlamenta je voljni akt izvršne vlasti, dok u drugom slučaju do raspuštanja dolazi voljom ustavotvorca. U jednom broju ustavnih sistema, parlament se raspušta na osnovu sopstvene odluke (samoraspuštanje). Odluku donosi sam parlament, ustavom određenom većinom poslanika (bilo apsolutnom, bilo kvalifikovanom). Određivanje

48 Makedonija je u političkoj krizi od februara 2015. i izbijanja skandala sa prisluškivanjem, ka da je opozicija optužila vladu da daje konzervativce da prisluškivali 20.000 ljudi, uključujući policajce, sudije, novinare i diplomate, što bivši premijer N. Gruevski negira. Kriza je dodatno produbljena ka da je makedonski premijer Đ. Ivanov odlučio da pomiluje optužene za prisluškivanje čime je obustavljen krivični postupak protiv više desetina političara uključujući Gruevskog.

49 Za raspuštanje parlamenta glasalo je 110 od 123 poslanika, bez ijednog glasa protiv.

raspuštanja parlamenta kao bitnog elementa parlamentarnog sistema i instrumenta za otklanjanje spora između izvršne i zakonodavne vlasti pripada klasičnoj doktrini i shvatanju o mjestu i ulozi raspuštanja parlamenta u ustavnom sistemu, što je i danas prisutno i u zemljama regiona. Međutim, funkcionalističkim pristupom analizi ovog instituta u nekim od država nastalim na području bivše Jugoslavije (Sloveniji, Hrvatskoj, Srbiji i Makedoniji), stavljajući ustavnopravne norme u društveno-političku stvarnost i okolnosti koje su i dovele do učestalosti ove pojave, može se zaključiti da ovaj institut dobija jednu drugačiju dimenziju i svrhu u odnosu na klasične doktrinarnе stavove. Naime, u većini slučajeva raspuštanju parlamenta nije prethodio sukob sa vladom, već su razlozi i ciljevi bili drugačijeg karaktera. Raspuštanje parlamenta je služilo kao sredstvo za učvršćivanje vlasti, odnosno produžetak ostanka na vlasti; razlozi su bili sukobi političkih stranaka, unutarstranački sukobi u vidu poraza na izborima za šefa partije, personalni problemi pojedinih lidera partija, odnosno predsjednika vlada i sumnja u njihovu korumpiranost, neprihvatanje odluka najviših sudskih instanci, ili su odluke o raspuštanju bile taktičke i tehničke prirode, bez obrazloženja. U sagledavanju i analizi instituta raspuštanja parlamenta, pored ustavnih normi, mora se imati funkcionalistički pristup, koji podrazumijeva da se ova pojava analizira u konkretnoj društveno-političkoj stvarnosti, da se proučava koje funkcije je ustavotvorac namijenio raspuštanju parlamenta i koje su konkretne posljedice primjene ovog mehanizma u ustavnoj stvarnosti. Pritom, posebno treba uzeti u obzir ulogu političkih stranaka u ustavnom sistemu jedne države jer one svojim djelovanjem određuju sadržinu i konkretne efekte ustavnih institucija.

Literatura/References

Bataveljić, D. (2002). *Uporedna analiza zakonodavne vlasti bivših jugoslovenskih zemalja*. Kragujevac: Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu.

Jovanović, M. (2007). Parlamentarni izbori u Srbiji 21. januara 2007. godine. Beograd: *Srpska politička misao br. 3-4/2007*.

Jovanović, P. B. (1991). *Savremeni politički sistem*, II deo, Novi Sad: Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.

Jovičić, M. (1984). *Veliki ustavni sistemi – elementi za jedno uporedno ustavno pravo*, Beograd: Svetozar Marković.

- Kuzmanović, R. (2010). *Novi eseji o ustavnosti i državnosti*, Banja Luka: ANURS.
- Kutlešić, V. (2004). *Ustavi bivših socijalističkih država Evrope – uporednopravna studija*. Beograd: Fakultet političkih nauka u Beogradu.
- Kutlešić V. (2002). *Organizacija vlasti – uporedna studija ustava bivših socijalističkih država Evrope*, Beograd.
- Lo, S. (1929). *Engleski parlamentarizam*, Beograd: Izdavačka knjižarnica Gece Kona.
- Marković, L. (1991), *Parlamentarno pravo*, Zrenjanin: Ekopres. Marković, R. (2017). *Ustavno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
- Orlović, P. S.(2018), *Ustavno pravo*. Novi Sad: Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.
- Pajvančić, M. (2009). *Komentar Ustava Republike Srbije*. Beograd: Fondacija Konrad ADeanuer.
- Pajvančić, M. (2005). *Parlamentarno pravo*. Beograd : Fondacija Konrad ADeanuer
- Pejić, I. (2011). *Parlamentarna vlada – oscilacije u ravnoteži*. Niš: Pravni fakultet Univerziteta u Nišu
- Petrov, V. (2015). *Parlamentarno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Petrov, V. (2007). Instituti parlamentarnog prava u novom ustavu Republike Srbije – konstituisanje i raspuštanje skupštine, *časopis Pravna riječ*, br. 10/2007, Banja Luka: Udruženje pravnika Republike Srpske.
- Pogorelec, J. (2006) *Politična odgovornost*, Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.
- Radojević, M. (2009). Podela vlasti u Ustavu od 2006. godine – skica sistema organizacije vlasti, *časopis Pravna riječ*, br. 18/2009. Banja Luka: Udruženje pravnika Republike Srpske.
- Simović, D. (2009). Polupredsjednički sistem – model koga (ne) treba izbegavati, *časopis Pravna riječ* br. 18/2009, Banja Luka: Udruženje pravnika Republike Srpske.
- Simović, D. (2008). *Polupredsjednički sistem*, Beograd: Službeni glasnik.

Smerdel, B. (2010). Parlamentarni sustav i stabilnost hrvatskog ustava – slijede li nakon predsjedničkih izbora nove promjene ustrojstva vlasti? Zagreb: *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*.

Sokol, S. Smerdel, B. (1998). *Ustavno pravo*. Zagreb: Informator.

Stojiljković, Z. (2008). Izborne koalicije i proces formiranja vlasti u Srbiji (1990–2008) u: *Oko izbora (Parlamentarni izbori u Republici Srbiji, 11. maj 2008. godine)*, (ur. Srećko Mihailović), Beograd: CeSID.

Treneska, R. (2005). Mešoviti model na organizacija na vlasta: Francija i Makedonija, *Megunarodnota konferencija „makedonsko – francuski denovi na pravoto – 2000. godini od Code Civil“*, Skopje 2005.

Ustava Republike Slovenije, Uradni list Republike Slovenije št. 33/91, br. 42/97; 66/2000; 24/2003; 69/04; 68/06; 47/13.

Ustav Republike Hrvatske – prečišćeni tekst, Narodne novine br. 85/10.

Ustav Republike Srbije (Sl. glasnik Republike Srbije br. 98/06).

Ustav na Republika Makedonija (Služben vesnik na Republika Makedonija“ br. 52/911, br. 91/01; 1/92; 31/98; 84/03; 107/05; 3/09).

Ustav Republike Srpske (sedmo izdanje), priredili i uredili Miodrag N. Simović i Mile S. Dmičić, Banja Luka, 2007.

Fira, A. (1999). *Enciklopedija Ustavnog prava bivših jugoslovenskih zemalja (tom III)*, Novi Sad: SANU i Matica srpska.

Milan Pilipović, LL.D.

Assistant Professor,
Faculty of Law, Banja Luka University,
Republika Srpska, Bosnia and Herzegovina

**THE ROLE AND REASONS FOR THE DISSOLUTION OF
PARLIAMENT IN THE COUNTRIES OF THE REGION.**

Summary

Establishing a balance between the legislative and the executive power, including the presence of constitutional mechanisms of mutual control, is an essential feature of parliamentarism. The institute of the dissolution of Parliament provides for exercising the necessary balance between the legislative and the executive power. The key questions arising in relation to that institute are, inter alia, the authorities of certain bodies in charge of the dissolution of parliament, as well as the reasons for the dissolution. The rationale for the dissolution of Parliament cannot be solely based on eliminating the conflict between the Government and Parliament, which falls within the scope of the classical doctrine; the issue of dissolution of Parliament must also be raised in situations when Parliament loses the support of the electoral body.

Modern conceptions speaks in favour of placing the mechanism of dissolution of Parliament into a socio-political context, rationalising and analysing this institute in a concrete socio-political reality, taking into consideration, among other things, the role of political parties. In the last decade, the dissolution of parliaments in the countries of the region (former SFRY republics) has become an increasingly common phenomenon. When reasons and circumstances leading to dissolution are reviewed, including the socio-political situation, we may pose the question whether it is about a conflict between the Government and Parliament or a conflict between political parties, and whether the objective of the dissolution is to resolve the conflict, to reinforce the governing power, or something else. The answers to these questions will be sought through the analysis of this institute in the countries created in the region of ex-Yugoslavia, by placing the constitutional norms in the context of socio-political reality and circumstances that influenced the rise of this phenomenon.

Key words: dissolution, Parliament, Government, head of state, political party, Slovenia, Serbia, Macedonia, Croatia.

Dr Dragana Radovanović,
Docent Pravnog fakulteta za privredu i pravosuđe,
Univerzitet Privredna akademija, Novi Sad

stručni rad
doi:10.5937/zrpfni1982245R

UDK: 331.5-053.2
Rad primljen: 08.09.2018.
Rad prihvaćen: 13.04.2019.

ZASNIVANJE RADNOG ODNOSA SA LICEM MLAĐIM OD 18 GODINA U REPUBLICI SRBIJI

Apstrakt: Zbog nedovršenog psihofizičkog, moralnog, društvenog i intelektualnog razvoja, lice mlade od 15 godina ne može biti zaposleno, a lice uzrasta od 15 do 18 godina može zasnovati radni odnos pod restriktivnim uslovima, dizajniranim tako da se zaštiti njegova ličnost i interesi koje ima u vezi sa izborom zaposlenja i zanimanja, zdravlje, moral i obrazovanje. Lice koje je napunilo 15 godina, naime, može zasnovati radni odnos, ukoliko rad ne ugrožava njegovu zdravlje, moral i obrazovanje, odnosno ako rad nije zabranjen zakonom, uz pisanu saglasnost zakonskog zastupnika i na osnovu nalaza nadležnog zdravstvenog organa kojim se utvrđuje da je sposobno da obavlja poslove za koje zasniva radni odnos i da ti poslovi nisu štetni za njegovu zdravlje. Ako ispunjava ove uslove, ono zasniva radni odnos zaključenjem ugovora o radu.

Ključne reči: lice mlade od 18 godina, uslovi za zasnivanje radnog odnosa, postupak za zasnivanje radnog odnosa, način zaključenja ugovora o radu.

1. Prethodne napomene

Zasnivanje radnog odnosa sa licem mlađim od 18 godina nalazi se u žiži interesovanja naučne, stručne, ali i šire javnosti. Prema prevladavajućem shvatanju, lice mlade od 18 godina ne bi trebalo da obavlja bilo koju ekonomsku aktivnost, već da se posveti svom obrazovanju, igri, sportskim, rekreativnim, kulturnim i drugim aktivnostima konzistentnim njegovim razvojnim potrebama i interesovanjima, kako bi dostiglo najpotpuniji fizički, mentalni, duhovni, moralni, intelektualni i društveni razvoj (Petrović, 2009: 237). Činjenica je, međutim, da neki

* draganarado@sbb.rs

oblici rada, ukoliko su regulisani na odgovarajući način, mogu imati povoljne efekte na lice mlade od 18 godina i na društvo u celini. Između ostalog, mogu olakšati prenošenje profesionalnih znanja sa jedne generaciju na drugu i biti važan činilac sazrevanja mlade osobe (Kovačević, Novaković, 2016: 667). Činjenica je, takođe, da iskorenjivanje siromaštva, najjače pokretačke snage koja nagoni lica mlađa od 18 godina da rade, predstavlja dugoročni cilj čije ispunjenje mora biti utemeljeno na implementaciji programa usmerenih ka zapošljavanju odraslih, smanjenju siromaštva i uklanjanju ekonomskih i socijalnih korena dečijeg rada uopšte (Međunarodna organizacija rada, 2001: 356). Iz tog razloga, radna legislativa omogućava zasnivanje radnog odnosa i licu mlađem od 18 godina, ali u meri u kojoj zaposlenje ne ugrožava njegovu ličnost i interese u vezi sa izborom zaposlenja i zanimanja, zdravlje, moral i obrazovanje.

Ankete, sprovedene prethodnih godina, pokazuju da je stopa zapošljavanja lica mlađih od 18 godina veoma niska – ona odlažu zaposlenje zbog primarne orijentacije ka obrazovanju¹ ili ne mogu zasnovati radni odnos zbog toga što ne poseduju radno iskustvo i ne ispunjavaju ostale posebne uslove za zasnivanje radnog odnosa utvrđene opštim aktom poslodavca (Arandarenko et al., 2012: 38). Njihove izgleda za zaposlenje umanjuje i visoka stopa nezaposlenosti i stereotipi da su nedisciplinovana, neodgovorna, površna, nemarna, neozbiljna itd. (Ristić, Pavlović, 2012: 27). Iz tih razloga, većina radno angažovanih lica mlađih od 18 godina skoncentrisana je u neformalnoj ekonomiji, gde ostvaruje zarade ispod minimalnih i ne uživa nikakvu sigurnost i zaštitu, što ima negativne implikacije na njihovu profesionalnu karijeru i na život uopšte (Ristić, Pavlović, 2012: 8).

2. Nacionalni standardi o zasnivanju radnog odnosa sa licem mlađim od 18 godina

Zabrana dečijeg rada i posebna zaštita omladine na radu predstavlja jedno od fundamentalnih ustavnih načela i načela radnog prava. Ustav Republike Srbije, naime, utvrđuje da “deca mlađa od 15 godina ne mogu biti zaposlena, niti, ako su mlađa od 18 godina, mogu da rade na poslovima štetnim po njihovo zdravlje ili moral” (čl. 66, st. 4 Ustava, *Sl. glasnik RS*, 98/06). Polazeći od ustavom utvrđenih principa, Zakon o radu

¹ Lica mlađa od 18 godina odlažu zaposlenje i zbog nepostojanja institucionalne podrške za lakše usklađivanje rada i obrazovanja (Arandarenko, Žarković Rakić, Vladisavljević, 2012: 7).

(*Sl. glasnik RS*, 24/05, 61/05, 54/09, 32/13, 75/14), koji je sistemski zakon u oblasti radnih odnosa, detaljnije uređuje zasnivanje radnog odnosa sa licem mlađim od 18 godina, izražavajući nedvosmisleni stav da mlada osoba mora biti zaštićena od svih rizika svojstvenih poslovima za koje zasniva radni odnos. Nacionalni standardi o zasnivanju radnog odnosa sa licem mlađim od 18 godina, pritom, snažno su nadahnuti međunarodnim standardima o zabrani (i postepenom ukidanju) dečijeg rada, prvenstveno onima inkorporiranim u konvencijama Međunarodne organizacije rada (Konvenciji broj 138 o minimalnim godinama starosti za zasnivanje radnog odnosa i Konvenciji broj 182 o najgorim oblicima dečijeg rada), kao i u preporukama ove organizacije koje daju smernice za primenu navedenih konvencija (Preporuci broj 136 o minimalnim godinama života za zasnivanje radnog odnosa i Preporuci broj 190 o zabrani i hitnoj akciji za ukidanje najgorih oblika dečijeg rada). Takođe, oslanjaju se na regulativu Ujedinjenih nacija, Saveta Evrope i Evropske unije u ovoj oblasti.

3. Uslovi za zasnivanje radnog odnosa sa licem mlađim od 18 godina

Uslovi za zasnivanje radnog odnosa, "pravnom normom utvrđene pretpostavke sposobnosti subjekata da zasnuju radni odnos", "moraju biti kako rezultat postojanja određenih poslova, njihove sadržine, prirode i karaktera, tako i u funkciji njihovog izvršavanja, odnosno ostvarivanja prava na rad, i obavljanja društveno-potrebnog i korisnog rada" (Šunderić, 1986: 88). Kada se radi o licu mlađem od 18 godina, uslovi za zasnivanje radnog odnosa moraju imati i zaštitnu funkciju. Vulnerabilnost ovog lica, naime, nameće potrebu da se, propisivanjem uslova za zasnivanje radnog odnosa, zaštiti njegova ličnost i interesi koje ima u vezi sa izborom zaposlenja i zanimanja, zdravlje, moral i obrazovanje, i predstavlja razlog zbog čega se ne mogu smatrati diskriminatorskim, iako uzrokuju diferencijalni tretman kandidata za zaposlenje na osnovu godina starosti (Kovačević, Novaković, 2017: 665). U tom smislu radni odnos može se zasnovati sa licem koje ima najmanje 15 godina i ispunjava ostale uslove utvrđene zakonom: ako rad ne ugrožava njegovo zdravlje, moral i obrazovanje, odnosno ako rad nije zabranjen zakonom, uz pisanu saglasnost roditelja, usvojioca ili staraoca i na osnovu nalaza nadležnog zdravstvenog organa kojim se utvrđuje da je sposobno da obavlja poslove za koje zasniva radni odnos i da ti poslovi nisu štetni za njegovo zdravlje (čl. 25, st. 1 i 2 Zakona o radu). Radni odnos može se zasnovati i ako lice sa najmanje 15 godina ispunjava uslove utvrđene opštim aktom poslodavca, na primer, poseduje zahtevanu vrstu

i stepen stručne spreme, odnosno obrazovanja, osposobljeno je za rad na računaru, zna strani jezik, itd. Ti uslovi imaju poseban domašaj, odnosno vezuju se za pojedina radna mesta i lica koja će na njima raditi, a utvrđuju se prema prirodi poslova i zahtevima konkretnog radnog mesta (Kulić, Perić, 2016: 104).

3.1. Minimalne godine starosti za zasnivanje radnog odnosa

Opšti uslov za zasnivanje radnog odnosa tiče se minimalnih godina starosti za zaposlenje², odnosno navršenih 15 godina života (čl. 24, st. 1 Zakona o radu). Ova starosna dob određena je s obzirom na antropološke (medicinske, psihološke i sociološke) i druge standarde o uzrastu na kojem se stiče radno-pravna sposobnost, a u uverenju da je faktička radna sposobnost, stečena u ranijem uzrastu, potrebna, ali ne i dovoljna za zasnivanje radnog odnosa: zasnivanje radnog odnosa uslovljeno je i sposobnošću (ličnog) obavljanja rada i sposobnošću u fizičkom i mentalnom smislu, budući da se rad u radnom odnosu obavlja pod manje ili više teškim uslovima, koji mogu imati ugrožavajući efekat na razvoj lica mlađeg od 18 godina (Jovanović, 2015: 1471). Viši uzrast za zaposlenje utvrđuje se s obzirom na važnost poslova za koje se zasniva radni odnos³, kao i povećanu opasnost od povređivanja, profesionalnih ili drugih oboljenja svojstvenu poslovima za koje se zasniva radni odnos⁴,

2 Period nakon Drugog svetskog rata odlikuje nedostatak odredaba o minimalnim godinama starosti za zaposlenje. Ipak, smatralo se da radni odnos može zasnovati lice koje ima najmanje 14 godina, jer je lice ovog uzrasta moglo biti i u čenik u privredi prema Zakonu o u čenicima iz 1946. godine. Uredba o radnim knjižicama iz 1952. godine povezivala je zaposlenje sa registarskim brojem lične karte, koja se izdavala licima starijim od 16 godina, te se uzrast od 16 godina smatrao minimalnim za zaposlenje. Na takav zaključak upućivala je i Uredba o određivanju i prevođenju penzija i invalidnina iz 1952. godina, prema kojoj se u radni staž za penzije nije računalo vreme provedeno u radnom odnosu pre navršene 16. godine. Kardinalni zaokret u činjen je 1957. godine, kada je donet Zakon o radnim odnosima, koji je uzrast od 15 godina utvrdio minimalnim za zaposlenje (Šunderić, 1986: 118). Ovaj uzrast utvrđen je za minimalni za zaposlenje i važećim Zakonu o radu, ali i radnom legislativom Austrije, Belgije i Kube. Niži uzrast (14 godina) u tvrđen je radnim zakonodavstvom Angole, Argentine i Venecuele, a viši (16 godina) radnim zakonodavstvom Albanije i Alžira (Međunarodna organizacija rada, 2012).

3 Kao državni službenik može se zaposliti punoletni državljanin Republike Srbije koji ima propisanu stručnu spremlu i ispunjava ostale uslove (čl. 45, st. 1 Zakona o državnim službenicima, *Sl. glasnik RS*, br. 79/05, 81/05 - ispr., 64/07, 67/07 - ispr., 11/08, 104/09, 99/14, 94/17).

4 Zaposleni između navršene 18. i 21. godine može obavljati poslove sa povećanim rizikom na osnovu nalaza nadležnog zdravstvenog organa kojim se u tvrđuje da takvi

dok utvrđivanje nižeg uzrasta nije dopušteno ni kada bi mlada osoba obavljala lakše poslove.

Opšti uslov za zasnivanje radnog odnosa određen je apstraktno, a vezuje se za sva lica koja traže zaposlenje i za sva radna mesta (Kovačević, 2016: 98). Ovaj uslov, naime, mora ispuniti svako ko se želi zaposliti, odnosno niko ispod tog uzrasta ne može zasnovati radni odnos ni za obavljanje najjednostavnijih i najlakših poslova. Poslodavac sa svojstvom pravnog lica ili preduzetnik koji radno angažuje lice mlađe od 15 godina čini prekršaj za koji je propisana novčana kazna (čl. 274 Zakona o radu), a postupak u kome se utvrđuje njegova odgovornost pokreće inspektor rada (čl. 270 Zakona o radu), koji i donosi rešenje da lice mlađe od 15 godina prestane sa radom. Sa druge strane, radno-pravna teorija zauzela je stav da lice mlađe od 15 godina obavlja faktički rad na osnovu kojeg ostvaruje određena prava (pravo na novčanu naknadu za obavljeni rad, pravo na odmor i pravo na posebnu zaštitu na radu, na primer) i ispunjava određene obaveze (Jovanović, 2012: 188).

Opšti uslov za zasnivanje radnog odnosa i značaj koji ima može se sagledati sa više aspekata. Značaj ovog uslova proizilazi iz uloge koju ima u zaštiti mlade osobe od preranog obavljanja rada u radnom odnosu – lice mlađe od 15 godina poseduje psihofizičke sposobnosti ispod iole prihvatljivih granica, zbog čega ne može zasnovati radni odnos ni za rad na najjednostavnijim i najlakšim poslovima. Kada napuni 15 godina, dostiže potrebnu zrelost i stiče psihofizičke sposobnosti neophodne za obavljanje rada u radnom odnosu. Ali, u proces rada mora biti uvedeno u skladu sa razvojnim sposobnostima, s obzirom na to da njegov razvoj može ugroziti i, za njega, dugotrajni i iscrpljujući rad i/ ili neadekvatni i preterani naponi na radu (Ivošević, Ivošević, 2014: 73). Značaj ovog uslova sagledava se i sa aspekta njegove uloge u zaštiti mlade osobe od obavljanja rada u radnom odnosu do okončanja osnovnog obrazovanja⁵ i otklanjanja svih rizika koji mogu ugroziti uživanje koristi koje pruža ovo obrazovanje.⁶ U tom smislu uzrast na kojem se stiče

poslovi ne štete njegovom zdravlju (čl. 85 Zakona o radu).

5 Osnovno obrazovanje ostvaruje se u osnovnoj školi, obavezno je i besplatno, a traje osam školskih godina (čl. 3, 4 i 30 Zakona o osnovnom obrazovanju i vaspitanju, *Sl. glasnik RS*, 55/13, 101/17).

6 Osnovno obrazovanje je od suštinskog značaja za lični razvoj u čenika, dobijanje pristupa daljem obrazovanju i aktivno učešće u društvu. Između ostalog, cilj ovog obrazovanja je: pun intelektualni, emocionalni, socijalni, moralni i fizički razvoj svakog u čenika, u skladu sa njegovim u zrastom, razvojnim potrebama i interesovanjima; razvoj stvaralačkih sposobnosti, sposobnosti za timski rad i

pravo na rad određuje se s obzirom na trajanje osnovnog obrazovanja, a trajanje osnovnog obrazovanja jedan je od kriterijuma na osnovu kojeg se određuje minimalni uzrast za zaposlenje. Podudaranje ova dva uzrasta ima potencijala da predupredi i nastanak drugih problema u društvu – ako bi se osnovno obrazovanje završilo pre sticanja prava na rad, nastao bi period dokolice, koja bi mlada osoba mogla prevazići asocijalnim ponašanjem (Petrović, 2009: 242). Značaj opšteg uslova za zasnivanje radnog odnosa sagledava se i iz ugla njegove uloge u ostvarivanju prava na rad. Ovaj uslov, naime, reduciran je na ono što je nužno da bi čovek mogao obavljati bilo koji rad, zbog čega omogućava velikom broju lica da sopstvenim, slobodno izabranim i prihvaćenim radom, obezbede sebi i članovima porodice materijalnu i socijalnu sigurnost (Jovanović, 2015: 1473).

Stupanjem na rad, lice sa navršениh 15 godina stiče sva prava i preuzima sve obaveze i odgovornosti iz radnog odnosa. S timu vezi, stiče i poslovnu sposobnost (da samostalno raspolaže zaradom i pravima iz radnog odnosa) i procesnu sposobnost (da samostalno pokrene i da samostalno učestvuje u postupku za zaštitu prava iz radnog odnosa). Ali, poslovna i procesna sposobnost stečena zasnivanjem radnog odnosa je ograničena (odnosi se na prava, obaveze i odgovornosti iz radnog odnosa) i uslovna (zavisi od radnog odnosa – prestaje ako mladoj osobi prestane radni odnos pre sticanja punoletstva) (Jovanović, 2015: 188).

3.2. Saglasnost zakonskog zastupnika za zasnivanje radnog odnosa

Lice mlađe od 18 godina poseduje psihofizička svojstva koja utiču na procenu sopstvenog ponašanja, usmeravanje ličnih postupaka i mogućnost pravilnog shvatanja događaja. Iz tog razloga, a u cilju zaštite njegove ličnosti i interesa koje ima u vezi sa izborom zaposlenja i zanimanja,

sposobnosti samovrednovanja; razvoj svesti o sebi, samoinicijative, kritičkog mišljenja, kao i izražavanje svog mišljenja; razvijanje ključnih kompetencija za celoživotno učenje i međupredmetnih kompetencija, u skladu sa razvojem savremene nauke i tehnologije; osposobljavanje za donošenje važnih odluka o izboru daljeg obrazovanja i zanimanja, sopstvenog razvoja i budućeg života; razvijanje osećanja solidarnosti, razumevanja i konstruktivne saradnje sa drugima i negovanje drugarstva i prijateljstva; razvijanje kompetencija za snalaženje i aktivno učešće u savremenom društvu koje se menja (čl. 21 Zakona o osnovnom obrazovanju).

može zasnovati radni odnos uz pisanu saglasnost zakonskog zastupnika⁷ – roditelja, usvojioca ili staraoca⁸ (čl. 25, st. 1 Zakona o radu).

Zakonski zastupnik se može, a ne mora saglasiti sa zaposlenjem lica mlađeg od 18 godina. Ukoliko proceni da zaposlenje nije u najboljem interesu lica mlađeg od 18 godina, njegova je obaveza da uskrati saglasnost za zasnivanje radnog odnosa.⁹ Ali, ako saglasnost uskrati bez

7 Saglasnost zakonskog zastupnika predstavlja jedan od dodatnih mehanizama zaštite lica mlađeg od 18 godina od prenamagljenih i nepromišljenih odluka i eksploatacije njegovog rada. Opravdanost ovog mehanizma, među tim, dovodi se u pitanje, budući da postoje i drugi pravni mehanizmi zaštite lica mlađeg od 18 godina od nepromišljenih postupaka (pisana forma ugovora o radu, pravo da otkáže ugovor o radu iz bilo kog razloga i u bilo koje vreme) i da nijedan izvor međunarodnog prava ne uslovljava zasnivanje radnog odnosa sa licem mlađim od 18 godina pisanom saglasnošću zakonskog zastupnika. Izuzetak u tom pogledu predstavlja komunitarno radno pravo i u njegovim okvirima Direktiva Saveta 94/33/EZ, koja omog učava zapošljavanje lica mlađeg od 18 godina u oblasti k ult u re, umetnosti, sporta i rek lame delatnosti u z saglasnost inspekcije ra da, ministarstva na dležnog za pos love ra da ili drugog na dležnog organa. Činjenica je, među tim, da ra dno zakonodavstvo nekih zemalja ne isklju ču je svaki u ticaj zakonskog zastupnika na zaposlenje lica mlađeg od 18 godina. Na primer, radno zakonodavstvo Slovačke obavezuje poslodavaca da o zasnivanju radnog odnosa sa licem mlađim od 18 godina obavesti lice koje se o njemu stara (Kovačević, Novaković, 2017: 682). Iz tih razloga, kao i zbog činjenice da korpus prava deteta u tvrđen porodičnim zakonodavstvom prevazilazi obim prava u tvrđen Zakonom o radu (lice koje je napunilo 15 godina i privređu je samostalno raspola že zaradom i imovinom koju je steklo zaradom), odredbe Zakona o radu koje omogućavaju zasnivanje radnog odnosa sa licem mlađim od 18 godina uz pisanu saglasnost zakonskog zastupnika trebalo bi izmeniti tako da ono može zasnovati radni odnos bez pisane saglasnosti roditelja, usvojioca ili staraoca (Vujović, Dejanović, Jovanović, Pejaković, Petrović, 2006:18).

8 Lice mlađe od 18 godina zasniva radni odnos uz obostranu saglasnost roditelja ako roditelji vrše roditeljsko pravo zajedničko i sporazumno, ali i ako je njihov brak prestao razvodom, jer roditelj koji nakon razvoda ne vrši roditeljsko pravo, ima pravo da odlu čuje o bitnim pitanjima koja se tiču deteta, a takvim pitanjem smatra i ono koje se tiče njegovog zaposlenja (Kovačević, Novaković, 2017: 673). A li, ukoliko je drugi roditelj umro, ili nije poznat, ili je potpuno lišen poslovne sposobnosti, odnosno roditeljskog prava, lice mlađe od 18 godina zasniva radni odnos uz saglasnost roditelja koji vrši roditeljsko pravo. Lice mlađe od 18 godina zasniva radni odnos uz saglasnost usvojioca ako je usvojeno, budući da usvojenik i usvojilac imaju jednaka prava i du žnosti kao dete i roditelj, a uz saglasnost staraoca ako se ne nalazi pod roditeljskim staranjem, jer je staratelj du žan da se stara o šticićniku (čl. 104 i čl. 135, st. 1 Porodičnog zakona, *Sl. glasnik*, 18/05, 72/11 i dr. zakon, 6/15).

9 Roditelj ili usvojilac koji se saglasi sa zaposlenjem lica mlađeg od 18 godina, i pored toga što rad ugrožava njegovo zdravlje, moral i obrazovanje, delimično se lišava roditeljskog prava (oduzimanjem ovlašćenja da se saglasi sa zaposlenjem svog deteta ili usvojenika) zbog nesavesnog vršenja roditeljskog prava. Roditelj

opravdanog razloga, ono se može obratiti organu starateljstva zahtevom za postavljanje kolizijskog staratelja, koji će, nakon utvrđivanja svih okolnosti, doneti odluku da (ne) može zasnovati radni odnos. Pitanje je, međutim, u kojoj je meri ova mogućnost realno ostvariva, s obzirom na mentalitet ljudi našeg podneblja (Vujović, et. al., 2006: 18).

Roditelj, usvojlac ili staralac mora se saglasiti sa zaposlenjem lica mlađeg od 18 godina u pisanoj formi.¹⁰ Pisana forma saglasnosti je utvrđena zakonom (čl. 25, st. 1 Zakona o radu) i predstavlja njen bitan element. Iz tog razloga, saglasnost ne proizvodi pravno dejstvo ako je zakonski zastupnik da u usmenoj formi ili ako se iz njegovog ponašanja može zaključiti da je saglasan sa zaposlenjem lica mlađeg od 18 godina.

Zakonski zastupnik mora se saglasiti sa zaposlenjem lica mlađeg od 18 godina pre zaključenja ugovora o radu, budući da je njegova saglasnost konstitutivni uslov za postojanje radnog odnosa lica mlađeg od 18 godina. Ali, ukoliko se lice mlađe od 18 godina zaposli bez saglasnosti zakonskog zastupnika, ugovor o radu biće rušljiv. Činjenica je, međutim, da se zaključeni ugovor o radu može konvalidirati, naknadnim davanjem saglasnosti zakonskog zastupnika (Simonović, 2016: 31).

Zakonski zastupnik može povući saglasnost podnošenjem zahteva za prestanak radnog odnosa lica mlađeg od 18 godina (čl. 175 Zakona o radu), ukoliko proceni da je dalji ostanak u radnom odnosu protivan najboljem interesu njegovog deteta, usvojenika ili šticećenika. Podnošenje ovog zahteva rezultira anuliranjem, stavljanjem van snage pravnog dejstva

ili usvojlac se i potpuno lišava roditeljskog prava ako svoje dete ili usvojenika ohrabruje ili upućuje na rad koji ugrožava njegovo zdravlje, moral i/ili obrazovanje, odnosno rad koji je zabranjen zakonom, kao što staratelj može biti razrešen svoje dužnosti (Vujović, et. al., 2006: 15). Sa druge strane, saglasnost zakonskog zastupnika za zasnivanje radnog odnosa za rad na poslovima koji ugrožavaju zdravlje, moral i obrazovanje lica mlađeg od 18 godina ne proizvodi pravno dejstvo. Ali, ako ono, ipak, zasnjuje radni odnos, poslodavac sa svojstvom pravnog lica, odnosno preduzetnik čini prekršaj sankcionisan novčanom kaznom (čl. 274 Zakona o radu), a postupak u kome se u tvrđuje njegova odgovornost pokreće inspektor rada (čl. 270 Zakona o radu), koji i donosi rešenje da lice mlađe od 18 godina odmah prestane sa radom.

10 Pisana forma "primorava" zakonskog zastupnika da dobro razmisli o zaposlenju lica mlađeg od 18 godina života i uvidi značaj saglasnosti koja se od njega zahteva, a olakšava i dokazivanje činjenice da je saglasan sa zaposlenjem lica mlađeg od 18 godina života. Smatra se da je zadovoljena ukoliko je saglasnost napisana ručno, kompjuterom ili drugim tehničkim sredstvom i ako je zakonski zastupnik svojeručno potpiše. Korisno bi bilo da potpis zakonskog zastupnika overi nadležni državni organ ako je saglasnost dao na posebnom pismenu, a ne na ugovoru o radu (Ivošević, Ivošević, 2016: 86).

date saglasnosti (i odsustvom konstitutivnog uslova za postojanje radnog odnosa lica mlađeg od 18 godina), zbog čega poslodavac mora doneti rešenje o prestanku radnog odnosa lica mlađeg od 18 godina deklarativnog karaktera. Lice mlađe od 18 godina ne može svojim protivljenjem uticati na prestanak radnog odnosa, ali se i ovom prilikom može obratiti organu starateljstva zahtevom za postavljanje kolizijskog staratelja (Vujović, et. al., 2006: 18).

3.3. Zaštita lica mlađeg od 18 godina od rada koji ugrožava njegovo zdravlje, moral i obrazovanje

Lice mlađe od 18 godina može zasnovati radni odnos ukoliko rad ne ugrožava njegovo zdravlje, moral i obrazovanje (čl. 25, st. 1 Zakona o radu).

Zaštita lica mlađeg od 18 godina od rada na poslovima koji ugrožavaju njegovo zdravlje snažno je nadahnutu civilizacijskim zahtevima za humanizacijom rada, a svoj smisao nalazi u unapređivanju i očuvanju zdravlja mladog čoveka (i dostizanju potpunog fizičkog, psihičkog i socijalnog blagostanja), ostvarivanju produktivnog i zadovoljavajućeg radnog veka, zaštiti biološkog i demografskog integriteta društva, itd. Iz tog razloga, formulisana je u najširem smislu i implicira zaštitu od rada na poslovima koji mogu štetno i sa povećanim rizikom uticati na njegov život i zdravlje, na osnovu nalaza nadležnog zdravstvenog organa, i zaštitu od rada na poslovima sa povećanim rizikom (čl. 84 Zakona o radu).

Zaštita lica mlađeg od 18 godina od rada na poslovima koji mogu štetno i sa povećanim rizikom uticati na njegov život i zdravlje, na osnovu nalaza nadležnog zdravstvenog organa, ima relativni, uslovni karakter i primenjuje se na osnovu nalaza nadležnog zdravstvenog organa kojim se utvrđuje da lice mlađe od 18 godina nije sposobno da obavlja poslove za koje zasniva radni odnos i da ti poslovi mogu štetno i sa povećanim rizikom uticati na njegov život i zdravlje (Jovanović, 2012: 267). Ovakva zaštita koncipirana je u uverenju da i poslovi koji odrasle ne izlažu povećanoj opasnosti od povređivanja, profesionalnih oboljenja i oboljenja u vezi sa radom, i pored implementacije mera zaštite, mogu štetno i sa povećanim rizikom uticati na život i zdravlje lica mlađeg od 18 godina, s obzirom na to da, zbog nedovršenog razvoja, ne poseduje psihofizičke sposobnosti kakve poseduju odrasli (Kovačević, Novaković, 2017: 665). Zbog toga, svako lice mlađe od 18 godina mora biti podvrgnuto lekarskom pregledu pre zaključenja ugovora o radu, kako bi nadležni zdravstveni organ, pažljivo i u skladu sa pravilima profesionalne etike,

utvrdio da li je sposobno da obavlja poslove za koje zasniva radni odnos i da li ti poslovi mogu štetno i sa povećanim rizikom uticati na njegov život i zdravlje. Nalaz ovog organa mora prevazilaziti izdavanje uverenja o dobrom zdravstvenom stanju lica mlađeg od 18 godina (Petrović, 2009: 276) i ima obavezujući karakter – lice mlađe od 18 godina ne može zasnovati radni odnos ukoliko se lekarskim pregledom utvrdi da nije sposobno da obavlja poslove za koje zasniva radni odnos i da ti poslovi mogu štetno i sa povećanim rizikom uticati na njegov život i zdravlje. Troškove lekarskog pregleda snosi republička organizacija nadležna za zapošljavanje ako se lice mlađe od 18 godina “nalazi” na njenoj evidenciji nezaposlenih lica (čl. 25, st. 3 Zakona o radu).

Lice mlađe od 18 godina ne može raditi na poslovima na kojima se obavlja naročito težak fizički rad, rad pod zemljom, pod vodom ili na velikoj visini, kao i na poslovima koji uključuju izlaganje štetnom zračenju, ili izlaganje sredstvima koja su otrovna, kancerogena ili uzrokuju nasledna oboljenja i na poslovima koji uključuju rizik po zdravlje zbog hladnoće, toplote, buke ili vibracije (čl. 84 Zakona o radu), s obzirom na to da takvi poslovi, i pored implementacije odgovarajućih mera zaštite, izlažu i odrasle povećanoj opasnosti od povređivanja, profesionalnih oboljenja i oboljenja u vezi sa radom. Iz tog razloga, zaštita od rada na takvim poslovima¹¹ ima apsolutni karakter i mora biti primenjena u svakom pojedinačnom slučaju zasnivanja radnog odnosa, nezavisno od volje lica mlađeg od 18 godina i volje poslodavca i nalaza nadležnog zdravstvenog organa (Jovanović, 2012: 267).

Zaštita lica mlađeg od 18 godina od rada koji ugrožava njegov moral odražava stav da radno okruženje, produkujući neispravnu sliku o ponašanju u društvu, može imati presudan uticaj na ličnost mladog čoveka, njegov karakter i osobine, delovanje, sud o sebi i drugima; vođeno željom da bude prihvaćeno na radnom mestu, ono može prihvatiti nemoralne stavove i vrednosti kolega i, u krajnjoj liniji, postati kreator i promoter takvih vrednosti i stavova. Iz tog razloga, ne može raditi

11 Radna mesta na kojima se obavljaju poslovi sa povećanim rizikom i na kojima lica mlađa od 18 godina ne mogu raditi u tvrđu ju se aktom o proceni rizika, a u skladu sa Uredbom o uvrđivanju opasnog rada za decu (*Sl. glasnik RS*, br. 53/17). Ova uredba, snažno nadahnuta Konvencijom Međunarodne organizacije broj 182 o zabrani najgorih oblika dečijeg rada, doneta je radi zaštite dece od opasnog rada koji ona obavljaju u formalnom ili neformalnom sektoru, u porodičnom ili poljoprivrednom domaćinstvu, ili na stru čnom osposobljavanju, u skladu sa propisima kojima se uređuju prava deteta, propisima iz oblasti rada, bezbednosti i zdravlja na radu, zdravstvene zaštite i obrazovanja.

u klubu, kazinu, kladionici, mestu gde rade hostese, ili gde se prodaju i služe alkoholna pića, itd. (Međunarodna organizacija rada, 2001: 399).

Zaštita lica mlađeg od 18 godina od rada koji ugrožava njegovo obrazovanje ostvaruje se zabranom zasnivanja radnog odnosa ako rad utiče na sposobnost usvajanja znanja iz nastavnog procesa i/ili redovno prisustvo u školi. Zaštita od takvog rada, snažno nadahnutu potrebom da se licu mlađem od 18 godina obezbedi najbolje moguće obrazovanje i vaspitanje, koncipirana je u uverenju da mladog čoveka treba podsticati i ohrabrivati da, nakon završetka osnovnog obrazovanja, nastavi obrazovanje i upiše srednju školu (gimnaziju, stru čnu, umetničku ili mešovitu srednju školu), u skladu sa svojim interesovanjima i sposobnostima, kako bi uživalo sve koristi koje pruža srednje obrazovanje. Ovo obrazovanje, naime, nije obavezno,¹² ali je od ključnog značaja za život čoveka i za društvo u celini.¹³ Očekuje se da će koristi koje pruža srednje stručno obrazovanje biti još veće uvođenjem dualnog obrazovanja,¹⁴ oblikovanog prema

12 Republika Srbija, potpisivanjem Agende Ujedinjenih nacija o održivom razvoju, preuzela je obavezu da uvede obavezno srednje obrazovanje do kraja 2030. godine.

13 Srednje obrazovanje ima ključni značaj za lični razvoj mladog čoveka, dobijanje pristupa daljem obrazovanju i/ili zapošljavanju i ostvarivanje aktivne uloge u društvu. Ovo obrazovanje, naime, ima za cilj: razvoj svesti o značaju zdravlja i bezbednosti, uključujući bezbednost i zdravlje na radu; osposobljavanje za timski rad, komunikaciju i rešavanje problema; poštovanje rasne, nacionalne, kulturne, jezičke, verske, polne i uzrasne ravnopravnosti, tolerancije i uvažavanje različitosti; razvoj motivacije za učenje i sposobnosti za samostalno učenje, samoinicijative, samovrednovanja i izražavanje mišljenja; razvoj stručnih kompetencija neophodnih za zapošljavanje i osposobljavanje za samostalno donošenje odluke o izboru zanimanja i daljeg obrazovanja; razvoj ključnih kompetencija neophodnih za dalje obrazovanje i aktivnu ulogu građana za život u savremenom društvu (čl. 2, st. 1 Zakona o srednjem obrazovanju i vaspitanju, *Sl. glasnik RS*, 55/13).

14 Dualno obrazovanje ima za cilj: obezbeđivanje uslova za sticanje, usavršavanje i razvoj kompetencija u skladu sa potrebama tržišta rada; doprinos jačanju konkurentnosti privrede Republike Srbije; obezbeđivanje uslova za zapošljavanje po završenom obrazovanju i dalje obrazovanje i celoživotno učenje; razvijanje preduzimljivosti, inovativnosti i kreativnosti svakog pojedinca radi njegovog profesionalnog i karijernog razvoja; obezbeđivanje uslova za lični, ekonomski i opšti društveni razvoj; razvijanje sposobnosti za timski rad i osećaj lične odgovornosti u radu; razvijanje svesti o važnosti zdravlja i bezbednosti, uključujući bezbednost i zdravlje na radu; razvijanje sposobnosti samovrednovanja i izražavanja sopstvenog mišljenja, kao i samostalnog donošenja odluka; poštovanje međusobnih prava i obaveza učenika i poslodavaca (čl. 4 Zakona o dualnom obrazovanju). Iz tih razloga, a imajući u vidu strah od nepoznatog, bilo bi korisno promovisati dualno obrazovanje i isticati koristi koje ono pruža, ustanoviti tela koja bi pružala podršku i pomoć učenicima i poslodavcima u prevazilaženju problema sa kojima se suočavaju, a poslodavcima koji uđu u sistem dualnog obrazovanja obezbediti poreske

nemačkom i švajcarskom modelu. Ovaj model realizacije nastave u sistemu srednjeg stručnog obrazovanja primenjivaće se od školske 2019/2020. godine, a njegova primena omogućiće u čenicima da, kroz teorijsku nastavu i vežbe u školi i učenje kroz rad (u realnoj radnoj okolini kod jednog ili više poslodavaca, a pod vođstvom i nadzorom instruktora i koordinatora), steknu kompetencije za efikasan i produktivan rad u određenom zanimanju ili grupi zanimanja (čl. 2 Zakona o dualnom obrazovanju).

4. Postupak za zasnivanje radnog odnosa

Postupak za zasnivanje radnog odnosa sa licem mlađim od 18 godina uređen je pravilima strogo formalne prirode, koja se moraju primeniti u svakom pojedinačnom slučaju zasnivanja radnog odnosa, nezavisno od životne dobi kandidata za zaposlenje¹⁵.

Kandidat je dužan da, prilikom zasnivanja radnog odnosa, poslodavcu dostavi isprave i druge dokaze o ispunjenosti uslova za rad na poslovima za koje zasniva radni odnos, utvrđenih pravilnikom o organizaciji i sistematizaciji poslova (čl. 26. st. 1. Zakona o radu). Lice mlađe od 18 godina ima obavezu da dostavi i isprave i druge dokaze o ispunjenosti uslova za rad utvrđenih zakonom, i to: izvod iz matične knjige rođenih, kojim dokazuje ispunjenost opšteg uslova za zasnivanje radnog odnosa, pisanu saglasnost zakonskog zastupnika i nalaz nadležnog zdravstvenog organa kojim se utvrđuje da je sposobno za obavljanje poslova za koje zasniva radni odnos i da ti poslovi nisu štetni za njegovo zdravlje. U protivnom,

olakšice i finansijske stimulacije. Protivnici dualnog obrazovanja, među tim, ističu da će dualno obrazovanje obezbediti priliv jeftine radne snage (u čenici će imati pravo na naknadu po svakom satu provedenom na učenju kroz rad u visini najmanje 70% od minimalne cene rada), da uvođenje dualnog obrazovanja neće stvoriti veće izgleda za zapošljavanje (poslodavac nema obavezu da u čenicima nakon završetka obrazovanja ponudi posao), itd. (Euler, 2015: 27 i dalje).

15 Pravila postupka za zasnivanje radnog odnosa sadržana su, prvenstveno, u Zakonu o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti (*Sl. glasnik RS*, 36/2009), a u odnosu na ranije važeća umnogome su pojednostavljena. Poslodavac, naime, može zaposliti lice i bez posredovanja republičke organizacije nadležne za zapošljavanje, ali potrebu za zasnivanjem radnog odnosa mora prijaviti ovoj organizaciji kako bi je objavila na svojoj oglasnoj tabli i/ili veb prezentaciji, kao i publikaciji "Poslovi", a ako poslodavac zahteva, i u sredstvima javnog informisanja (Jovanović, 2012: 195). Nije predviđena ni mogućnost osporavanja poslodavčeve odluke o izboru kandidata, izjavljivanjem žalbe, ali spor povodom zasnivanja radnog odnosa može rešiti nadležni sud (Kulić, Perić, 2016: 113).

njegova prijava za zaposlenje smatra se nepotpunom i poslodavac je neće uzeti u razmatranje (Albineze, Novaković, 2014: 32).

Poslodavac je dužan da, pre zaključenja ugovora o radu, upozna kandidata sa poslovima za koje zasniva radni odnos, uslovima rada, pravima i obavezama iz radnog odnosa, disciplinom rada (čl. 27 Zakona o radu).

Poslodavac ne može od kandidata da zahteva podatke o bračnom i porodičnom statusu i planiranju porodice, kao i isprave i druge dokaze koji nisu od neposrednog značaja za obavljanje poslova za koje se zasniva radni odnos (čl. 26, st. 2 Zakona o radu). Njegova ovlašćenja, naime, limitirana su na mesto rada i na radno vreme, zbog čega može prikupljati samo one podatke koji su u direktnoj vezi sa poslovima za koje se zasniva radni odnos, a mora se uzdržati od svakog uplitanja u privatni život kandidata. Drukčije postupanje predstavlja povredu prava na privatnost kandidata, a može prethoditi i diskriminaciji (Ivošević, Ivošević, 2016: 89).

Poslodavac ne može usloviti zasnivanje radnog odnosa testom trudnoće, osim ako se radni odnos zasniva radi obavljanja poslova kod kojih postoji znatan rizik za zdravlje žene i deteta, utvrđen od strane nadležnog zdravstvenog organa (čl. 26, st. 3 Zakona o radu). Činjenica je, međutim, da trudnoća ne može imati uticaj na donošenje odluke o izboru kandidata zbog toga što traje kraće od radnog odnosa i ne može se izjednačiti sa bolešću; žena tokom trudnoće uživa posebnu zaštitu na radu, a nakon isteka porodiljskog odsustva (i odsustva radi nege i posebne nege deteta), može obavljati poslove od kojih je uživala zaštitu za vreme trudnoće.

Poslodavac ne može usloviti zasnivanje radnog odnosa davanjem izjave o otkazu ugovora o radu od strane kandidata (čl. 26, st. 4 Zakona o radu), ne samo zbog toga što radni odnos ne može prestati pre zasnivanja, već i zato što poslodavac ne može manipulirati voljom kandidata i zloupotrebiti njegovu (ne)zrelost, tešku porodičnu i/il materijalnu situaciju, itd. (Ivošević, Ivošević, 2016: 90).

5. Način zasnivanja radnog odnosa

Radni odnos sa licem mlađim od 18 godina zasniva se zaključenjem ugovora o radu. Ovaj dvostrani pravni akt kojim se zasniva radni odnos, ali i uređuju i prava obaveze i odgovornosti iz radnog odnosa,¹⁶ zaključuje se

¹⁶ Ugovor o radu u ne može sa držati odredbe kojim se u tvrđuju manja prava i nepovoljniji uslovi rada od prava i uslova rada u tvrđenih zakonom, kolektivnim ugovorom i pravilnikom o radu. Ukoliko, ipak, sadrži takve odredbe, one će biti

na način utvrđen zakonom: u najmanje tri primerka¹⁷, u pisanoj formi¹⁸, pre stupanja zaposlenog na rad¹⁹, na neodređeno i određeno vreme²⁰ i sa punim i nepunim radnim vremenom²¹. Činjenica je, međutim, da lica mlađa od 18 godina najčešće zaključuju ugovor o radu na određeno vreme (radi obavljanja sezonskih poslova tokom letnjeg raspusta) i sa nepunim radnim vremenom (kako bi imala više vremena da se posvete sportskim, kulturnim i drugim aktivnostima).

7. Umesto zaključka

Radno zakonodavstvo Republike Srbije štiti dobrobit i nesmetan razvoj lica mlađeg od 18 godina tako što utvrđuje minimalne godine života za zasnivanje radnog odnosa i ustanovljava niz mera u cilju zaštite njegove ličnosti i interesa koje ima u vezi sa izborom zaposlenja i zanimanja, zdravlja, morala i obrazovanja. Naša zemlja, međutim, mora i dalje činiti napore ka potpunom ukidanju dečijeg rada, progresivnim povećanjem minimalnih godina života za zasnivanje radnog odnosa i implementacijom ekonomskih i socijalnih programa usmerenih ka uklanjanju uzroka dečijeg rada.

Literatura/References

Alibineze, Ž. i Novaković, S. (2014). *Komentar Zakona o radu, Peto izmenjeno i dopunjeno izdanje*, Beograd: Poslovni biro.

ništave, a umesto njih primeniće se odgovarajuće odredbe zakona ili drugog opšteg akta (čl. 9 Zakona o radu).

17 Poslodavac predaje jedan primerak ugovora o radu zaposlenom, a ostale zadržava za sebe (čl. 30, st. 4 Zakona o radu) – jedan primerak mora držati u sedištu, a drugi u prostoru gde zaposleni radi (čl. 35 Zakona o radu). Ovakav način deponovanja primeraka ugovora o radu doprinosi efikasnijem suzbijanju rada na crno, s obzirom na to da inspektori rada, vršeći nadzor nad primenom zakona, lakše mogu utvrditi da li je poslodavac sa licima zatečenim na radu zaključio ugovor o radu.

18 Ukoliko ugovor o radu nije zaključen u pisanoj formi, smatra se da je radni odnos zasnovan na neodređeno vreme, danom stupanja zaposlenog na rad (čl. 32, st. 2 Zakona o radu).

19 Ako ugovor o radu nije zaključen pre stupanja zaposlenog na rad, smatra se da je zaposleni zasnovao radni odnos na neodređeno vreme, danom stupanja na rad (čl. 32, st. 2 Zakona o radu).

20 U ugovoru o radu mora se označiti vreme na koje se zaključuje, a ako se zaključuje na određeno vreme i osnov zasnivanja radnog odnosa (čl. 33 Zakona o radu). U protivnom, smatra se da je zaključen na neodređeno vreme (čl. 31 Zakona o radu).

21 U ugovoru o radu mora biti označeno radno vreme (čl. 33 Zakona o radu).

Arandarenko, M., Žarković Rakić, J., Vladislavljević M. (2012). *Od neaktivnosti do zaposlenosti: analiza uticaja javnih politika i faktora koji utiču na neaktivnost*, Beograd: Fond za razvoj ekonomske nauke.

Vujović, R., Dejanović, V., Jovanović, V., Pejaković, Lj., Petrović, N. (2006). *Dečiji rad u Srbiji: analiza zakonodavstva, prakse i pojava oblika dečijeg rada*. Beograd: Centar za prava deteta.

Euler, D. (2015). *Dulano srednje stručno obrazovanje u Srbiji* (Electronic version). Retrived 15. November 2007 from: www.pks.rs/.../GIZ%20VET%20-%20Du- alno%20%20 obrazovanje %20 STUDIJA%20SRPSKI%20WEB

Ivošević I., Ivošević, M. (2016). *Komentar Zakona o radu, Treće izdanje*, Beograd: Službeni glasnik.

Jovanović, P. (2012). *Radno pravo, Šesto izmenjeno i dopunjeno izdanje*, Novi Sad: Pravni fakultet u Novom Sadu.

Jovanović, P. (2015). Posebna radno-pravna zaštita pojedinih kategorija radnika. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*. 4/2015, str. 1459–1485.

Kovačević, Lj. (2016). *Valjani razlozi za otkaz ugovora o radu*. Beograd: Pravni fakultet.

Kovačević, Lj., Novaković, U. (2017). *Saglasnost zakonskog zastupnika za zasnivanje radnog odnosa sa maloletnikom*. *Pravo i privreda*, 4-6/2017, str. 662–690.

Kulić, Ž., Perić, S. (2016). *Radno pravo*. Beograd: Zavod za udžbenike. Lubarda, B. (2013). *Uvodi u radno pravo sa elementima socijalnog prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Međunarodna organizacija rada (2002). *Smernice o radnom zakonodavstvu*. Ženeva: Međunarodna organizacija rada.

Međunarodna organizacija rada (2002). *Iskorenjivanje najgorih oblika dečijeg rada: praktičan vodič za primenu Konvencije broj 182*. (Electronic version). Retrived 1. November 2017, from: <http://www.ilo.org/ipceinfo/product/download.pdf>

Petrović, A. (2009). *Međunarodni standardi rada*. Niš: Pravni fakultet u Nišu, Centar za pravne publikacije.

Ristić, Z., Pavlović, Lj. (2012). *Potrebe tržišta rada i položaj mladih nezaposlenih lica*. Beograd: Unija poslodavaca Srbije.

Simonović, D. (2013). *Radno pravo, treće ažurirano izdanje*. Beograd: Projuris.

Šunderić, B. (1986). *Uslovi za zasnivanje radnog odnosa radnika*. Beograd: Naučna knjiga.

Ustav Republike Srbije. *Službeni glasnik RS*. Br. 98 (2006).

Zakon o radu. *Službeni glasnik RS*. Br. 24 (2005), 61 (2005), 54 (2009), 32 (2013), 75 (2014).

Zakon o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti. *Službeni glasnik RS*. Br. 36 (2009).

Zakon o osnovnom obrazovanju i vaspitanju. *Službeni glasnik RS*. Br. 55 (2013), 101 (2017).

Zakon o srednjem obrazovanju i vaspitanju. *Službeni glasnik RS*. Br. 55 (2013).

Zakon o dualnom obrazovanju. *Službeni glasnik RS*. Br. 101 (2017). Porodični zakon. *Službeni glasnik RS*. Br. 15 (2005), 72 (2011) - i dr. zakon, 6 (2015).

Uredba o utvrđivanju opasnog rada za decu. *Službeni glasnik RS*. Br. 53 (2017).

Dragana Radovanović, LL.D.,
Assistant Professor,
Faculty of Law for Commerce and Judiciary,
University Business Academy, Novi Sad

THE EMPLOYMENT OF A PERSON UNDER THE AGE OF 18 IN SERBIA

Summary

Considering their incomplete psychophysical, ethical, social and intellectual development, minors under the age of 15 may not be employed. Young persons aged 15 to 18 are allowed to enter into an employment agreement under restrictive conditions, designed in such a way as to protect their personality and interests concerning the choice of job or employment, health, morality, and education. A person who has turned 15 is allowed to sign an employment contract if the type of work does not endanger his/her health, ethics or education, i.e provided that such work is not prohibited by law; moreover, an employment relationship may be established only with a written consent of a legal representative and on the basis of the findings of the authorized health authority confirming that the younger person is able to perform the job as described in the agreement, and that the job is not harmful for his health. If these conditions are fulfilled, the employment relationship is established by signing an employment agreement.

Key words: *employment contracts; person under the age of 18, terms and conditions, procedure and method of signing an employment agreement.*

II RADOVI STUDENATA DOKTORSKIH STUDIJA

Bojan Jović*
Doktorand Pravnog fakulteta
Univerzitet u Beogradu,
Mlađi savetnik u Ustavnom sudu Republike Srbije

pregledni naučni rad
doi:10.5937/zrpfni1982265J

UDK:342.4/.6
Rad primljen: 10.02.2019.
Rad prihvaćen: 09.04.2019.

ODNOS ZAKONODAVNE I IZVRŠNE VLASTI – MOĆ PARLAMENTA I ODGOVORNOST VLADE –

Apstrakt: U prvom delu rada autor se pre svega bavi načelom podele vlasti i odnosom između zakonodavne i izvršne grane vlasti, sa posebnim osvrtom na gledišta Slobodana Jovanovića (Politika je, pre svega drugog, veština uticanja na narod). Potom ukratko predstavlja karakteristike predsedničkog i parlamentarnog sistema, kao i odnos legislative i egzekutive u Ujedinjenom Kraljevstvu, kolevci parlamentarizma, i Sjedinjenim Američkim Državama, tipičnom predstavniku predsedničkog sistema. U središnjem delu rada jezgrovito prikazuje funkcije parlamenta, ali je težište rada usmereno ka kontrolnoj funkciji, kao jednoj od najznačajnijih funkcija zakonodavne vlasti, kroz formulisanje instituta poslaničkog pitanja i interpelacije, sa nacionalnog (teorijskog i pozitivnopravnog) i uporednopravnog gledišta. Na kraju rada autor razmatra i pitanje prirode odnosa legislative i egzekutive u modernim parlamentarnim sistemima, pitanje težnje izvršne vlasti da dominira nad ostalim granama vlasti, a ukazuje i na nedostatke srpskog rešenja instituta interpelacije.

Ključne reči: zakonodavna vlast, izvršna vlast, načelo podele vlasti, interpelacija, poslaničko pitanje.

1. Uvodna razmatranja

O načelu podele vlasti, odnosu zakonodavne i izvršne vlasti, predsedničkom i parlamentarnom sistemu, funkcijama parlamenta, poslaničkom pitanju i interpelaciji se dosta pisalo, kako u domaćoj, tako i stranoj pravnoj i političkoj literaturi. Pobjronani pravni instituti ujedno predstavljaju i pregled pitanja kojima se bavimo u

*bojan.boki.jovic@gmail.com.

radu, a koja iznova privlače pažnju istraživača i teoretičara širom sveta. Transparentno i profesionalno vršenje vlasti, bez zloupotreba, jeste ideal brojnih država već više od pola veka. U tom istom periodu su organi izvršne vlasti preuzeli znatne zakonodavne nadležnosti, zbog čega su mnoge države uvele dodatne mehanizme koji bi sprečili dalju „eroziju“ funkcija parlamenta, onemogućili zloupotrebu i uzurpaciju vlasti, i uspostavili izbalansirani pravni sistem. Svemu tome može doprineti i afirmisanje kontrolne funkcije parlamenta kao njegove „nove“ ključne funkcije, što bi zakonodavnom organu, pored učvršćivanja sveobuhvatnije kontrole nad radom egzekutive, omogućilo i vraćanje dela uzurpiranih nadležnosti.

Nesporno je da savremeno upravljanje državom stavlja organe izvršne vlasti u prvi plan, dajući im dominantan položaj u sistemima organizacije vlasti, ali to nikako ne sme dovesti do opadanja značaja funkcije narodnih poslanika i smanjenja uloge narodnog predstavništva. Zato ćemo u radu, detaljnijom analizom navedenih pravnih instituta, ukazati na potencijalne modalitete njihovog razvoja, poboljšanja i zaštite.

2. Načelo podele vlasti kroz odnos zakonodavne i izvršne vlasti

Mnogo država i naroda je kroz istoriju, sa manje ili više uspeha, težilo ograničavanju vlasti pojedinaca. Od davnina je postojala težnja da se ograničavanjem pojedinaca ili grupa koje su želele da prigrle svu vlast dođe do boljeg državnog uređenja i društva u celini. Upravo u toj težnji da se jednim pravnim aktom postave pravila i ograničenja kojima se moraju povinovati svi društveni činioци, pre svega oni koji zapovedaju ljudima, nastao je Ustav, temeljni i krovni akt svakog društva. Još je Žan Žak Ruso smatrao da „onaj ko zapoveda ljudima, ne treba da zapoveda zakonima i obrnuto“ (Jovanović, 2011: 315), dok je Aristotel isticao da je „zakon um bez požude, zbog čega bi i trebalo da vlada zakon, a ne ljudi“.

Tri elementa tvore svaku državu: teritorija, stanovništvo i suverena vlast, ili rečima S. Jovanovića – zemljište, ljudi koji na tom zemljištu stanuju i vlast koja nad njima gospodari. Od neposrednog značaja za temu kojom se bavimo jeste državna (suverena) vlast, koja rečima Žana Bodena „podrazumeva vlast koja spolja ne zavisi ni od koje druge vlasti, a unutra je viša od svake druge vlasti“. Suverenost je svojstvo državne vlasti koje zapravo podrazumeva da je na nekoj teritoriji ta državna vlast nedeljiva, najviša i neograničena, a kao svojstva državne vlasti se mogu izdvojiti nezavisnost, neprekidnost i nedeljivost. Ova svojstva

nam ukazuju da je državna vlast pre svega originerna i da stalno traje, iako se njeni nosioci menjaju, te da je jedinstvena i da se samo deli na više funkcija (detaljnije Marković, 2010: 151). Brojni teoretičari su se bavili pitanjem nosioca suverenosti u državi, tj. pitanjem kome ta (takva) suverenost pripada, što je dovelo do nastanka raznih teorija koje se bave suverenosti – teokratska, legitimistička, marksistička, ali i teorija društvenog ugovora (teorije narodne i nacionalne suverenosti) (vid. Marković, 2010: 153 i dalje).

Teorija podele vlasti koja je udarila temelje pravnoj državi (*Rechtsstaat*), kasnije je postala i neizostavni element principa vladavine prava (*Rule of law*) (vid. Carroll, 2009: 43–49). Kao tvorci teorije podele vlasti u nauci se najčešće spominju Aristotel, Dž. Lok, M. Padovanski, ali i Š. Monteskje čije ime se najčešće vezuje za ovu teoriju. Iako je državna vlast celovita, ona ne sme biti oličena u jednom organu. Fizički je neizvodljivo da se ona vrši neposredno od strane svih građana, te je stoga neophodno da je vrši država preko svojih izabраниh organa. Suverena vlast se nalazi kod zakonodavnih organa, a upravni i sudski organi samo izvršavaju i primenjuju suverenu vlast, ne stvarajući je (Jovanović, 2011: 180 i dalje). Zbog toga se državna vlast deli na određene funkcije, kako bi se delatnosti koje imaju istovetna obeležja usmerile ka istom pravnom cilju, te bi tako objedinjene obrazovale jednu funkciju države. Imajući u vidu da se državna vlast vrši u cilju višestrukih delatnosti države, to dovodi do toga da postoji više državnih funkcija. Saglasno broju državnih funkcija, razlikujemo sledeće teorije o državnim funkcijama (dualističke, trijalističke, kvadrilističke, kao i teoriju pet vlasti Sun Jat Sena, koja zapravo oslikava sve osobnosti kineske civilizacije) (detaljnije Marković, 2010: 166; Marković, 1980: 11 i dalje). Zakonodavna, izvršna i sudska su tri osnovne funkcije državne vlasti, koje se najčešće nazivaju vlastima, a njihovo razdvajanje načelo podele vlasti (deoba vlasti je zapravo deoba funkcija) (Jovanović, 2011: 315).

Iako se državna vlast deli na više funkcija, mora postojati kopča među njima, jer se u suštini radi o „jednoj“ nedeljivoj vlasti. Suštinsko pitanje koje se postavlja jeste odnos među tim funkcijama na kojima počiva načelo podele vlasti. Da li između njih mora da postoji veza ili ne? Ako veza postoji, kako ona treba da izgleda? Da li zakonodavna vlast treba da daje pravac drugim dvema vlastima, jer donosi zakone koje uprava izvršava, a sudstvo primenjuje (Jovanović, 2011: 315), ili to pak mora da čini izvršna vlast koja je znatno operativnija i koja može da usmerava zakonodavnu, dok bi sudska ostala po strani kao nezavisna u odnosu na prethodne dve?

Cilj ovog rada nije da da odgovore na sva postavljena pitanja, ali jeste svakako da detaljnije prikaže odnos između zakonodavne i izvršne vlasti kroz odnos između parlamenta i vlade/šefa države, kao i da otvori raspravu o povezanim pitanjima.

„Ne treba onaj ko izdaje zakone, da u isto vreme sudi i upravlja – i obrnuto“ (Jovanović, 2011: 313). Za svaku navedenu funkciju (zakonodavnu, izvršnu i sudsku), a u cilju doslednijeg sprovođenja načela podele vlasti, moraju biti predviđeni različiti organi. Ti organi nipošto ne smeju biti objedinjeni u rukama jednog čoveka (autoritarni režimi) ili nekog tela/organa (skupštinski sistemi), jer se onda u potpunosti negira načelo podele vlasti i dolazi se do njegove suprotnosti – jedinstva vlasti. Prednosti načela podele vlasti se mogu posmatrati kroz razloge tehničke (specijalizacija organa koji vrše određenu funkciju) i pravne prirode (bez podele vlasti nema pravne države) (vid. Jovanović, 2011: 313).

Na sukobu autora o obimu podele vlasti, tj. da li ona mora biti potpuna ili može/mora biti delimična, izgrađena je i podela na parlamentarni i predsednički sistem, tj. na sistem koji karakteriše fleksibilna i sistem koji karakteriše kruta podela vlasti. Za razliku od krute podele, gde postoji koordinacija i svaku funkciju vrši poseban državni organ, kod meke podele državni organi su povezani, što se može videti i iz integracije koja postoji među njima. Šarl Monteskje je smatrao da vlast mora da zaustavlja vlast, kako bi se uspostavila ravnoteža među vlastima. Međutim, teoretičari se neprestano spore da li je on takvu podelu vlasti posmatrao kroz potpunu izolaciju i razdvojenost (krutu podelu) ili međuzavisnost i saradnju (integraciju) vlasti. Upravo je na toj razmeđi nastala podela na predsednički i parlamentarni sistem.

2.1. Predsednički i parlamentarni sistem

U duhu načela podele vlasti je da sve organe bira narod (Jovanović, 2011: 318), ali se nakon izbora postavlja pitanje odnosa među njima. Pošto apsolutna podela vlasti nije moguća, pa samim tim nije nigde ni sprovedena, nameće se pitanje uticaja jedne vlasti na rad druge. Ako je taj uticaj značajan, ali ne u meri da izazove veću saradnju među organima, možemo govoriti o predsedničkom sistemu (Sjedinjene Američke Države), ali ako do značajnije međuzavisnosti ipak dolazi, onda govorimo o parlamentarnom sistemu (Velika Britanija). Sjedinjene Američke Države i Velika Britanija predstavljaju najautentičnije predstavnike navedenih sistema (detaljnije o „britanskom“ i „američkom“

modelu podele vlasti vid. Carroll, 2009: 36). Kada bismo dosledno sproveli načelo podele vlasti, ono bi bilo u suprotnosti sa parlamentarnim režimom koji pretpostavlja stalni nadzor zakonodavnog organa nad vladom, a ne bi bilo usklađeno ni sa načelom ustavne ravnopravnosti tri vlasti na kome počiva predsednički sistem (vid. Jovanović, 2011: 341).

Predsednički sistem, ustanovljen i otelotvoren kroz državno uređenje Sjedinjenih Američkih Država, karakteriše čvrst ustav koji uređuje organe sve tri grane vlasti i njihovo funkcionisanje (zakonodavnu, izvršnu, sudsku). I zakonodavna i izvršna vlast imaju pravo da brane svoju nadležnost ako ona bude ugrožena od ove druge, a u tome će neretko imati i pomoć Vrhovnog suda. Predsednički sistem je zapravo postavljen tako, ako izostavimo sudsku granu vlasti koja je nezavisna i narušava načelo podele vlasti istovremeno štiteći ga kroz rad Vrhovnog suda, da zakonodavna vlast učestvuje u poslovima izvršne (i suprotno), tako što vrši nadzor ili onemogućava da ostvari značajniji uticaj. Očevi osnivači su smatrali da je potrebno izbeći paralizu političkog procesa do koje može da dovede kruta podela vlasti, pa su u pojedinim segmentima proglasili kooperaciju organa državne vlasti (Marković, 1980: 198). Naime, zakonodavna vlast pripada dvodomom Kongresu, koji izglasava i budžet bez koga izvršna vlast ne može postupati, a Senat pak ratifikuje međunarodne ugovore koje zaklju čuje predsednik i daje saglasnost na brojna imenovanja pojedinih funkcionera izvršne vlasti. Nasuprot tome, predsednik kao nosilac izvršne vlasti, vrhovni komandant oružanih snaga, koji imenuje brojne funkcionere i zaključuje međunarodne ugovore, ima pak mogućnost da uloži veto na zakone Kongresa (Kongres Sjedinjenih Američkih Država se sastoji od Predstavničkog doma i Senata), čime postaje i značajan činilac zakonodavne vlasti. Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država stoji na čelu sudske vlasti, ali pored toga vodi računa i o odnosu snaga između zakonodavne i izvršne vlasti. Ovako izvedena (kruta) podela vlasti omogućava maksimalno moguću nezavisnost organa državne vlasti (upor. Marković, 1980: 197; Stojanović, 2013: 295; Pejić, 2011a: 18), u kojoj vlast ne može da utiče na egzistenciju one druge, ali može na njen rad (Simović, 2008: 132). Predsedničkim sistemom se nećemo detaljnije baviti, ali je bilo neophodno ukazati na njegove osnovne karakteristike kako bi se parlamentarni sistem, a i potonja pitanja bolje shvatili.

Nasuprot predsedničkom, *parlamentarni sistem* je nastao kao rezultat prakse. Suštinska razlika između predsedničkog i parlamentarnog sistema se ogleda u nemogućnosti realizovanja političke odgovornosti izvršne pred zakonodavnom vlašću (Pastor, 2011: 9).

Parlamentarni sistem je izgrađen u Engleskoj, viševjekovnim razvojem i formiranjem institucija koje su uravnotežene postepenim razvojem ostvarile međuzavisnost putem integracije izvršne i zakonodavne vlasti. Monarh je u početku bio ključni činilac vlasti, ali je vremenom gubio uticaj do te mere da danas predstavlja samo simbol jedinstva, dok je vlada preuzela u potpunosti njegove ključne nadležnosti, namećući se kao glavni takmac i rival zakonodavnoj vlasti. Zakonodavnu vlast u parlamentarnim sistemima vrši jednodomi ili dvodomi parlament, a u Velikoj Britaniji zakonodavna vlast je od davnina poverena dvodomom zakonodavnom telu. U parlamentarnom sistemu egzekutiva postaje bicefalna, jer pored šefa države koji postoji i u predsedničkom sistemu, imamo i vladu. Karakteristika parlamentarnog sistema se ogleda u tome što parlament formira i kontroliše vladu, a vlada sa druge strane podnosi zakonske predloge i ima mogućnost da raspusti parlament (upor. Marković, 1980: 206; Stojanović, 2013: 298; Pejić, 2011a: 11; Vučić: 2008: 87). Stoga se čitav parlamentarni sistem može definisati kroz načelo „ti me oboriš, ja te raspustim“, jer je raspuštanje parlamenta „nužan uslov svakog parlamentarnog sistema“, bez koga nema ravnoteže između zakonodavne i izvršne vlasti (Petrov, 2010: 170). Parlamentarizam jedino ne može da živi bez vlade odgovorne parlamentu (Petrov, 2010: 169), sve ostalo je podložno modifikacijama.

Parlamentarni sistem je karakterisao i Treću i Četvrtu Francusku republiku. Nakon usvajanja Ustava od 1958. godine i stvaranja Pete republike, došlo je do uspostavljanja sistema koji se nalazi na razmeđu predsedničkog i parlamentarnog sistema. Zbog toga što je ustavna stvarnost prevazišla dihotomnu podelu sistema vlasti (Simović, 2008: 140), Moris Diverže je definisao novoustanovljeni sistem kao *mešoviti/ polupredsednički*. Njega karakteriše šef države koji se bira neposredno od strane građana, zbog čega i ima značajna ovlašćenja (imenuje vladu i raspušta parlament), uz vladu koja i dalje ostaje odgovorna parlamentu (upor. Simović, 2008: 147; Pejić, 2011a: 29). Zakonodavna vlast koja je dominirala Trećom republikom postajala je drugorazredni činilac vlasti, ustupajući svoje mesto izvršnoj vlasti (vladi i šefu države). To nikako ne znači da je zakonodavna vlast ostala bez moći, ali je bilo potrebno izvesno vreme da se ona, u novom okruženju, okrene i drugim funkcijama, kontrolnoj pre svega, i da na taj način bar malo povrati deo uticaja koji je izgubila jačanjem egzekutive.

Izvršna vlast nije ojačala samo u Francuskoj, već i u mnogim državama koje su usvojile parlamentarni sistem tokom 20. veka. Moć parlamenta, koja se ogledala pre svega u mogućnosti da razreši vladu, postaje eksces,

a narodni poslanici od glasnogovornika naroda postaju kolektivci u okviru parlamentarnih grupa, tj. političkih partija (vid. Pejić, 2011a: 55). Možda je pregruba formulacija koju je upotrebio A. Tomkins ističući da je „parlament institucija kroz koju vlada donosi zakone“ (Pejić, 2011a: 60), ali svakako ukazuje na novi odnos snaga koji imaju državni organi u sistemu podele vlasti.

Da bismo bolje shvatili odnos parlamenta i vlade, neophodno je pokazati njihovo delovanje u savremenom parlamentarizmu. Naime, u parlamentarizmu, parlament kao centralni organ, predstavlja pozornicu na kojoj se sukobljavaju ključni politički činioци,¹ dok parlamentarna većina koja bira i podržava vladu, predstavlja ne samo nosioca izvršne, već i nosioca zakonodavne vlasti. Stabilnost parlamentarnog sistema će u velikoj meri zavisiti od stabilne i postojane parlamentarne većine (Pejić, 2011a: 41). Ako neka stranka ima većinu u parlamentu, njeni istaknuti lideri će najčešće biti u vladi, a ne u parlamentu, što samo pokazuje odnos koji političari imaju spram ovih institucija. Vlada je operativniji i konstruktivniji organ od parlamenta, pa se u njoj i odluke brže donose i konsenzus mnogo lakše postiže. Zbog toga i postoji većina u parlamentu koja slepo podržava izabranu vladu, „prepuštajući“ kontrolu vlade parlamentarnoj opoziciji i javnom mnjenju. Vlada je ovakav svoj položaj znalački stvorila, a potom i iskoristila, preuzimajući zakonodavnu inicijativu od parlamenta, što je i dovelo do toga da parlament najčešće donosi zakone na osnovu vladinih predloga. Međutim, parlament mora biti svestan toga da se ne sme baviti samo prepravljanjem i oblikovanjem predloženih zakonskih tekstova, jer na koncu, on ima poslednju reč u zakonodavnom postupku. Ključ moći parlamenta leži upravo u tome što konačno odlučuje o sudbini i sadržini zakona (Petrov, 2010: 45), što svakako treba iskoristiti u odnosima sa vladom.

Strah od raspuštanja parlamenta, koje je moćnije sredstvo od zakonodavne inicijative za uticaj vlade na rad parlamenta, ne sme nikako paralisati zakonodavni organ i blokirati njegov efikasan i kvalitetan rad. Parlament se mora suprotstaviti vladi kada je to neophodno. Iako je vlada ključni činilac vlasti u evropskim državama, same partije koje je tvore ipak preuzimaju svu vlast, odn. njihov lider/i. U čitavom ovom

1 V. Petrov pak smatra da je parlament: centralna institucija predstavničke demokratije, pod kontrolom političkih stranaka i finansijskih moćnika; arena u kojoj se na život i smrt bore stranački gladijatori; institucija koja treba da reaguje na inicijativu drugih, a ne da inicira. Pored svega toga, parlament po njegovom mišljenju treba da bude arena u kojoj se različita politička mišljenja slivaju u jedno, ono koje treba da izrazi suverenost naroda (ili nacije) (Petrov, 2010: 42).

zamešateljstvu se ne sme zanemariti i uloga ustavnog suda, koji i te kako može pomoći parlamentu, ojačati njegovu poziciju i učvrstiti načelo podele vlasti. Za razliku od vlade koja se često rukovodi političkim razlozima i celishodnošću, parlament je skloniji poštovanju ustava i zakona. Zbog toga, jak i nezavisan parlament, u kome se zrelo raspravlja i prosuđuje, u kome se debate vode sa puno uvažavanja političkih neistomišljenika, može da olakša rad ustavnog suda, ali pre svega može znatno da poveća nivo političke i parlamentarne kulture u jednom društvu.

U parlamentarnom sistemu vlasti Republike Srbije Narodna skupština je najviše predstavničko telo i nosilac ustavotvorne i zakonodavne vlasti (čl. 98 Ustava Republike Srbije, Sl. glasnik RS, 98/2006). Predsednik Republike izražava državno jedinstvo (čl. 111 Ustava), a Vlada je nosilac izvršne vlasti (čl. 122 Ustava). Vlada je za svoj rad i rad organa državne uprave odgovorna Narodnoj skupštini (čl. 124 Ustava), a Narodna skupština bira Vladu, nadzire njen rad² i odlučuje o prestanku mandata Vlade i ministara (čl. 99 st. 2 tač. 1 Ustava). Predsednik Republike može na obrazloženi predlog Vlade da raspusti Narodnu skupštinu (čl. 109 st. 1 Ustava). Treba napomenuti i to da u skladu sa važećim ustavnim uređenjem postoje gledišta koja sistem vlasti u Republici Srbiji podvode pod parlamentarni, i ona druga koja smatraju da je on ipak bliži mešovitom sistemu. Međutim, iako se šef države bira neposredno na izborima, njegova ovlašćenja po mišljenju autora, nisu toliko značajna, kako bi i sam sistem u celini mogao biti okarakterisan kao mešoviti.

3. Funkcije parlamenta

U zemljama parlamentarnog sistema u kojima imamo potpunu homogenost i neizmerno poverenje između vlade i parlamentarne većine, nadzor biračkog tela nad parlamentom može biti glavna brana u borbi protiv partokratije. Rečima S. Jovanovića: „Ako je prestao, ili bar popustio, nadzor Parlamenta nad Vladom, ostao je nadzor naroda, odn. biračkog tela, nad Parlamentom. Parlament može, ako hoće, gledati Vladi kroz prste, ali biračko telo neće biti isto tako milostivo prema njemu; kad dođu novi izbori, ono će oboriti taj Parlament koji je podržavao jednu Vladu koja to nije zaslužila“ (nav. prema Pejić, 2011a: 69). Međutim, ovakvo delovanje biračkog tela svojstveno je zrelim parlamentarnim

² B. Pastor s pravom postavlja pitanje zbog čega se i nadzor rada Vlade u navedenoj ustavnoj normi podvodi pod izbornu funkciju Narodne skupštine, kada je to zapravo sinonim za kontrolnu funkciju narodnog predstavništva (Pastor, 2011: 14).

demokratijama u kojima narod pažljivo prati rad i zalaganja svojih izabраних predstavnika i sankcioniše na sledećim izborima njihov nemar i uočene greške. U suprotnom, svako neodgovorno delovanje parlamentaraca će ostati nekažnjeno.

Pored zakonodavne funkcije, po Valteru Bedžhotu parlament obavlja još i izbornu funkciju, funkciju izražavanja volje građana, funkciju političkog obrazovanja i informativnu funkciju (Petrov, 2017: 39). U francuskoj pravnoj teoriji Avril i Žikel prave razliku između normativne (zakonodavne funkcije) i političke delatnosti (kontrolne funkcije) parlamenta između kojih se razvijaju i sve ostale aktivnosti, a koje skupa čine funkciju predstavljanja (jer je parlament zapravo narodno predstavništvo) (Petrov, 2010: 45). U našoj pravnoj teoriji se najčešće ističe *zakonodavna (ustavotvorna) funkcija* (D. Stojanović iz zakonodavne funkcije jasno izdvaja *ustavotvornu i budžetsku funkciju*), *funkcija kontrole nad radom izvršne vlasti (vlade)*, *izborna funkcija i kvazisudska funkcija*, kao funkcije parlamenta (upor. Marković, 2010: 275; Pejić, 2011b: 24; Stojanović, 2013: 308). U ovom radu će pre svega, biti reči o kontrolnoj funkciji parlamenta kao jednoj od njegovih najvažnijih funkcija.

3.1. Kontrolna funkcija parlamenta posmatrana kroz poslaničko pitanje i interpelaciju

Ustavni apsurd današnjice se ogleda u tome što parlament ostvaruje kontrolnu funkciju preko parlamentarne većine čiji je primarni zadatak da održi svoju vladu u mandatu (Pejić, 2011a: 55). Dužnost ministra je da polaže račun i odgovara pred parlamentom za svoj lični rad i rad organa na čijem je čelu. Kontrola vlade se ogleda u „opštoj kontroli vladine politike i kontroli izvršenja zakona koje je načelno povereno vladi“ (Stojanović, 2013: 313). U situaciji kada imamo stabilnu većinu koja podržava rad vlade, parlamentarna opozicija postaje ključni činilac kontrolne funkcije. Kakav je odnos snaga u parlamentu, takva će biti i jačina kontrole koju parlament sprovodi nad vladom ili pojedinim ministrom. Ako imamo homogeniji sastav parlamenta koji je samim tim preslikan na vladu, od potencijalne kontrole i polaganja računa vlade pred parlamentom neće biti mnogo koristi, a opozicija mora biti protivteža vladinoj politici i parlamentarnoj većini. Iako je od davnina pravi zadatak predstavničke skupštine da bdi nad radom vlade, ona neretko neopravdano prepušta parlamentarnoj opoziciji i nedovoljno politički zreloj javnosti da vrši dužnost kontrole. Uzrok tome, po mišljenju autora, pored neizgrađene političke kulture treba

tražiti i u izbornom sistemu koji je postavljen tako da u svakom smislu čvrsto vezuje narodne poslanike za političke partije koje ih „biraju“ na ovu poziciju.

Krajnji ishod kontrolne funkcije parlamenta bi bio razrešenje vlade, odn. izglasavanje nepoverenja vladi. Naravno, neće svi instrumenti dovesti do tog ishoda. Parlamentarci će većinu kontrolnih instrumenata iscrpeti znatno ranije, tako da najčešće neće ni doći do pada vlade. Sredstva putem kojih parlament obavlja funkciju političke kontrole i obaveštava se o radu vlade mogu biti *trajna* (stalne komisije parlamenta, razmatranje periodičnih izveštaja vlade, usvajanje budžeta i završnog računa, prisustva članova vlade sednicama parlamenta) i *povremena* (preko privremenih i anketnih komisija, a posebno putem poslaničkih pitanja i interpelacije) (Stojanović, 2013: 313). I. Pejić pak ističe da s jedne strane imamo glasanje o nepoverenju vladi kao jak tradicionalni instrument kontrole naspram koga stoje znatno slabiji instrumenti (poslaničko pitanje i interpelacija) koji omogućuju parlamentu da ispituje vladu, držeći je stalno u pripravnosti (Pejić, 2011a: 90). Ona napominje i to da treba praviti razliku između *pravne* i *vanpravne* odgovornosti vlade. Vanpravna odgovornost vlade pred građanima ima nepravnu sankciju koja se ogleda kroz osudu javnog mnjenja i gubitka poverenja građana na sledećim izborima, dok naspram nje stoji pravna odgovornost vlade pred parlamentom koja se ogleda kroz individualnu (poslaničko pitanje) i kolektivnu (zahtev za glasanje o nepoverenju vladi) odgovornost vlade (vid. Pejić, 2011a: 73). V. Petrov se pak priklanja francuskoj teoriji, te kontrolnu funkciju parlamenta posmatra kroz *meku* (poslaničko pitanje) i *čvrstu* kontrolu (predlog za izglasavanje nepoverenja vladi i interpelacija) (Petrov, 2010: 148), dok R. Marković pod kontrolom parlamenta nad radom izvršne vlasti, a pre svega nad vladom, podrazumeva *sredstva kojima se parlament obaveštava o radu vlade* (stalna – stalne komisije parlamenta i povremena – poslanička pitanja, interpelacija i anketna komisija) i *sredstva za pokretanje političke odgovornosti vlade u parlamentu* (predlog za glasanje o nepoverenju vladi i postavljanje pitanja vlade o svom poverenju u parlamentu) (Marković, 2010: 279). Predmet ovog rada nisu sva sredstva kontrole parlamenta nad radom izvršne vlasti, već samo osnovna sredstva kontrole – poslaničko pitanje i interpelacija.

Međutim, da bi se uopšte došlo do kontrole parlamentaraca nad vladom, narodnim predstavnicima u parlamentu mora biti zajemčena sloboda govora, bez koje nema rasprave, a ni predavljanja (vid. Pastor, 2011: 20). Mišljenja smo da je sloboda govora u savremenom parlamentarizmu

u značajnoj meri uslovljena načinom izbora parlamentaraca, njihovim položajem u narodnom predstavništvu, jačinom političkih partija koje tvore politički život jedne zemlje, ali i samosvešću, obrazovanjem i hrabrošću samih poslanika. Zbog svega toga i ne čudi što je savremeno doba pored gore navedenih „tradicionalnih“ instrumenta za kontrolu vlade donelo i brojne nove forme kontrole i praćenja aktivnosti vlade (specijalizovana kontrola i nezavisna regulatorna tela), kojima se jača moć parlamenta, dok se sa druge strane devastira osnovna funkcija zakonodavnog organa (upor. Pejić, 2011a: 130; Petrov, 2010: 190).

3.1.1. Poslaničko pitanje

O poslaničkom pitanju i interpelaciji se dosta pisalo kako u domaćoj literaturi, tako i stranoj literaturi. (Glassman, 2009: 2; Skrášková, 2014: 12). Zbog oscilacija odnosa vlade i parlamenta u parlamentarnom sistemu, ovo i dalje predstavlja polje interesovanja brojnih autora. Koreni poslaničkog pitanja (*parliamentary questions*) sežu do 18. veka i kolevke parlamentarizma – Velike Britanije (detaljnije o vrstama i prirodi poslaničkih pitanja u Velikoj Britaniji Carroll, 2009: 158), dok se koreni interpelacije nalaze u jednom dekretu koji je donela Ustavotvorna skupština u Francuskoj davne 1791. godine (Nikolić, 1998: 78). Kao što smo ranije videli, poslaničko pitanje predstavlja povremeni instrument kontrole parlamenta nad radom vlade, tzv. meko sredstvo kontrole. Ono ima za cilj da pribavi informacije (informativni karakter) i usmeri pažnju javnosti ka nekoj temi koja je važna određenom narodnom poslaniku.

Jednu od sveobuhvatnijih definicija poslaničkog pitanja daje V. Petrov kroz elemente cilja, forme, sadržine i dejstva poslaničkih pitanja: „poslanička pitanja su konkretna pitanja koja poslanici postavljaju, usmeno ili pismeno, vladi ili pojedinom ministru, sa ciljem pribavljanja određenih obaveštenja o radu vlade ili pojedinih ministarskih resora, a na koja su vlada i ministri dužni da odgovore u određenom roku“ (Petrov, 2017: 125). Poslanik pitanjem zapravo traži od nadležnog ministra (odnosno od cele vlade) objašnjenje o nekoj stvari, koje je ministar dužan da pruži u određenom roku koji je obično utvrđen poslovníkom, a nakon dobijanja odgovora pitač nema daljih mogućnosti u odnosu na predmet svog interesovanja, smatra se da je pravo narodnog poslanika time konsumirano ili iscrpljeno (Vučić, 2008: 89).

Poslaničkim pitanjima se omogućava poslanicima da prikupljaju praktične informacije, informišu javnost pružajući joj uvid u rad vlade, a sve u cilju kontrole parlamenta nad radom vlade ili članova

vlade (ministara). Poslaničkim pitanjima se omogućuje manjini da učestvuje u raspravi, ali i da pokrene raspravu o nekom važnom pitanju koje se tiče te manjinske zajednice. Kako bi se izbegle eventualne zloupotrebe vladajuće većine, vreme za postavljanje poslaničkih pitanja je najčešće predviđeno jednom nedeljno u određenom terminu. Poslanička pitanja po vrsti mogu biti: pitanja u pisanoj ili usmenoj formi (sa ili bez rasprave); hitna pitanja; pitanja koja su povezana sa određenom temom pa se postavljaju u trenutku predviđenom za datu temu; odborska pitanja; budžetska pitanja (upor. Stojanović: 313; Pejić, 2011a: 91; Petrov, 2017: 125; Marković, 2010: 279; Pastor, 2011: 31).

U Srbiji poslaničko pitanje postoji od sedamdesetih godina 19. veka (Zakon o poslovnom redu u Narodnoj skupštini), a bilo je regulisano i Ustavom od 1888. godine. Mitrovdanski ustav ne predviđa institut poslaničkog pitanja, već ostavlja zakonu i poslovniku da ga uredi. Važeći Poslovnik Narodne skupštine (Službeni glasnik RS, 20/12), predviđa sledeće oblike poslaničkih pitanja: pitanja u usmenom i pisanom obliku (čl. 204–208); poslanička pitanja u vezi sa aktuelnom temom (čl. 209–216); utorak i četvrtak – dani za traženje obaveštenja i objašnjenja (čl. 287). Poslovníkom je izričito predviđeno i to da poslaničko pitanje može biti postavljeno pojedinom ministru ili vladi, iz njihove nadležnosti, kao i da mora biti jasno formulisano. Na osnovu navedenih, ali i preostalih odredaba Poslovnika koje uređuju ovaj pravni institut, nesporno proizlazi mogućnost široke primene ovog pravnog sredstva kontrole Narodne skupštine, koje istovremeno predstavlja najčešće, a možda i najefikasnije delotvorno sredstvo kontrole nad radom Vlade.

3.1.2. Interpelacija

Za razliku od poslaničkog pitanja, interpelacija (kvalifikovano poslaničko pitanje) predstavlja povremeno sredstvo čvrste kontrole, ali na neki način i informisanja. Rečima P. Nikolića, interpelacija suštinski predstavlja jedan instrument informacije o radu vlade ili pojedinog ministra, odnosno o nekom značajnom političkom ili drugom pitanju, ali i instrument kontrole vlade, odnosno pojedinog ministra.³

3 Isti autor ističe i da interpelaciju čine tri bitna elementa: *podnošenje interpelacije* (najčešće će to biti individualno pravo, ali može biti i kolektivno; podnosi se u pisanoj formi; a postoji rok za stavljanje interpelacije na dnevni red sednice parlamenta), *debata o njoj* (davanje odgovora/objašnjenja/informacija o postavljenom pitanju i rasprava / široka opšta debata o tome) i *zaključivanje o interpelaciji* (glasanje o dnevnom redu koje treba da pokaže da li postoji poverenje

Interpelacija, kao i poslaničko pitanje, najčešće je poslovnička kategorija, ali može biti uređena i samim ustavom, kao što je to slučaj u Srbiji.⁴ Nezavisno od toga kojim pravnim aktom je uređena, ona mora biti precizno i jasno formulisana kako bi se sprečile potencijalne zloupotrebe, a istovremeno omogućila njena efikasna primena u parlamentarnom životu jedne države.

Osnovna „razlika između pitanja i interpelacije sastoji se u tome što se o pitanju ne pretresa i ne glasa, a o interpelaciji se i pretresa i glasa. Pitanje je dijalog između ministra i pitača, i cilj je toga dijaloga da se dobiju od ministra izvesna obaveštenja. Interpelacija je jedan napad poslanika na ministra, i cilj je toga napada da izazove skupštinski pretres izvesnih ministrovih postupaka. Taj pretres ima da se završi skupštinskom ocenom, povoljnom ili nepovoljnom, ministrovih postupaka“ (Jovanović, 1924: 286). Pored toga „cilj interpelacije nije informacija, kao kod poslaničkog pitanja, već diskusija i rasprava, a potom, eventualno i sankcija prema vladi. Zato je ona i sredstvo uticaja parlamenta na rad vlade, jer znači u isto vreme pitati, ali i pitajući protestovati“ (Marković, 2010: 280). V. Petrov definiše interpelaciju kao „pitanje određenog broja parlamentaraca upućeno vladi u pismenoj formi sa ciljem da se od nje zatraži objašnjenje određene radnje preduzete u vođenju politike, a povodom kojeg (pitanja, V.P.) se, po pravilu, vodi rasprava, i na kraju glasa“ (Petrov, 2017: 131).

Pitanje koje se interpelacijom postavlja je obično pitanje opšte politike vlade, koje će najčešće biti od značaja i za čitav parlament. Problem koji je zahvaćen interpelacijom dosta je širi od problema koji je označen u poslaničkom pitanju. Zato i ne čudi što tako formulisano pitanje, koje se nalazi u interpelaciji, može da dovede do pada vlade. Međutim, treba naglasiti i to da postoje sistemi u kojima interpelacija može sadržati u sebi zahtev da se glasa o poverenju vlade. Pa tako imamo

većine prema vladu koje će dovesti do ostavke vladu ili ministra). Zbog toga interpelacija sadrži u sebi političku sankciju (Nikolić, 1998: 78).

4 Odredbama čl. 129 Ustava Republike Srbije u tvrđeno je: da najmanje 50 narodnih poslanika može podneti interpelaciju u vezi sa radom Vlade ili pojedinog člana Vlade; da je Vlada dužna da odgovori na interpelaciju u roku od 30 dana; da Narodna skupština raspravlja i glasa o odgovoru koji su na interpelaciju podneli Vlada ili član Vlade kome je interpelacija upućena; da izglasavanjem prihvatanja odgovora Narodna skupština nastavlja da radi po usvojenom dnevnom redu; da će se pristupiti glasanju o nepoverenju Vladi ili članu Vlade ako Narodna skupština glasanjem ne prihvati odgovor Vlade ili člana Vlade, a ukoliko prethodno, po neprihvatanju odgovora na interpelaciju, predsednik Vlade, odnosno član Vlade ne podnese ostavku; da se o pitanju koje je bilo predmet interpelacije ne može ponovo raspravljati pre isteka roka od 90 dana.

države u kojima se interpelacija poistovećuje sa poslaničkim pitanjem i one druge gde je ona bliža najstrožem sredstvu kontrole nad radom vlade – predlogu za izglasavanje nepoverenja, u koje spada i Srbija (upor. Pejić, 2011b: 210; Petrov, 2017: 130; Vučić, 2008: 90; Stojanović, 2013: 315).

Kao i poslaničko pitanje i interpelacija u Srbiji postoji od sedamdesetih godina 19. veka (Zakon o poslovnom redu u Narodnoj skupštini), a prvi put je i ona našla svoje mesto u Ustavu od 1888. godine. Mitrovdanski ustav, kao što smo već videli, u posebnom članu uređuje ovaj institut, a Zakon i Poslovnik (Poslovnik Narodne skupštine, Službeni glasnik RS, 20/12) samo razrađuju ustavne odredbe koje su već i same (bez potrebe) poprilično detaljne.

Stoga, s pravom treba postaviti pitanje da li je interpelacija na osnovu navedenih pozitivnopravnih odredaba efikasno sredstvo parlamentarne kontrole u nas, ili je na neki način „mrtvorođeno pravo“, odnosno kakva su iskustva Narodne skupštine u primeni ovog instituta? Odgovor na ovo pitanje nije previše optimističan, jer se na osnovu dosadašnje prakse može reći da se interpelacija nije prihvatila u pravnom poretku Srbije kao kolektivno pravno sredstvo kontrole, imajući u vidu to da je tek pet godina nakon donošenja Mitrovdanskog ustava podneta prva interpelacija 26. jula 2011. godine, a ubrzo nakon toga podneta je samo još jedna (Pastor, 2011: 58), što svakako ne ukazuje na njenu delotvornu primenu.

4. Zaključna razmatranja

Perspektive parlamentarnog sistema u svetlosti kontrolne funkcije koju parlament vrši nad vladom – U jednoj državi možemo imati jaku vladu i to nužno ne mora biti loše, ali ako parlament ne vrši svoje osnovne funkcije, pre svih kontrolnu, onda može doći do problema u čitavom pravnom sistemu. Ako imamo vladu koja preteže nad parlamentom, zbog uporišta u homogenoj parlamentarnoj većini, nesporno je da narodno predstavništvo neće moći u punoj meri da vrši svoju zakonodavnu funkciju, ali će i dalje moći i morati da vrši u okviru nje budžetsku „funkciju“, kroz koju takođe na neki način kontroliše vladu. Sa druge strane, svi zakonski predlozi koji potiču od vlade dobijaju svoj krajnji oblik u parlamentu, što pametna zakonodavna vlast može maksimalno iskoristiti.

Zbog značajnog uticaja političkih partija na rad parlamentaraca, zakonodavno telo mora naročito da razvije svoju kontrolnu funkciju. Parlamentarne stranke vrše uticaj na poslanike, koji zbog ogromnog

pritisaka partija iz kojih potiču, načina izbora i manjka kuraži i individualizma, sve nesamostalnije donose odluke. Ovakav odnos snaga ogleda se u pojačanoj poziciji vlade i ministara koji je čine, kao ključnih članova izvršne vlasti koji zadržavaju liderske pozicije u političkim strankama, objedinjujući na taj način vršenje izvršne i zakonodavne vlasti. Lider stranke vrši stvarni uticaj na stranku i rukovodstvo, a preko nje posredno i na poslanike većine, što dovodi do osobenog prožimanja političkih partija i državnih institucija, odn. političkih partija sa zakonodavnom i izvršnom vlašću. Moć političkog uticaja se ne nalazi više u parlamentu, već kod izvršne vlasti koja podleže njegovoj kontroli. U ovom odnosu se zapravo ogleda čitav paradoks savremenog parlamentarnog sistema u kome opozicija⁵ treba da preuzme ulogu kontrolora izvršne vlasti. Vladajuća većina koja na neki način „bezdušno i bezuslovno“ podržava vladu mora biti ograničena novim mehanizmima koji će biti uspostavljeni i u korist opozicije. „Moćna izvršna vlast je posledica narasle uloge države u svakodnevnom životu.“⁶ Stoga se otvara prostor da parlamentu pored opozicije i javnosti, u kontroli izvršne vlasti, pomogne i ustavni sud. Uloga ustavnog pravosuđa bi bila utoliko značajnija, jer ono za razliku od opozicije i javnosti, vrši efikasno, isključivo pravnu kontrolu, politički neobjenu.

Parlament ne sme biti samo vladin organ za glasanje, već pre svega treba da služi kao organ pred kojim se detaljno sprovodi pretres na osnovu koga se donose kvalitetni zakoni. Kako kod zakonodavne funkcije, sem parlamenta, i vlada ima značajnu ulogu, kod kontrolne funkcije treba pozvati u pomoć parlamentu birače i javnost. Ovo može biti problem u društvima poput našeg gde demokratske institucije nisu još uvek u potpunosti izgrađene, a javno mnjenje nije do kraja politički osvešćeno. Iz navedenih razloga, parlament se mora u budućnosti u znatno većoj meri baviti kontrolom, čime bi nadomestio i deo moći koju je izgubio jačanjem vlade i gubitkom dela zakonodavne funkcije.

5 Opozicija treba da bude alternativa vlasti, a poslanici vladajuće većine ne smeju biti samo izvršioци Vladine volje (Pastor, 2011; 67). Među tim, I. Pejić smatra da vlada ru tinski komanduje preko svoje većine u parlamentu, a da je parlamentarnoj manjini prepušteno postavljanje poslaničkih pitanja i govor protiv vladinih predloga, bez mogućnosti da bilo šta promeni u njima, što svakako nije daleko od istine (Pejić, 2011a: 185).

6 „A li i jaka vlada jača državu kao takvu“ (Orlović, 2013: 80). Suprotno gledište jeste da se izvršna vlast odavno smatra opasnom za slobodu, te da je još i Dž. Brajs smatrao da je izvršna vlast slaba tačka demokratije (Pejić, 2011a: 181).

Države koje poživaju na liberalno-demokratskoj ustavnosti, sa izgrađenim institucijama, imaju i uticajan parlament i moćnu vladu, jer njima narodna predstavništva služe kao forumi za debatu, čija se reč čuje i uvažava, dok vlada kao jezgrovitiji i stručniji organ koji brže deluje ima prevagu nad svim ostalim organima u sistemu podele vlasti.

Kao što smo videli, u Srbiji poslaničko pitanje jeste valjano sredstvo delovanja parlamenta na rad vlade, dok interpelacija još uvek nema to svojstvo. Poslanička pitanja su u potpunosti upodobljena rešenjima iz uporednog prava, zbog čega se može reći da su ona efikasna sredstva kontrole koja imaju na raspolaganju parlamentarci, što ne važi i za interpelaciju. Naime, interpelacija u našem pravnom sistemu naginje predlogu parlamenta za izglasavanje nepoverenja vladi, zbog čega je, pored lošeg pozitivnopravnog uređenja, dodatno postala sredstvo kontrole na papiru, ali ne i u praksi. Naime, dobre strane pozitivnog rešenja jesu to što ona može da se podnese i protiv Vlade i protiv pojedinog ministra. Međutim, u konstelaciji snaga koje imaju vlade poslednjih desetak godina, broj od 50 narodnih poslanika koji je neophodan za podnošenje interpelacije je neprimereno visok, te bi prvom izmenom Ustava trebalo svesti ovaj broj na maksimalno 20–30 poslanika. Pored toga i rok koji se daje Vladi ili članu Vlade da dostavi predsedniku Narodne skupštine svoj odgovor na interpelaciju (30 dana od dana prijema interpelacije) je bez razloga dug i trebalo bi ga svesti na najviše osam dana, dok bi rok (od 90 dana od dana glasanja) zabrane raspravljanja o pitanju koje je bilo predmet interpelacije trebalo možda u potpunosti izostaviti. Uklanjanje navedenih barijera i dodatno približavanje ovog instituta poslaničkom pitanju bi u potpunosti povećalo efikasnost interpelacije i u dogledno vreme dovelo do njene (šire) primene, uz perspektivu da postane respektabilno sredstvo kontrole parlamenta nad vladom. Međutim, ako želimo da izgradimo svest o značaju nekog (pravnog) instituta uz povećanje njegove delotvornosti, dometa, efikasnosti i šire primene, svakako je potrebno uložiti nešto više znanja, truda i vremena. Iskreno se nadamo da će neko od nas uspeti u tome!

Literatura/References

Vučić, O. (2008). Interpelacija – uticaj poslanika na odgovorno postupanje vlade. *Pravna riječ*, Banja Luka. 14/2008. 87–96.

Glassman E. M. (2009). *A Parliamentary – Style Question Period: Proposals and Issues for Congress*. Washington D.C: Library of Congress – Congressional Research Service. (Electronic version). Preuzeto: 29. 1. 2019.

- Jovanović S. (2011). *O državi*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Jovanović S. (1924). *Ustavno pravo Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca*. Beograd: Geca Kon.
- Carroll A. (2009). *Constitutional and Administrative Law*. Great Britain: Longman.
- Marković R. (2010). *Ustavno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Javno preduzeće Službeni glasnik.
- Marković R. (1980). *Izvršna vlast* (doktorska disertacija). Beograd: Savremena administracija.
- Nikolić P. (1998). Interpelacija (Vlada – položaj u sistemu; ostvarivanje u praksi; funkcija Vlade; šta valja menjati?). *Mala biblioteka* 5. 77–86.
- Orlović S. (2013). *Vladavina Ustava ili ustavnog sudstva*. Petrovaradin: Centar za izdavačku delatnost Pravnog fakulteta u Novom Sadu.
- Pastor B. (2011). *Kontrola rada vlade na plenarnim sednicama s posebnim osvrtom na poslaničko pitanje i interpelaciju u parlamentarnom sistemu Srbije i Mađarske* (master rad). Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Pejić I. (2011a). *Parlamentarna vlada – oscilacije u ravnoteži*. Sven Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu.
- Pejić I. (2011b). *Parlamentarno pravo*. Sven Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu.
- Petrov V. (2010). *Parlamentarno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Petrov V. (2017). *Parlamentarno pravo*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Poslovnik Narodne skupštine. *Službeni glasnik RS*. Br. 20. 2012.
- Simović D. (2008). *Polupredsednički sistem* (doktorska disertacija). Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Službeni glasnik Republike Srbije.
- Skrášková A. (2014). *Prime Minister's Question Time in Modern British Political Culture* (Bachelor's Diploma Thesis). Brno: Masaryk University Faculty of Arts. (Electronic version). Preuzeto: 29. 1. 2019.
- Stojanović D. (2013). *Ustavno pravo*. Niš: Sven.
- Ustav Republike Srbije. *Službeni glasnik RS*. Br. 98. 2006.

Bojan Jović, PhD candidate

Faculty of Law, University of Belgrade

**RELATIONSHIP BETWEEN LEGISLATIVE AND EXECUTIVE
- The power of parliament and the responsibility of the government -**

Summary

The first part of the paper was about the separation of powers, and the relationship between the legislative and the executive, particularly from the point of view of Slobodan Jovanović, one of the most famous law theoreticians in our history. Also, we discussed the presidential and parliamentary systems, as well as the relationship between the legislative and the executive in the United Kingdom and the United States of America, as the most eminent representatives of these systems. In the central part of the paper, we briefly analysed functions of parliament. The major accent was on the scrutiny of the parliament, perhaps the most important parliamentary function, especially at a time when the government has a great deal of power. In addition, we largely dealt with defining parliamentary questions and interpellation in national and comparative law theory. In the end, we considered the nature of the relationship between the legislative and the executive in modern parliamentary systems, but we also pointed out the most relevant inconsistencies of current norms in Serbia related to parliamentary questions and interpellation.

Keywords: *Legislative, Executive, Separation of powers, Interpellation, Parliamentary questions.*

Mario Vojnić Hajduk,* Doktorand
Pravnog fakulteta Univerzitet u
Novom Sadu

pregledni naučni rad
doi:10.5937/zrpfni1982283V

UDK:347.74

Rad primljen: 18.10.2018.

Rad prihvaćen: 10.01.2019.

OSNOVNA PRAVNA ANALIZA AKREDITIVA U PRAVU REPUBLIKE SRBIJE

Apstrakt: U pravu Republike Srbije postoji posebna zakonska regulativa o pravnom poslu akreditiva. Međutim, egzistiraju i dalje određeni pravni problemi. Osnovni problemi su: nedostatak potpunije zakonske definicije o akreditivu; upotreba istih termina u različitim značenjima; nerazvijena regulativa o saopštenju o otvaranju akreditiva; te pitanje, da li su osnovni pravni odnosi u akreditivu nezavisni odnosi.

U ovom radu se razmatraju osnovna pitanja i instituti akreditiva. Polazi se od stava da u poslu postoji, sadržinski posmatrano, ista obaveza isplate akreditivne sume, da su osnovni pravni odnosi u poslu međuzavisni odnosi, te da je pravna priroda akreditiva jedinstvena. Rad ukazuje i na probleme sa kojima se suočavaju različita shvatanja o osnovnim pitanjima akreditiva.

Ključne reči: ugovor o otvaranju akreditiva, saopštenje o otvaranju akreditiva, pravni odnosi u akreditivu, pravna priroda akreditiva, akreditiv, bankarska usluga.

1. Uvod

U Republici Srbiji pravni posao akreditiva uređen je Zakonom o obligacionim odnosima.¹ Pre donošenja ZOO-a, akreditiv je bio regulisan Opštim uzansama za promet robom (uzansa br. 193 i uzansa br. 194), a razloge odsustva zakonodavne regulative ovog posla trebalo bi tražiti u autonomnom načinu njegovog nastanka i kasnijem vrlo dinamičnom razvoju (Vukadinović, 2012: 789).

*mariovojnich@gmail.com

1 Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, „Sl. list SFRJ” br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, „Sl. list SRJ” br. 31/93.

Akreditiv je bankarski posao u kome egzistira nekoliko pravnih odnosa. Pravni odnosi u akreditivu su: odnos između nalagodavca akreditiva i akreditivne banke, odnos između akreditivne banke i korisnika akreditiva, odnos između nalagodavca i korisnika akreditiva i zajednički odnos između nalagodavca akreditiva, akreditivne banke i korisnika akreditiva.² U akreditivu se mogu zasnovati i drugi pravni odnosi, kao što su korespondentni odnosi banaka. Pravna priroda akreditiva određuje se na osnovu pravne prirode odnosa koji se formiraju u njemu. Pretežna pravna priroda akreditiva je određena prirodom odnosa između nalagodavca i akreditivne banke i odnosa između akreditivne banke i korisnika akreditiva, koji su osnovni pravni odnosi u poslu. Ovi odnosi su samostalni i delimično nezavisni pravni odnosi. Njihov sadržaj čini ista obaveza isplate akreditivne sume. Međutim, postoje i shvatanja da su osnovni pravni odnosi u akreditivu potpuno nezavisni odnosi.

U radu se analiziraju: pojam, elementi i zakonska regulativa pravnog posla akreditiva u našoj zemlji. Ispituju se i pravni odnosi u poslu, te se utvrđuje njihova pravna priroda, kao i pravna priroda posla akreditiva. Posebna pažnja u radu posvećuje se institutu saopštenja o otvaranju akreditiva i međuzavisnosti osnovnih pravnih odnosa u poslu. Zakonska regulativa akreditiva izaziva brojne probleme i sporove oko njihovog rešavanja, te je osnovni cilj ovog rada prikaz rešenja osnovnih problema u poslu. To nalaže pravna sigurnost. Od ovih rešenja zavisi adekvatna primena odgovarajućih pravnih normi.

2. Akreditiv u domaćem pravu

2.1. Pojam i elementi pravnog posla akreditiva

Izraz akreditiv potiče od latinske reči *accreditivum* i u pravnom smislu označava punomoćje jednog lica da izvrši plaćanje nekom drugom ovlašćenom licu (Vukadinović, 2012: 791). Akreditiv je pravni posao koji nastaje zaključenjem ugovora o otvaranju akreditiva, na osnovu koga se daje saopštenje o otvaranju akreditiva.³

2 Između nalagodavca i korisnika akreditiva zasniva se i pravni odnos iz osnovnog posla koji sadrži akreditivnu klauzulu.

3 Otvaranje akreditiva znači zaključenje ugovora o otvaranju akreditiva, odnosno prihvatanje naloga od strane akreditivne banke. ZOO ovaj ugovor naziva „Akreditiv“ (čl. 1072, st. 2, čl. 1074 i čl. 1076).

Ugovorom o otvaranju akreditiva (u daljem tekstu: ugovor) obavezuje se akreditivna banka da izvrši akreditivno saopštenje korisniku akreditiva, te da po ispunjenosti uslova iz ugovora (odnosno, uputstava nalogodavca), isplati određenu novčanu sumu (akreditivna suma) korisniku, dok se nalogodavac za otvaranje akreditiva obavezuje da banci plati naknadu za ovu uslugu. Ugovorne strane su nalogodavac akreditiva i akreditivna banka, dok je korisnik akreditiva ovlašćeno treće lice iz ugovora, u čiju korist je ugovor zaključen. Ovo je osnovni modalitet ugovora, a u praksi se ugovaraju i druge obaveze akreditivne banke. Takva je npr. obaveza akreditivne banke da angažuje drugu banku koja će potvrditi akreditiv ili će ga notifikovati (saopštiti). Ispunjenjem ovih obaveza banke nastaju novi pravni odnosi (ugovori) u pravnom poslu akreditiva.

Saopštenje o otvaranju akreditiva je izjava volje akreditivne banke kojim ona obaveštava korisnika akreditiva da je u njegovu korist otvorila akreditiv, odnosno da je u njegovu korist zaključila ugovor.⁴ Ovo saopštenje (obaveštenje) proizvodi određeno pravno dejstvo. Pojedini autori smatraju da je obaveštenje pravna činjenica iz koje nastaje pravni odnos između banke i korisnika akreditiva. Shvatanja o prirodi saopštenja u osnovi se dele na ona koja smatraju da je obaveštenje jednostrani pravni posao akreditivne banke i na ona koja smatraju da je obaveštenje ponuda banke za zaključenje ugovora upućena korisniku.

Termin „Akreditivi”, koji se u ZOO-u koristi za naziv glave trideset i sedme, ukazuje na: teškoću određivanja jedinstvenog pojma akreditiva, prevashodno zbog postojanja više njegovih modaliteta i na složenost pravnih odnosa koji egzistiraju u njemu.⁵

2.2. Zakonska regulativa akreditiva

U čl. 1072, st. 1 ZOO-a data je definicija pojma osnovnog modaliteta ugovora o otvaranju akreditiva.⁶ Naime, prihvatanjem zahteva nalogodavca za

4 U literaturi se termin akreditiv koristi i kao sinonim za ovo saopštenje. U ovom radu termin akreditiv koristi se u širem smislu za označenje pravnog posla akreditiva i u užem smislu za označenje ugovora o otvaranju akreditiva. To je u skladu sa pozitivnim zakonodavstvom Republike Srbije. Saopštenju više odgovara termin akreditivno pismo ili akreditivno saopštenje, mada se i ovi termini u teoriji koriste da označe ugovor o otvaranju akreditiva.

5 Zakonske norme o akreditivu, s obzirom na korišćenu zakonodavnu tehniku i upotrebljenu terminologiju, predstavljaju izazov za tumačenje (čl. 1072–1082 ZOO-a).

6 Pomenu ti član ZOO-a ne nosi kao kod drugih pravnih poslova naziv „Pojam posla”, već naziv „Obaveza akreditivne banke i forma akreditiva”. Sa držaj zakonske

otvaranje akreditiva, akreditivna banka se obavezuje da će korisniku akreditiva isplatiti određenu novčanu svotu ako do određenog vremena budu ispunjeni uslovi navedeni u nalogu za otvaranje akreditiva. Ugovor mora biti sačinjen u pisanoj formi.⁷ Radi se o imperativnoj zakonskoj normi.

Nalogodavac je vezan izdatim nalogom od trenutka kad je nalog prispeo banci.⁸ Nalog je ponuda za zaključenje ugovora. Po pravilu, u delatnost poslovnih banaka spada izvršavanje takvih naloga. Lice u čiju poslovnu delatnost spada vršenje naloga za obavljanje određenih poslova dužno je da izvrši dobijeni nalog ako ga nije odmah odbilo.⁹ Ako ponuda, odnosno nalog nije odbijen, smatra se da je ugovor o otvaranju akreditiva zaključen u trenutku kada je ponuda, odnosno zahtev nalogodavca za otvaranje akreditiva stigao banci.¹⁰ Nalog se po pravilu sastavlja na unapred propisanom obrascu.¹¹ Zakon ne isključuje situaciju u kojoj bi

definicije ne čini obaveza davanja akreditivnog saopštenja, ali ona proizlazi iz drugih zakonskih normi.

7 Čl. 1072, st. 2 ZOO-a. Isto je propisano i u čl. 7, st. 1 Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga, „Sl. glasnik RS” br. 36/2011, 139/2014, 45/2018. Građanski zakonik Republike Srbije – Radni tekst, od 29. maja 2015. godine – GZRS (R. t.) ne propisuje pisanu formu kao obaveznu formu ugovora. Među tim, većina evropskih opštih uslova poslovanja banaka sadrže normu po kojoj se nalozi upućeni banci sačinjavaju u pisanoj formi.

8 Čl. 1073, st. 2 ZOO-a. U Zakonu je za momenat od kada ponuda obavezuje nalogodavca prihvaćena teorija prijema od strane akreditivne banke.

9 Čl. 42, st. 4 ZOO-a.

10 Čl. 42, st. 5 ZOO-a.

11 Nalog za otvaranje akreditiva, kao poseban bankarski obrazac, najčešće sadrži sledeće elemente: 1. podatke o nalogodavcu, podatke o akreditivnoj banci i o korisniku akreditiva, 2. mesto, datum i broj akreditiva – po pravilu mesto i datum će biti karakteristike zaključenog ugovora o otvaranju akreditiva, 3. vrst akreditiva, 4. rok važenja akreditiva, 5. učešće drugih banaka, 6. iznos obaveze plaćanja, tzv. akreditivnu sumu, 7. način isplate akreditivne sume (npr., plaćanje po viđenju odnosno u gotovom, sa odloženim plaćanjem, u z akcept ili negociranjem), 8. obične i dokumentarne uslove za isplatu, 9. normu da akreditiv podleže jednoobraznim pravilima i običajima za dokumentarne akreditive, 10. odredbu o tome ko snosi akreditivnu proviziju i troškove, da li nalogodavac ili korisnik (prema čl. 27 Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga, ugovori o bankarskim uslugama sadrže vrstu i visinu svih naknada i drugih troškova koji padaju na teret nalogodavca, odnosno korisnika akreditiva). Korisnik akreditiva nikada ne može biti obavezan da obezbedi pokriće akreditivne sume, jer se to protivi prirodi posla, 11. druge elemente prema okolnostima posla. Ukoliko banka nije odmah odbila nalog za otvaranje akreditiva, on će tanjem banke postaje ugovor o otvaranju akreditiva. Moguće je da ova bankarska forma sadrži pečat i potpis banke,

akreditivna banka učinila ponudu za zaključenje ugovora o otvaranju akreditiva. To je moguće i po Jednoobraznim pravilima i običajima za dokumentarne akreditive.¹² Ova Pravila rezultat su činjenice da globalno tržište zahteva stvaranje jednoobraznog nadnacionalnog režima za spoljnotrgovinsko poslovanje (Divljak, 2006: 322). Za nalog, tako i za sam ugovor o otvaranju akreditiva nije, po Jednoobraznim pravilima, neophodna pismena forma (Vilus, Carić, Šogorov, Đurđev, Divljak, 2008: 484). Za formu akreditiva sa elementom inostranosti treba konsultovati i zakonske norme o rešavanju sukoba zakona.¹³ Ugovaranjem JPODA, ugovorne strane određuju pravna dejstva konkretnog ugovora, ali to ne utiče na institut opšteg ugovora o otvaranju akreditiva, koji je regulisan u ZOO-u.

Osnovne ugovorne obaveze nalagodavca su: da akreditivnoj banci isplati ugovorenu naknadu za izvršenu uslugu (akreditivnu proviziju), da naknadi troškove posla koji nisu uračunati u proviziju, da na ugovoren način obezbedi pokriće za isplatu akreditivne sume i da daje banci potrebna uputstva i informacije. Osnovne obaveze akreditivne banke su: obaveza da korisnika akreditiva obavesti o činjenici da je za njegov račun otvoren akreditiv i da mu isplati akreditivnu sumu po ispunjenosti uslova. Banka može imati i druge obaveze, u zavisnosti o kojoj vrsti akreditiva se radi.¹⁴ Za obavezu saopštenja u ZOO-u nije izričito propisana pisana forma, niti način njegovog davanja.¹⁵

u kojoj situaciji se ugovor o otvaranju akreditiva zaklju čuje izričitim bančnim prihvatom ponude nalagodavca.

12 Jednoobrazna pravila i običaji za dokumentarne akreditive – JPODA, UCP600, MTK PARIZ, primenjiva od 1. jula 2007. O prirodi Pravila, postoje shvatanja da su ona običaji, opšti uslovi poslovanja, meko pravo ili *sui generis* au tonomni izvor prava. Zbog mogućeg spora oko njihove primene na konkretan ugovor, najbolje je njihovu primenu izričito ugovoriti. Ova Pravila uređuju brojna pitanja o dokumentarnim akreditivima, a ukoliko se ugovore, ona st upaju na mesto ugovornih odredbi i derogiraju dispozitivne zakonske norme. Definicija akreditiva data je u čl. 2 JPODA.

13 Čl. 7 Zakona o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja „Sl. list SFRJ”, br. 43/82 i 72/82, „Sl. list SRJ”, br. 46/96 i „Sl. glasnik RS”, br. 46/2006.

14 Npr. obaveze u vezi ispitivanja ispunjenosti uslova za isplatu akreditivne sume.

15 Zbog ove pravne praznine može biti sporno da li se usmeno saopštenje korisniku akreditiva da je u njegovu korist otvoren akreditiv određene sadržine može smatrati pravno valjanim. Moguće je nekoliko rešenja ovog problema. Prema prvom rešenju, odredbu čl. 1072, st. 2 ZOO-a, treba primeniti i na akreditivno saopštenje. Pored toga, banka je ovde du žna da postupa s povećanom pažnjom, prema pravilima struke i običajima. U bankarskoj praksi uobičajilo se da se ovo saopštenje daje u pisanoj formi. Ukoliko se ugovor o otvaranju akreditiva odredi kao ugovor u korist trećeg lica, a saopštenje kao specifična forma kojom se menja ili dopunjuje dejstvo ugovora,

Saopštenje se može izvršiti predajom korisniku primerka ugovora o otvaranju akreditiva ili na drugi uobičajen način (npr. *swift* pisano obaveštenje, po pravilu bez komercijalnih podataka o proviziji ove usluge). Međutim, prema čl. 13 Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga, koji uređuje pravo na obaveštenje, korisnik ima pravo da od banke, u pisanoj formi ili na drugom trajnom nosaču podataka, bez naknade dobije informacije, podatke i instrukcije koji su u vezi s njegovim ugovornim odnosom s bankom, na način i u rokovima utvrđenim ugovorom (ovo je pravo nalagodavca i korisnika akreditiva).

Banka je obavezna prema korisniku od dana kada mu je otvaranje akreditiva saopšteno.¹⁶ U članu 76 JPODA navodi se da je akreditivna banka u neopozivoj obavezi da honoriše dokumente od momenta kada izda akreditiv. Pod momentom izdavanja akreditiva bi trebalo, u skladu sa već ustanovljenom praksom, smatrati momenat dospeća pisanog saopštenja o otvorenom akreditivu u ruke korisnika, odnosno u njegove poslovne prostorije. Takvo saopštenje se naziva i operativnim akreditivom ili operativnim instrumentom (Vukadinović, 2012: 797–798). ZOO ne propisuje sadržinu saopštenja. Uobičajeno se u ovom saopštenju navodi akreditivna suma, akreditivni uslovi i rok za njihovo ispunjenje, kao i drugi neophodni podaci za identifikaciju otvorenog akreditiva.

Ukoliko se ugovor o otvaranju akreditiva shvati kao ugovor u korist trećeg lica, u poslu akreditiva mora da postoji jedinstvena akreditivna suma i jedinstveni akreditivni uslovi.¹⁷ To će značiti da sadržina akreditivnog saopštenja, u pogledu pomenutih pitanja, mora odgovarati sadržini ugovora. U slu čaju grešaka u saopštenju o ovim pitanjima, važila bi sadržina ugovora. Tako, banka koja otvara dokumentarni akreditiv dužna je da izvrši klauzule plaćanja pod uslovima predviđenim u akreditivu, odnosno ugovoru o otvaranju akreditiva.¹⁸ Kako ZOO ne propisuje izričito obaveznu sadržinu saopštenja, dovoljno bi bilo u njemu navesti podatke na osnovu kojih se može identifikovati konkretan ugovor o otvaranju akreditiva, uz pravo korisnika da se upozna sa njegovom sadržinom. Kao profesionalna organizacija, banka je dužna da daje korisniku potrebne informacije i objašnjenja.¹⁹

na osnovu čl. 67, st. 2 ZOO-a, obavezna bi bila pisana forma za ovo saopštenje. Zbog mogućih sporova oko ovog pitanja, najbolje je ugovoriti pisanu formu saopštenja.

16 Čl. 1073, st. 1 ZOO-a.

17 Vid. čl. 149, ZOO-a.

18 Čl. 1076 ZOO-a u vezi sa čl. 1072. Vid. i čl. 1080 ZOO-a.

19 Banka je du žna da klijentu, na njegov zahtev, obezbedi informacije iz poslovnog odnosa klijenta i banke. Norma je sadržana u čl. 44 Zakona o bankama, „*Sl. glasnik*

Ugovor o otvaranju akreditiva je nezavisan od ugovora o prodaji ili drugog pravnog posla povodom koga je akreditiv otvoren.²⁰ Navedeni poslovi su osnovni pravni poslovi, koji sadrže tzv. akreditivnu klauzulu. Akreditivnom klauzulom obavezao se dužnik iz osnovnog posla (nalogodavac za otvaranje akreditiva, npr. kupac robe) prema poveriocu iz osnovnog posla (korisniku akreditiva, npr. prodavac robe), da će za račun poverioca, na ugovoren način, zaključiti ugovor o otvaranju akreditiva sa akreditivnom bankom. Učesnike u poslu akreditiva obavezuje sadržina ugovora o otvaranju akreditiva, bez obzira na sadržaj i punovažnost ugovora iz osnovnog posla.²¹

Pored opštih normi o akreditivu, ZOO sadrži i posebne norme o dokumentarnom akreditivu.²² Dispozitivne zakonske norme ugovorne strane mogu derogirati izričito ili ugovaranjem odgovarajućih pravila, kakva su npr. pravila JPODA. Kako će se videti, na akreditiv se primenjuju i norme drugih specijalnih zakona.

2.3. Pravni odnosi u akreditivu

Prvi pravni odnos u akreditivu je odnos između nalogodavca akreditiva i akreditivne banke. Ovaj odnos nastaje zaključenjem ugovora o otvaranju akreditiva. U nedostatku posebnih zakonskih normi o ugovoru, na njega se primenjuju opšte norme ZOO-a o ugovoru u korist trećeg lica i o ugovoru o nalogu, u meri u kojoj se one mogu primeniti, s obzirom na karakter akreditiva. Obavezu isplate akreditivne sume banka preuzima u svoje ime, za račun nalogodavca, a u korist korisnika akreditiva. Ugovorom se banka istovremeno i ovlašćuje na davanje saopštenja i isplatu akreditivne sume.²³ Na osnovu ugovora, nalogodavac ima pravo da od banke zahteva ispunjenje obaveze saopštenja i obaveze isplate akreditivne sume. Ako

RS " br. 107/2005, 91/2010, 14/2015. Ovo pravo, po prirodi posla akreditiva, nakon saopštenja da je otvoren akreditiv, pripada i korisniku akreditiva. Pravo zahteva da banka izvrši akreditivno saopštenje ima nalogodavac akreditiva (čl.149, st.

2 i shodna primena čl. 1078 ZOO-a iz koga se vidi da je nalogodavac gospodar posla). Sporno je da li pored nalogodavca i korisnik ima pravo da zahteva od banke izvršenje saopštenja o otvaranju akreditiva, ukoliko on na neki drugi način sazna da je akreditiv otvoren. Čini se da pravila ZOO-a ne daju osnov za ovo pravo korisnika.

20 Čl. 1074 ZOO-a.

21 Isplatom akreditivne sume, po pravilu se gasi i obaveza plaćanja iz osnovnog posla.

22 Vid. čl. 1075-1082 ZOO-a.

23 Čl. 742, st. 2 ZOO-a.

korisnik odbije isplatu akreditivne sume, ona pripada nalogodavcu.²⁴ Isto važi i za slučaj opoziva akreditiva ili ako korisnik ne ispuni akreditivne uslove. Ovo stoga što pokriće akreditivne sume obezbeđuje nalogodavac. Akreditivna banka ima pravo na akreditivnu proviziju od nalogodavca i kada ona nije ugovorena. U tom slučaju nalogodavac dužuje naknadu u uobičajenoj visini, a ako o tome nema običaja, onda pravičnu naknadu.²⁵ Pojedina pravila su zbog posebnosti ugovora neadekvatna, a takvo je pravilo iz čl. 760 ZOO-a, budući da je objektivne rizike obavljanja stručnog posla bankarskih usluga banka dužna sama da snosi (Šogorov, 2009: 130).²⁶ Kako je ugovor posebna vrsta ugovora o pružanju usluga, na njega se primenjuju i odgovarajuća pravila specijalnih zakona.²⁷

Drugi pravni odnos koji nastaje na osnovu ovog ugovora je odnos između akreditivne banke i korisnika akreditiva. Međutim, on proizvodi svoje pravno dejstvo od dana kada je korisniku saopšteno otvaranje akreditiva.²⁸ O prirodi saopštenja postoji spor među autorima.²⁹

Korisnik akreditiva ima sopstveno i neposredno pravo prema banci na isplatu akreditivne sume.³⁰ Isto tako, banka ima samostalnu i neposrednu obavezu prema korisniku.³¹ Obaveza plaćanja banke prema korisniku nije nezavisna obaveza. Naime, iako kod akreditiva postoje dva osnovna pravna odnosa, u njima ne postoje dve sadržinski različite obaveze plaćanja, već postoji jedna ista obaveza. Uslove ove obaveze određuje nalogodavac, a ne banka u saopštenju kojim se korisnik samo obaveštava o njima. Tako prema čl. 1080, st. 1 ZOO-a, banka je dužna da ispita da li su dokumenti u svemu saobrazni zahtevima nalogodavca, dok prema čl. 1682, st. 1 GZRS-R.t. banka je dužna da ispita usklađenost prezentovanih dokumenata sa uslovima iz akreditiva odnosno ugovora (načelo stroge saobraznosti). Izvršenjem obaveze plaćanja, banka izvršava svoju obavezu i prema nalogodavcu i prema korisniku akreditiva. Na ovaj odnos se u nedostatku posebnih zakonskih pravila, primenjuju iste opšte zakonske norme kao i na prvi

24 Čl. 152 ZOO-a.

25 Čl. 761 ZOO-a.

26 Po prirodi posla, nije primenjiva ni norma iz čl. 150, st. 2 ZOO-a.

27 To su npr. Zakon o bankama i Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga. Značajan institut, koji ne postoji kod opšteg ugovora o nalogu je institut bankarske tajne.

28 Čl. 1073, st. 1 ZOO-a.

29 Vid. detaljnije u delu teksta pod 2.4.

30 Čl. 149, st. 1 ZOO-a.

31 Čl. 1079, st. 1 ZOO-a i čl. 1680 GZRS-R.t.

pravni odnos. Isplatom akreditivne sume, gasi se i obaveza plaćanja nalagodavca iz osnovnog pravnog posla (Graf, 2018: 92).

Osnovni pravni odnosi nisu poptuno nezavisni odnosi i iz drugog razloga. Akreditivna banka može istaći korisniku akreditiva sve prigovore koje ima prema nalagodavcu akreditiva, po osnovu ugovora o otvaranju akreditiva.³² U nekim pravima, banka može korisniku istaći čak i prigovore iz osnovnog posla između njega i nalagodavca (Graf, 2018: 91). Prema našem pozitivnom zakonodavstvu, prigovore iz osnovnog posla banka ne može da istakne.³³

Na osnovu ugovora, konstituiše se i treći pravni odnos u akreditivu, u kome učestvuju akreditivna banka, nalagodavac i korisnik akreditiva. Primer sadržine ovog odnosa je pravo svih zainteresovanih strana da učestvuju u zaključenju sporazuma kojim se kod neopozivog akreditiva obaveza plaćanja ukida ili menja.³⁴ GZRS-R.t. je jasniji po ovom pitanju, jer u čl. 1680, st. 3, zahteva saglasnost svih učesnika u poslu i to nalagodavca, korisnika i akreditivne banke. Ovaj pravni odnos je po svojoj prirodi *sui generis* odnos. On je jedan od razloga zbog čega se navedeni pravni odnosi ne mogu smatrati potpuno nezavisnima jedan od drugog.

Pravni odnos između nalagodavca i korisnika akreditiva je odnos iz osnovnog posla (npr. ugovor o prodaji) povodom koga akreditiv nastaje, ali i četvrti odnos koji se uspostavlja u poslu akreditiva. Primer za to bila bi obaveza korisnika akreditiva da obavesti nalagodavca da ne prihvata izvršeno saopštenje od strane banke, kako bi eventualno nalagodavac mogao zahtevati da banka izvrši saopštenje u skladu sa ugovorom, odnosno da omogući korisniku upoznavanje sa njegovom sadržinom.³⁵ Po svojoj prirodi, to je *sui generis* odnos.

Peti pravni odnosi u akreditivu su odnosi koji se javljaju u češćem drugih banaka (tzv. korespodentne banke) u poslu. Tada se uspostavljaju: odnos između akreditivne banke i korespodentne banke, odnos između korespodentne banke i korisnika akreditiva i odnos između korespodentne banke i nalagodavca akreditiva. Priroda ovih odnosa zavisi od okolnosti slučaja, pre svega od toga da li se korespodentna

32 Čl. 151 ZOO-a. To je npr. prigovor ništavosti ugovora, prigovor opoziva ugovora i slično. Ovo proizlazi iz jedinstvenosti obaveze plaćanja, odnosno jedinstva posla akreditiva.

33 Čl. 1074 ZOO-a.

34 Čl. 1079, st. 2 ZOO-a.

35 Ovo proizlazi iz prirode akreditiva, te kako će se videti i iz pravila o poslu upućivanja.

banka javlja u ulozi potvrđujuće ili avizirajuće banke (Vid. Detaljnije Šogorov, 2009: 210–211).

2.4. Saopštenje o otvaranju akreditiva i međuzavisnost osnovnih pravnih odnosa

U ZOO-u nije izričito rešeno pitanje prirode saopštenja o otvaranju akreditiva. Shvatanje o saopštenju, po kome je ono ponuda za zaključenje ugovora koju banka čini korisniku akreditiva, izaziva niz pravnih teškoća.³⁶ Ako bi se prihvatilo ovo shvatanje, u pravnom poslu akreditiva bi postojali ugovor o otvaranju akreditiva i ugovor o potvrđivanju akreditiva. Time bi postajale dve nezavisne obaveze banke da izvrši isplatu akreditivne sume, koje bi se po svojoj sadržini mogle razlikovati. U akreditivu, postojala bi dva pravna posla, odnosno negiralo bi se jedinstvo akreditiva. Pre svega, ovo shvatanje ne objašnjava zakonsku normu po kojoj je obaveza kod akreditiva jedinstvena po svojoj sadržini, odnosno koja može biti ukinuta ili izmenjena samo saglasnošću nalogodavca akreditiva, akreditivne banke i korisnika akreditiva.³⁷ Stoga se čini svrsishodnim rešenje po kome saopštenje ima određeno posebno pravno dejstvo.

Saopštenje akreditivne banke po svojoj prirodi je odložni uslov pravnog dejstva ugovora o otvaranju akreditiva u pogledu obaveze isplate akreditivne sume i ujedno događaj od koga se računaju rokovi za ispunjenje akreditivnih uslova od strane korisnika. Izvršeno saopštenje predstavlja trenutak od koga akreditiv vezuje banku prema korisniku, na način da ga ona više ne može izmeniti ili opozvati po zahtevu nalogodavca ili po sopstvenoj inicijativi.³⁸ Prema ZOO-u, ugovor je zaključen pod uslovom ako njegov nastanak (u celosti ili delimično) zavisi od neizvesne činjenice. Ovde kao odložni uslov fungira prijem obaveštenja o otvaranju akreditiva od strane korisnika akreditiva.

Banka je obavezna prema korisniku od dana kada mu je otvaranje akreditiva saopšteno.³⁹ Ovde se misli na obavezu plaćanja akreditivne sume. Zakon

36 Isto važi i za shvatanje da je saopštenje jednostrani pravni posao banke.

37 Čl. 1079, st. 2 ZOO-a.

38 Rečeno se odnosi samo na neopozive akreditive. Svaki neopozivi akreditiv je opoziv do dana kada je korisniku akreditiva saopšteno otvaranje akreditiva (tako i čl. 76 JPODA). Za opšti ugovor u korist trećeg lica propisan je drugi momenat za mogućnost opozivanja koristi za trećeg (čl. 150, st. 1 ZOO-a). Razlika se sastoji i u subjektu koji je po zakonu ovlašćen da opozove koristi.

39 Čl. 1073, st. 1 ZOO-a.

ne propisuje da obaveza za banku nastaje, već da ona vezuje banku, odnosno proizvodi pravno dejstvo od tog momenta. Pogrešno se uzima da od uslova zavisi nastanak ili prestanak pravnog posla umesto nastanak ili prestanak pravnog dejstva pravnog posla (Popov, 2007: 137). Dakle, zaključenjem ugovora o otvaranju akreditiva obaveza isplate akreditivne sume nastaje, ali počinje proizvoditi pravno dejstvo od dana prijema saopštenja.⁴⁰ Do tog momenta, ni nalogodavac akreditiva, niti korisnik akreditiva nemaju pravo zahtevati isplatu akreditivne sume od banke, čak ni u situaciji da su ispunjeni akreditivni uslovi. Do momenta obaveštenja angažuju se druge banke, banka radi na uspostavljanju kontakta sa korisnikom akreditiva, vrši se provera njegovog identiteta, nalogodavac obezbeđuje dodatne informacije i eventualno pokriće akreditivne sume. Međutim, do tog momenta, nalogodavac ima pravo da zahteva od akreditivne banke da izvrši odgovarajuće saopštenje, odnosno pravo da zahteva nastupanje odložnog uslova za potpuno pravno dejstvo ugovora.⁴¹

Izvršenjem saopštenja, počinje računanje rokova za ispunjenje uslova od strane korisnika akreditiva. Ako bi banka bila u obavezi da izvrši isplatu od momenta zaključenja ugovora o otvaranju akreditiva, od istog momenta počeli bi da teku rokovi za korisnika. To bi moglo dovesti do situacije da korisniku akreditiva proteknu rokovi za ispunjenje uslova, a da on nije obavešten o otvaranju akreditiva u njegovu korist. Na taj način, protekom roka nepravično bi se ugasila obaveza na isplatu akreditivne sume ili bi se nepravično skratio rok za ispunjenost uslova.

Pravni odnos akreditivne banke i nalogodavca akreditiva i odnos akreditivne banke i korisnika akreditiva su odnosi (samostalni, neposredni, ne i nezavisni) iz jednog ugovora u korist trećeg lica, čije sadržine se razlikuju, ali su obaveza isplate akreditivne sume i njeni uslovi isti za oba pravna odnosa. Postoji više razloga za takvu tvrdnju. Prvo, ZOO ne propisuje da se radi o dva potpuno nezavisna

40 Ovo se primenjuje i prema nalogodavcu. Bilo bi protivno prirodi posla da nalogodavac od momenta zaključenja ugovora ima pravo da zahteva da banka izvrši isplatu akreditivne sume korisniku. Prvo se mora izvršiti saopštenje o otvaranju akreditiva.

41 Smatra se da je uslov ostvaren ako njegovo ostvarenje, protivno načelu savesnosti i poštenja, spreči strana na čiji je teret određen (čl. 74, st. 4 ZOO-a). U slu čaju neopravdanog odugovlačenja banke da izvrši saopštenje, obaveza isplate akreditivne sume može, shodno navedenom, po sili zakona početi proizvoditi pravno dejstvo i to prema okolnostima slu čaja. Eventualna odluka suda o tome imala bi deklarativno dejstvo. Tu treba voditi računa o saznanju korisnika akreditiva o otvorenom akreditivu, kako rokovi za ispunjenje uslova ne bi nepravično tekli.

pravna odnosa, kao što to čini sa odnosom akreditiva i osnovnog posla (stoga akreditiv predstavlja obezbeđenje plaćanja iz osnovnog posla, jer obaveza banke može da postoji i u slučaju ništavosti osnovnog posla).⁴²

Drugo, od korelacije pravnih odnosa zavisi pravo banke na odgovarajuće prigovore. Ukoliko bi se ovi odnosi shvatili kao nezavisni odnosi, banka bi mogla korisniku akreditiva istaći prigovore koji se tiču punovažnosti saopštenja, prigovore koji se zasnivaju na sadržini saopštenja, kao i lične prigovore banke prema korisniku akreditiva. Banka tada ne bi imala pravo na prigovor neispunjenja ugovora od strane nalogodavca, prigovor nevažnosti ugovora o otvaranju akreditiva i slično, što nije u skladu sa ekonomskim interesima banaka. Treće, razlike u mogućim sadržajima prava i obaveza iz ovih odnosa, ukoliko bi se oni smatrali potpuno nezavisnima, doveli bi do niza pravnih teškoća (kao npr. u slučaju različite akreditivne sume iz saopštenja i iz ugovora o otvaranju akreditiva, korisnik i nalogodavac akreditiva imali bi pravo da zahtevaju različite sume). To bi opovrglo prirodu, tj. jedinstvo posla akreditiva i bilo bi u suprotnosti sa načelima ZOO-a, pre svih savesnosti i poštenja, zabrane zloupotrebe prava i načela jednake vrednosti davanja. Naime, ako bi se ovi odnosi okarakterisali kao nezavisni, banka bi imala dve nezavisne obaveze isplate u korist korisnika akreditiva. Jednu bi zahtevao korisnik akreditiva, na osnovu saopštenja kao konstitutivne pravne činjenice nezavisnog odnosa banke i korisnika, a drugu nalogodavac akreditiva, na osnovu ugovora o otvaranju akreditiva (ovde ne bi došla u obzir upotreba prigovora neosnovanog obogaćenja, odnosno dvostruke isplate istog duga). Četvrto, posebne zakonske norme o akreditivu u skladu su sa opštim normama ZOO-a o ugovoru u korist trećeg lica.⁴³ Nadalje, u prilog rečenom govore i čl. 1076, 1080 i naročito čl. 1079 ZOO-a. Ukoliko bi se radilo o dva nezavisna pravna odnosa, tj. o dve nezavisne obaveze, tada za izmene odnosa

42 Nezavisnost odnosa je izričito propisana npr. kod asignacionih i meničnih pravnih odnosa.

43 Vid. deta ljnije čl. 149 ZOO-a. Principijelno, ugovorom u korist trećeg ne mogu se ugovoriti obaveze trećeg lica. Zabunu može u praksi stvoriti činjenica da se ugovorom korisnik akreditiva, bez svoje volje, često „obavezuje” na plaćanje akreditivne provizije i troškova banci. Među tim, ovo nije u pravnom smislu obaveza korisnika akreditiva, već samo uslov od koga zavisi njegovo pravo na isplatu akreditivne sume. Akreditivna banka i nalogodavac akreditiva nemaju pravo sudskog zahteva isplate provizije i troškova od strane korisnika, ali imaju pravo prigovora neispunjenosti posebnog akreditivnog uslova.

ne bi bila potrebna saglasnost svih učesnika posla, već samo konkretne dve ugovorne strane, odnosno učesnika u jednom odnosu.⁴⁴

Priroda posla nalaže obavezu banci da u saopštenju prenese identičan sadržaj iz ugovora u pogledu njene obaveze plaćanja korisniku. To proističe iz načela ZOO-a. U slučaju grešaka, moguće su situacije manje i veće saopštene akreditivne sume od one iz ugovora, kao i pogrešno saopšteni uslovi.⁴⁵ Tada u česnike u poslu vezuje sadržaj ugovora o otvaranju akreditiva.

Potvrdu da se ne radi o nezavisnim pravnim odnosima predstavlja i mogućnost učešća confirmirajuće (potvrđujuće) banke u poslu akreditiva. Davanjem obaveštenja korisniku o tome da je akreditiv otvoren i od nje potvrđen, confirmirajuća banka preuzima novu, samostalnu i neposrednu obavezu prema korisniku. To znači da će korisnik akreditiva imati od tog trenutka dva neposredna zahteva kojima se može koristiti: može zahtevati isplatu akreditivne sume od confirmirajuće banke, može od akreditivne banke, a može i istovremeno od obe, s tim da naplatom od jedne gubi pravo naplate od druge (Šogorov, 2009: 210). Da se i na osnovu ovog obaveštenja uspostavlja nezavisan pravni odnos, isplatom akreditivne sume od strane jedne od banaka ne bi se ugasila obaveza isplate druge banke, odnosno banke ne bi bile u položaju solidarnih već samostalnih (nezavisnih) dužnika.

U prilog činjenice da su odnosi iz posla akreditiva, u pogledu obaveze i uslova plaćanja akreditivne sume, zavisni pravni odnosi, govori i institut opoziva akreditiva.⁴⁶ Opozivi akreditiv je posebna vrsta akreditiva koji banka može u svakom trenutku izmeniti ili opozvati.

44 U prilog rečenog govori i GZRS-R.t, koji je jasniji u pogledu definisanja akreditiva. Prema čl. 1675, akreditiv je bankarski posao kojim se banka po nalogu k lijenata (nalagodavca) obavezuje prema korisniku akreditiva da će mu staviti na raspolaganje određenu novčanu svotu ili akceptirati i isplatiti menicu u skladu sa uslovima navedenim u akreditivu.

45 Ukoliko se uzme da ugovor o otvaranju akreditiva nije ugovor u korist trećeg lica, te da iz saopštenja nastaje nezavisan pravni odnos između banke i korisnika akreditiva, u slu čaju manje sume iz saopštenja, korisnik bi imao pravo da zahteva od banke samo tu manju sumu. U slu čaju veće sume iz saopštenja, on bi imao pravo na celu sumu, a banka se ne bi mogla pozvati na neosnovano obogaćenje, jer je pravni osnov njene obaveze po teoriji o nezavisnim pravnim odnosima saopštenje. Mana ove teorije se ogleđa u tome da bi nalagodavac ili imao pravo da zahteva od banke isplatu po osnovu ugovora, što bi faktički značilo dvostruku isplatu istog duga, ili bi on imao samo pravo da zahteva davanje saopštenja, kako banka ne bi nepravilno plaćala dva pu ta. Ovakva rešenja bila bi u suprotnosti sa načelima obligacionog prava.

46 Čl. 1077–1078 ZOO-a.

Ako se akreditiv ne shvati kao jedinstven posao, odnosno skup povezanih odnosa, već kao skup dva nezavisna pravna odnosa, za ukidanje ovih odnosa neophodna bi bila dva opoziva (prestanaka): opoziv odnosa akreditivna banka-nalogodavac i odnosa akreditivna banka-korisnik akreditiva. Inače, kod ove vrste akreditiva je neophodna saglasnost nalogodavca, odnosno opoziv banka daje po zahtevu nalogodavca ili po sopstvenoj inicijativi, ali u interesu nalogodavca. Vidi se da je nalogodavac gospodar posla, kako između njega i banke, tako i između akreditivne banke i korisnika akreditiva. Po prirodi posla i intenciji zakonodavca, opozivom prestaju oba osnovna pravna odnosa iz akreditiva. To nalaže pravna sigurnost. Ako bi se akreditiv sveo samo na odnos akreditivne banke i korisnika akreditiva, koji je nezavisan od volje nalogodavca akreditiva, opozivom akreditiva i dalje bi postojao pravni odnos između banke i nalogodavca. Postojala bi obaveza plaćanja, čije bi ispunjenje nalogodavac i dalje mogao zahtevati. Sa druge strane, moglo bi doći i do zloupotrebe prava, ukoliko se prihvati teorija o nezavisnim pravnim odnosima. Tako bi npr. nalogodavac mogao zahtevati prestanak odnosa između njega i banke. U tom slučaju, banka ne bi imala pravo na pokriće akreditivne sume, a po konstitutivnoj prirodi saopštenja o otvaranju akreditiva, imala bi nezavisnu obavezu plaćanja čije bi ispunjenje mogao zahtevati korisnik akreditiva. Eventualno bi banka mogla koristiti prigovor zloupotrebe prava. Da bi se izbegli navedeni problemi, ispravno je smatrati da se radi o zavisnim osnovnim odnosima i da opozivom jednog pravnog odnosa iz akreditiva prestaje i drugi, bez obzira na pravnu kvalifikaciju opoziva.⁴⁷ Opozivi akreditiv je obaveza plaćanja za čiji prestanak nije neophodna saglasnost korisnika akreditiva kao kod neopozive obaveze.⁴⁸

Da je nalogodavac gospodar posla i da osnovni odnosi u akreditivu nisu potpuno nezavisni, dokazuje i postojanje instituta prenosivog i neprenosivog akreditiva.⁴⁹ Neprenosivi akreditiv postoji kada je, ugovorom o otvaranju akreditiva, ugovoreno da je on neprenosiv. Inače je

47 Interesantno je da zakonodavac koristi različitu terminologiju kod opozivog i neopozivog akreditiva. Kod opozivog akreditiva menja se ili opoziva akreditiv, dok se kod neopozivog akreditiva menja ili ukida obaveza banke prema korisniku. Za teoriju zavisnih odnosa i jedinstvene obaveze plaćanja akreditivne sume, preciznija je druga terminologija.

48 Pitanje troškova koje je imao korisnik akreditiva do opoziva nije posebno regulisano, te rešenja treba tražiti u opštijim pravilima ZOO-a, u zavisnosti od okolnosti slučaja (pravila o prestanku u ugovora, naknada štete, neosnovano obogaćenje i sl.).

49 Чл. 1082 300-a.

on po zakonskoj pretpostavci prenosiv. Prenosivost akreditiva znači da se po uputstvima prvog korisnika, plaćanje ima izvršiti nekom drugom licu. Ukoliko bi se radilo o nezavisnim pravnim odnosima, činjenica da je ugovoreno da je akreditiv neprenosiv ne bi proizvodila pravno dejstvo na pravo korisnika da izda banci uputstva o isplati drugome licu, što je u suprotnosti sa ZOO-om.

2.5. Pravna priroda akreditiva u našoj zemlji

Iako u bankarskoj praksi postoji više modaliteta ugovora o otvaranju akreditiva, a u pravnom poslu akreditiva postoje različiti pravni odnosi, pravna priroda akreditiva je jedinstvena. Rešenja po kojima je akreditiv podvrsta pravnog posla naloga ili mešoviti pravni posao, ne mogu se prihvatiti iz nekoliko osnovnih razloga. Kod akreditiva dominiraju elementi naloga, ali se u njemu mogu pojaviti i elementi drugih pravnih poslova. Pojedini pravni odnosi u akreditivu imaju *sui generis* pravnu prirodu. Specijalne norme ZOO-a o akreditivu, te karakteristika da se radi o bankarskom poslu i o finansijskoj usluzi, izdvajaju akreditiv kao poseban pravni posao.

U pravu Republike Srbije akreditiv je *sui generis* bankarski posao, koji u svoj pojam uklju čuje nekoliko pravnih odnosa, različitih po svojoj pravnoj prirodi.

Odnos koji se uspostavlja između nalogodavca akreditiva i akreditivne banke, po svojoj prirodi je ugovor o nalogu i ugovor u korist trećeg lica. U zavisnosti od okolnosti slu čaja, pre svega obaveze banke u vezi sa kontrolom ispunjenosti akreditivnih uslova, akreditiv može imati elemenata i ugovora o delu, punomoćja i drugih ugovora. Ukoliko se pokriće akreditivne sume od strane nalogodavca obezbeđuje nakon isplate akreditivne sume korisniku akreditiva, ovaj odnos ima elemenata i ugovora o kreditu.⁵⁰ Moguće je ugovoriti obavezu banke da akceptira menicu koju izdaje i na banku vuče korisnik akreditiva (nem. *Akzeptie-rungsakkreditiv*).

Odnos između akreditivne banke i korisnika akreditiva je odnos iz ugovora u korist trećeg lica. Oba osnovna odnosa nastaju na osnovu ugovora o otvaranju akreditiva i imaju svoju posebnu i zajedničku sadržinu.⁵¹

50 Akreditiv u svom pojmu sadrži termin kredit, pa se ovaj pravni posao ponegde posmatra kao kredit odgovornosti. Među tim, kredit odgovornosti, po pravilu, ne predstavlja pozitivnopravni institut.

51 U odnosu između akreditivne banke i nalogodavca, banka ima obavezu obaveštavanja korisnika akreditiva o otvaranju akreditiva, obavezu ispitivanja ispunjenosti

Akreditiv (kao posao naloga) je tročlani obligacioni odnos koji ima dva ovlašćenika (Graf, 2018: 92).

O drugim *sui generis* pravnim odnosima u akreditivu, kao i o odnosima koji se zasnivaju učestvom korespodentnih banaka, bilo je ranije reči.⁵² Kako se iz navedenog vidi, pravna priroda akreditiva pretežno se svodi na ugovor u korist trećeg lica i ugovor o nalogu, ali ovaj posao ima i sebi svojstvene elemente.⁵³

Akreditiv je bankarska usluga. Kod nas opšti ugovor o pružanju usluga nije posebno zakonski regulisan. Pravila o nalogu primenjuju se na sve usluge koje se ne mogu podvesti pod neki drugi tip ugovora (Goren, 1987: 111). Ugovorom o nalogu obavezuje se nalogoprimac (akreditivna banka) prema nalogodavcu (nalogodavac akreditiva) da za njegov račun (korist) preduzme određene poslove.⁵⁴ Nalogoprimac je dužan izvršiti nalog prema primljenim uputstvima, ostajući u njegovim granicama i u svemu paziti na interese nalogodavca i njima se rukovoditi.⁵⁵ Kod opozivog akreditiva, mogu se *mutatis mutandis* primeniti pravila o otkazu ugovora od strane banke.⁵⁶ Na posao se primenjuju i zakonska pravila o ugovoru u korist trećeg lica, a u zavisnosti od okolnosti slučaja i zakonske norme o drugim posebnim poslovima. S obzirom na njegovu prirodu,

akreditivnih uslova, obavezu isplate akreditivne sume korisniku akreditiva, obavezu prenosa nalogodavcu rezultata posla, kao i obavezu postupanja po uputstvima nalogodavca, dok je nalogodavac dužan da obezbedi pokriće akreditivne sume, naknadi bankarske troškove i proviziju, te daje potrebne informacije i uputstva. Obaveza saradnje je obostrana obaveza. U odnosu između akreditivne banke i korisnika akreditiva, banka ima sadržinski ist u obavezu ispitivanja uslova i isplate akreditivne sume kao kod prvog odnosa u akreditivu, dok korisnik akreditiva ima „obaveze” ispunjenja akreditivnih uslova, saradnje i druge, u zavisnosti od okolnosti slučaja (obaveze su uslovi).

52 Pravni odnosi između banaka po pravilu su neki od posebnih ugovora o nalogu, te nije dovoljno reći da se radi o nalogu, sa obzirom na različite zakonske norme o opštem ugovoru o nalogu i o posebnim ugovorima o nalogu.

53 Uvek se mora voditi računa da se u konkretnom slučaju ne radi o nekom drugom pravnom poslu, kakav je npr. rambursni kredit, kod koga akreditiv gubi svoju pravnu samostalnost.

54 Čl. 749, st. 1 ZOO-a.

55 Ovo između ostalog znači da sadržina saopštenja i ugovora o otvaranju akreditiva moraju biti identične. Uputstva, tj. uslove akreditiva određuje nalogodavac, a akreditivna banka ih samo saopštava, ne menjajući ih (osim izuzetno, ukoliko je to u skladu sa standardom dobrog stručnjaka).

56 Чл. 766 300-a.

na akreditiv se primenjuju i odgovarajuće norme iz Zakona o bankama i iz Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga.

Akreditiv ima sličnosti sa poslom asignacije i sa bankarskom doznakom.⁵⁷ Izuzetno, korišćenje pravila o asignaciji može doći u obzir u slučaju popunjavanja pravnih praznina kod akreditiva.⁵⁸ Suština doznake se sastoji u tome što banka dužnika, po nalogu svog komitenta, neposredno ili preko korespondentne banke isplaćuje nekom pravnom ili fizičkom licu određenu sumu novca (Šogorov, 2009: 185). Bankarska doznaka je po svojoj prirodi ugovor o nalogu.⁵⁹

Postoje i drukčiji stavovi o pojmu i prirodi akreditiva, odnosno pravnih odnosa u poslu. Tako, ugovor o otvaranju akreditiva se ne može smatrati ugovorom u korist trećeg lica, a odnosi koji se uspostavljaju između akreditivne banke i nalogodavca akreditiva i akreditivne banke i korisnika akreditiva su nezavisni pravni odnosi (Šogorov, 2009:

57 Akreditiv se ne može smatrati poslom upućivanja (asignacijom). Naime, upućivanjem jedno lice, upu tilac (asignant) ovlašću je drugo lice, upućenika (asignat) da za njegov račun izvrši nešto određenom trećem licu, primaocu upu ta (asignatar), a ovoga ovlašćuje da to izvršenje primi u svoje ime. Ovo je definicija ugovora o upućivanju, odnosno upu ta (ZOO, čl. 1020). Osnovna razlika je to da se ugovorom o otvaranju akreditiva banka obavezuje na plaćanje, dok kod ugovora o uputu upu tilac ovlašćuje upućenika, odnosno upućenik se ne obavezuje. Primalac upu ta stiče pravo da zahteva od upućenika ispunjenje, tek kada mu ovaj izjavi da prihvata upu t. Prihvatanje upu ta ne može se opozvati. Prihvatanjem upu ta nastaje ugovor o prihvatanju uputa (ili odnos na osnovu jednostrane izjave volje upućenika – prihvata uputa) između upućenika i primaoca uputa. Tek se u ovom odnosu konstituiše obaveza da se nešto izvrši. Za ovaj odnos, zakon izričito propisuje da je on nezavisan od odnosa između upu tioca i upućenika (ZOO, čl. 1022, st. 1).

58 Npr. primalac uputa nije dužan pristati na uput, ali je dužan da o svom odbijanju odmah izvesti upu tioca, inače će mu odgovarati za štetu. Pored toga, primalac upu ta koji je pristao na upu t dužan je pozvati upućenika da ga izvrši. Iz ovoga se zauzima stav da u poslu akreditiva pored odnosa svih u česnika, odnosa nalogodavac- akreditivna banka i odnosa akreditivna banka-korisnik akreditiva, postoji i odnos nalogodavac-korisnik akreditiva.

59 Prihvatanjem klijentovog naloga banka zaključuje ugovor o nalogu koji njoj stvara obavezu izvršavanja naloga isplate. Ugovorom se nalogodavac obavezuje prema banci na pokriće isplatne sume i na plaćanje bankarskih troškova i provizije. Razlika sa akreditivom je ta da je po pravilu doznaka bezuslovna, odnosno ispunjenost uslova ne ispituje banka nego eventualno nalogodavac (npr. plaćanje uz efektivnu isporuku, kod koje kupac pre davanja naloga za isplatu ima pravo da pregleda kupljenu robu). Pored toga ugovorom o bankarskoj doznaci, odnosno nalogom za plaćanje posredstvom banke, banka se obavezuje prema nalogodavcu, ali ne i prema korisniku doznake. Bankarska doznaka nije ugovor u korist trećeg lica i po pravilu treće lice saznaje za doznaku na osnovu stanja na svom računu.

209). To znači da je obaveza banke prema korisniku određena isključivo sadržinom obaveštenja. Autori koji smatraju da se radi o nezavisnim pravnim odnosima, saopštenje o otvaranju akreditiva određuju ili kao jednostrani pravni posao banke ili kao jednostranu izjavu volje banke, tj. kao ponudu banke za zaključenje ugovora upućenu korisniku akreditiva ili kao prihvatanje banke da zaključi ugovor sa korisnikom, s obzirom da je korisnik akreditiva dao svoju saglasnost u akreditivnoj klauzuli iz osnovnog posla.⁶⁰ U procesnopravnom smislu autonomija akreditiva ima za posledicu da se zabranjenim smatraju svi prigovori između banke i korisnika koji potiču iz navedenih odnosa: osnovnog posla, ugovora o izdavanju akreditiva i ugovora između izdavačke i korespondentnih banaka (Vukadinović, 2012: 801). Zakonodavac, međutim, postojanje obaveze banke prema korisniku ne uslovljava postojanjem ugovora o otvaranju akreditiva i ona, shodno ovom stavu, postoji prema korisniku od momenta kad je saopštenje o otvorenom akreditivu prispelo korisniku (Vukadinović, 2012: 799). Inače, na obaveštenje o otvaranju akreditiva ne mogu se primeniti pravila o legitimacionom papiru, pre svega jer se u legitimacionim papirima ne označava poverilac, a obaveštenjem se uvek označava korisnik akreditiva.

Uporednopravna saznanja o akreditivu, u pojedinim situacijama, pomažu nam prilikom tumačenja domaćih zakonskih normi. Sa druge strane, ukoliko se radi o akreditivu sa elementom inostranosti, kao merodavno pravo može biti primenjivo i inostrano pravo. Stoga će se na ovom mestu izneti primeri nekih elementarnih saznanja o akreditivu, sa napomenom da u većini zemalja ovaj posao nije posebno zakonom regulisan, te da u njima postoje različita shvatanja o njegovom pojmu, prirodi i o ostalim pitanjima posla.

U Švajcarskoj⁶¹ akreditiv postoji kada je nalogoprimac (najčešće banka) obavezan nalogom da izvrši isplatu novca određenom licu, sa

60 Poslednje nije u skladu sa zakonskim pravilom prema kome su akreditiv i osnovni posao pravno nezavisni. Čak i kada bi se prihvatio stav da se na osnovu saopštenja uspostavlja originaran i nezavisan pravni odnos između banke i korisnika, javlja se nova teškoća; da li se tada radi o *sui generis* pravnom odnosu, odnosno koja pravila se primenjuju na ovaj odnos u slučaju pravne praznine, koja je kauza banke kod takvog apstraktnog pravnog odnosa, kod koga se najčešće ne vidi obaveza nalogodavca za pokriće akreditivne sume i naknada akreditivne provizije. Inače, za apstraktne pravne odnose kao što su menični odnosi, javno obećanje nagrade i slično, uobičajeno je postojanje više posebnih zakonskih pravila, dok za saopštenje o otvaranju akreditiva, posebna zakonska pravila gotovo da ne postoje.

61 Švajcarska je jedna od retkih zemalja koja zakonom uređuje akreditiv kao poseban pravni posao.

ili bez limita, po zahtevu tog lica (Goren, 1987: 114). Iz navedenog se vidi da obaveza plaćanja akreditivne sume može biti bezuslovna. Akreditivna suma, kada se radi o akreditivu bez limita, određuje se od strane akreditovanog lica, korisnika akreditiva, u posebnom zahtevu. Međutim, nalog sadržan u akreditivu se smatra konačno prihvaćenim tek kada nalogoprimac prihvati definitivno određenu sumu, a zahtev korisnika akreditiva je samo svojevrsan predlog. Ovde se banka na osnovu zahteva korisnika, a pre odluke o definitivnom prihvatanju iznosa, obraća nalogodavcu radi instrukcija, s obzirom na činjenicu da on duguje pokriće ove sume (ako se nalogodavac složi, banka će prihvatiti obavezu).⁶² Pravna priroda akreditiva u ovom pravnom sistemu, što zavisi od okolnosti slučaja, pre svega može imati elemenata kredita, ugovora u korist trećeg lica i naloga.

Po nemačkoj teoriji, ugovorom o akreditivu obavezuje se banka da pod ugovorenim uslovima izvrši isplatu akreditivne sume korisniku akreditiva, dok se obaveza isplate smatra obavezom cilja, a ne sredstva.⁶³ Iz ove definicije se vidi da se akreditivni uslovi ugovaraju sa nalogodavcem. Ako se akreditiv okvalifikuje kao nalog, njegova priroda nije iscrpno određena; naprotiv još uvek postoji potreba da se pojedinačno ispitaju pravni odnosi u akreditivu, a na odnos između nalogodavca akreditiva i akreditivne banke ima mesta da se primene i pravila ugovora o delu (Canaris, 1975: 764–765). U odnosu akreditivne banke i korisnika akreditiva leži apstraktno obećanje obaveze (Canaris, 1975: 765). Posebna regulativa o poslu akreditiva u nemačkom pravu ne postoji, pa se na njega primenjuju pre svega opšti uslovi poslovanja banaka (Verlag, 1975: 912). Definicija, po kojoj akreditiv otvara banka, po zahtevu svog klijenta u korist trećeg lica i kojim se ona obavezuje na isplatu novca trećem licu, nedovoljno je precizna definicija i ona daje osnova da se akreditiv svede na odnos banke i korisnika (Verlag, 1975: 913). Postoje čak i shvatanja da je odnos klijenta i akreditivne banke odnos zajma ili kredita (Sarna, 1984: 22). S obzirom na razne pristupe o prirodi akreditiva, iscrpna zakonska definicija se pokazuje nužnom, jer kvalifikacija posla može dovesti do pravnih rezultata različitih od komercijalne prakse. Rečeno je da se u novijoj austrijskoj teoriji, akreditiv posmatra kao tročlani obligacioni odnos. Ovo shvatanje je

62 Rečeno predstavlja još jedan dokaz da odnos između akreditivne banke i korisnika je određen odnosom banka-nalogodavac.

63 To znači da banka ne bi odgovarala za neispunjenje obaveze isplate ako joj se to ne može pripisati u krivicu, npr. za situaciju kad korisnik odbija da primi urednu isplatu akreditivne sume.

najbliže shvatanju da je ugovor o otvaranju akreditiva i podvrsta ugovora u korist trećeg lica (tzv. pravni trougao).

3. Zaključak

U pravu Republike Srbije akreditiv je *sui generis* pravni posao koji nastaje zaključenjem ugovora o otvaranju akreditiva. U poslu egzistira nekoliko pravnih odnosa koji određuju njegovu pravnu prirodu, a osnovni odnosi u poslu su: odnos nalogodavac - akreditivna banka i odnos akreditivna banka - korisnik akreditiva. Iako se pravna priroda konkretnog akreditiva, voljom ugovornih strana može modifikovati, postoji tzv. opšta pravna priroda akreditiva iz ZOO-a. Kod akreditiva dominiraju elementi ugovora o nalogu, a ugovor na kome se zasniva ovaj posao jeste ugovor u korist trećeg lica. Akreditiv ima i sebi svojstvene elemente.

Akreditiv je bankarski posao, koji nastaje zaključenjem ugovora o otvaranju akreditiva, na osnovu koga se daje saopštenje o otvaranju akreditiva. U akreditivu mogu postojati i drugi ugovori, na osnovu kojih se zasnivaju novi pravni odnosi u poslu. To su, pre svega, ugovori između korespodentnih banaka. Oni su po svojoj prirodi pretežno neki od posebnih poslova naloga.

Ugovorom o otvaranju akreditiva, obavezuje se akreditivna banka da izvrši korisniku akreditiva saopštenje o otvorenom akreditivu, te da po ispunjenosti ugovorenih uslova, isplati akreditivnu sumu korisniku, dok se nalogodavac za otvaranje akreditiva obavezuje da banci plati naknadu za ovu uslugu. Ugovorne strane su nalogodavac akreditiva i akreditivna banka, dok je korisnik akreditiva ovlašćeno treće lice iz ugovora, u čiju korist je ugovor zaključen. Ovo je osnovni modalitet ugovora, a u praksi se ugovaraju i druge obaveze akreditivne banke.

Saopštenje o otvaranju akreditiva je izjava volje akreditivne banke, kojim ona obaveštava korisnika akreditiva da je u njegovu korist otvorila akreditiv, odnosno da je u njegovu korist zaključila ugovor. Ovo saopštenje proizvodi određeno pravno dejstvo.⁶⁴

Pojedini autori smatraju da je saopštenje pravna činjenica iz koje nastaje pravni odnos između banke i korisnika akreditiva. Shvatanja o prirodi saopštenja u osnovi se dele na ona koja smatraju da je ono

⁶⁴ Obaveštenjem o zaključenju ugovora o otvaranju akreditiva, u činjenom korisniku akreditiva, obaveza isplate akreditivne sume počinje da proizvodi pravno dejstvo. Od tog momenta teku rokovi za ispunjenje akreditivnih uslova, te obaveza plaćanja postaje neopoziva, ako se radi o neopozivom akreditivu.

jednostrani pravni posao akreditivne banke i na ona koja smatraju da je obaveštenje ponuda banke za zaključenje ugovora upućena korisniku. Iz takvih shvatanja proizlazi i stav po kome su osnovni pravni odnosi u poslu nezavisni odnosi. Ovakva shvatanja ne bi se mogla prihvatiti, jer se time negira jedinstvo pravnog posla akreditiva, odnosno govori se o postojanju posebnih pravnih poslova u akreditivu. Naime, akreditiv je jedinstven pravni posao, u kome, u pogledu svoje sadržine, postoji samo jedna obaveza isplate akreditivne sume. Iz činjenice postojanja iste obaveze isplate (postoje dva ovlašćenika) i iz drugih normi ZOO-a, proizlazi da su osnovni pravni odnosi u akreditivu međuzavisni odnosi. Prestankom jednog odnosa, po pravilu prestaje i drugi odnos.

Literatura/References

- Canaris, C. W. (1975). *Bankvertragsrecht*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, Berlin.
- Graf, G. (2018). *Bankvertragsrecht*. Wien: Lexis Nexis Verlag.
- Goren, S. (1987). *The Swis Federal Code of Obligations*. Littleton, Colorado: Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, The Netherlands.
- Sarna, L. (1984). *Letters of Credit*. Toronto: The Carswell Company Limited.
- Verlag, G. (1975). *Bankrecht*. Wiesbaden: Verlag Dr. Th. Gabler.
- Vilus, J., Carić, S., Šogorov, S., Đurđev, D., Divljak, D. (2008). *Međunarodno privredno pravo*. Novi Sad: Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.
- Vukadinović, R. (2012). *Međunarodno poslovno pravo*. Kragujevac: Udruženje za evropsko pravo, Kragujevac, Centar za pravo EU.
- Divljak, D. (2006). Međunarodni okviri spoljnotrgovinskog poslovanja. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*. 3/2005. 309–324.
- Popov, D. (2007). Modifikacija pravnog posla ugovaranjem uslova. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*. 1-2/2007. 137–153.
- Šogorov, S. (2009). *Bankarsko pravo*. Beograd-Sremska Kamenica: Fakultet za evropske pravno-političke studije Univerziteta Singidunum, Javno preduzeće Službeni glasnik.
- Zakona o bankama. *Sl. glasnik RS*. Br. 107. 2005. Br. 91. 2010. Br. 14. 2015.
- Zakon o obligacionim odnosima. *Sl. list SFRJ*. Br. 29. 1978. Br. 39. 1985. Br. 45. 1989. Br. 57. 1989. *Sl. list SRJ*. Br. 31. 1993.

Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga. *Sl. glasnik RS*. Br. 36. 2011. Br. 139. 2014. Br. 45. 2018.

Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja. *Sl. list SFRJ*. Br. 43. 1982. BR. 72. 1982. *Sl. list SRJ*. Br. 46. 1996. *Sl. glasnik RS*. Br. 46. 2006.

Građanski zakonik Republike Srbije-Radni tekst. 29. maj 2015. godine.

Jednoobrazna pravila i običaji za dokumentarne akreditive – JPODA, UCP600. *MTK PARIZ*. Primenjiva od 1. jula 2007.

Mario Vojnić Hajduk, PhD Student
Faculty of Law, University of Novi Sad

BASIC LEGAL ANALYSIS OF THE LETTER OF CREDIT IN SERBIAN LAW

Summary

In the law of the Republic of Serbia, there is special regulation on the letter of credit. However, certain legal problems still exist. The main problems are: the lack of a more complete legal definition of the letter of credit; using the same terms in different contexts with different meanings; undeveloped regulation on the notification on the opening of a letter of credit; and the issue whether the basic legal relations in the letter of credit are independent relations. This paper examines the basic issues and the institutes of the letter of credit. The starting position is that any legal transaction involving a letter of credit, content-wise, entails the same obligation to pay out the amount specified in the letter of credit, that the basic legal relations in the letter of credit are interdependent relations, and that the legal nature of the letter of credit is unique. The paper also points to the problems encountered in different conceptions on the basic issues pertaining to the letter of credit.

Key words: contract on opening a letter of credit, notification on opening a letter of credit, legal relations, legal nature, letter of credit, banking service.

III PRILOG

**Recognition and Enforcement of
Foreign Judgments**

**TWENTY-SECOND SESSION
(18 June – 2 July 2019)**



**Draft Convention on the recognition and enforcement of foreign judgments
in civil or commercial matters**

prepared by the Special Commission of May 2018

CHAPTER I – SCOPE AND DEFINITIONS

Article 1

Scope

1. This Convention shall apply to the recognition and enforcement of judgments relating to civil or commercial matters. It shall not extend in particular to revenue, customs or administrative matters.
2. This Convention shall apply to the recognition and enforcement in one Contracting State of a judgment given by a court of another Contracting State.

Article 2

Exclusions from scope

1. This Convention shall not apply to the following matters –
 - (a) the status and legal capacity of natural persons;
 - (b) maintenance obligations;
 - (c) other family law matters, including matrimonial property regimes and other rights or obligations arising out of marriage or similar relationships;
 - (d) wills and succession;
 - (e) insolvency, composition, resolution of financial institutions, and analogous matters;
 - (f) the carriage of passengers and goods;
 - (g) marine pollution, limitation of liability for maritime claims, general average, and emergency towage and salvage;
 - (h) liability for nuclear damage;
 - (i) the validity, nullity, or dissolution of legal persons or associations of natural or legal persons, and the validity of decisions of their organs;
 - (j) the validity of entries in public registers;
 - (k) defamation;
 - (l) privacy[, except where the proceedings were brought for breach of contract between the parties];]

- [m) intellectual property [and analogous matters];]
- [(n) activities of armed forces, including the activities of their personnel in the exercise of their official duties;]
- [(o) law enforcement activities, including the activities of law enforcement personnel in the exercise of official duties;]
- [(p) anti-trust (competition) matters].

2. A judgment is not excluded from the scope of this Convention where a matter to which this Convention does not apply arose merely as a preliminary question in the proceedings in which the judgment was given, and not as an object of the proceedings. In particular, the mere fact that such a matter arose by way of defence does not exclude a judgment from the Convention, if that matter was not an object of the proceedings.

3. This Convention shall not apply to arbitration and related proceedings.

4. A judgment is not excluded from the scope of this Convention by the mere fact that a State, including a government, a governmental agency or any person acting for a State, was a party to the proceedings.

5. Nothing in this Convention shall affect privileges and immunities of States or of international organisations, in respect of themselves and of their property.

Article 3 *Definitions*

1. In this Convention –

- (a) “defendant” means a person against whom the claim or counterclaim was brought in the State of origin;
- (b) “judgment” means any decision on the merits given by a court, whatever that decision may be called, including a decree or order, and a determination of costs or expenses by the court (including an officer of the court), provided that the determination relates to a decision on the merits which may be recognised or enforced under this Convention. An interim measure of protection is not a judgment.

2. An entity or person other than a natural person shall be considered to be habitually resident in the State –

- (a) where it has its statutory seat;
- (b) under whose law it was incorporated or formed;
- (c) where it has its central administration; or
- (d) where it has its principal place of business.

CHAPTER II – RECOGNITION AND ENFORCEMENT

Article 4 *General provisions*

1. A judgment given by a court of a Contracting State (State of origin) shall be recognised and enforced in another Contracting State (requested State) in accordance with the provisions of this Chapter. Recognition or enforcement may be refused only on the grounds specified in this Convention.

2. There shall be no review of the merits of the judgment in the requested State. [This does not preclude such examination as is necessary for the application of this Convention.]

3. A judgment shall be recognised only if it has effect in the State of origin, and shall be enforced only if it is enforceable in the State of origin.

4. If a judgment referred to in paragraph 3 is the subject of review in the State of origin or if the time limit for seeking ordinary review has not expired, the court addressed may –

- (a) grant recognition or enforcement, which enforcement may be made subject to the provision of such security as it shall determine;
- (b) postpone the decision on recognition or enforcement; or
- (c) refuse recognition or enforcement.

A refusal under sub-paragraph (c) does not prevent a subsequent application for recognition or enforcement of the judgment.

[[5. For purposes of paragraph 1, a judgment given by a court common to two or more States shall be deemed to be a judgment given by a court of a Contracting State if the Contracting State has identified the common court in a declaration to that effect, and either of the following conditions are met –

- (a) all members of the common court are Contracting States whose judicial functions in relation to the relevant matter are exercised by the common court, and the judgment is eligible for recognition and enforcement under Article 5(1)(c), (e), (f), (l), or (m); or
- (b) the judgment is eligible for recognition and enforcement under another sub-paragraph of Article 5(1)[, Article 5(3),] or under Article 6, and those eligibility requirements are met in a Contracting State whose judicial functions in relation to the relevant matter are exercised by the common court.]

OR

[5. For purposes of paragraph 1, a judgment given by a court common to two or more States shall be deemed to be a judgment given by a court of a Contracting State if the Contracting State has identified the common court in a declaration to that effect, and either of the following conditions are met –

- (a) all members of the common court are Contracting States whose judicial functions in relation to the relevant matter are exercised by the common court, and the judgment is eligible for recognition and enforcement under Article 5(1)(c), (e), (f), (l), or (m); or
- (b) the judgment is eligible for recognition and enforcement under another sub-paragraph of Article 5(1)[, Article 5(3),] or under Article 6, and those eligibility requirements are met in a Contracting State whose judicial functions in relation to the relevant matter are exercised by the common court.

6. A Contracting State may declare that it shall not recognise or enforce judgments of a common court that is the object of a declaration under paragraph 5 in respect of any of the matters covered by that declaration.

or

6. The declaration referred to in paragraph 5 shall have effect only between the Contracting State that made the declaration and other Contracting States that have declared their acceptance of the declaration. Such declarations shall be deposited at the Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands, which will forward, through diplomatic channels, a certified copy to each of the Contracting States.]]

Article 5
Bases for recognition and enforcement

1. A judgment is eligible for recognition and enforcement if one of the following requirements is met –

- (a) the person against whom recognition or enforcement is sought was habitually resident in the State of origin at the time that person became a party to the proceedings in the court of origin;
- (b) the natural person against whom recognition or enforcement is sought had his or her principal place of business in the State of origin at the time that person became a party to the proceedings in the court of origin and the claim on which the judgment is based arose out of the activities of that business;
- (c) the person against whom recognition or enforcement is sought is the person that brought the claim, other than a counterclaim, on which the judgment is based;
- (d) the defendant maintained a branch, agency, or other establishment without separate legal personality in the State of origin at the time that person became a party to the proceedings in the court of origin, and the claim on which the judgment is based arose out of the activities of that branch, agency, or establishment;
- (e) the defendant expressly consented to the jurisdiction of the court of origin in the course of the proceedings in which the judgment was given;
- (f) the defendant argued on the merits before the court of origin without contesting jurisdiction within the timeframe provided in the law of the State of origin, unless it is evident that an objection to jurisdiction or to the exercise of jurisdiction would not have succeeded under that law;
- (g) the judgment ruled on a contractual obligation and it was given in the State in which performance of that obligation took place, or should have taken place, in accordance with
 - (i) the parties' agreement, or
 - (ii) the law applicable to the contract, in the absence of an agreed place of performance, unless the defendant's activities in relation to the transaction clearly did not constitute a purposeful and substantial connection to that State;
- (h) the judgment ruled on a tenancy of immovable property and it was given in the State in which the property is situated;
- (i) the judgment ruled against the defendant on a contractual obligation secured by a right *in rem* in immovable property located in the State of origin, if the contractual claim was brought together with a claim against the same defendant relating to that right *in rem*;
- (j) the judgment ruled on a non-contractual obligation arising from death, physical injury, damage to or loss of tangible property, and the act or omission directly causing such harm occurred in the State of origin, irrespective of where that harm occurred;
- (k) the judgment concerns the validity, construction, effects, administration or variation of a trust created voluntarily and evidenced in writing, and –
 - (i) at the time the proceedings were instituted, the State of origin was designated in the trust instrument as a State in which disputes about such matters are to be determined; or
 - (ii) at the time the proceedings were instituted, the State of origin was expressly or impliedly designated in the trust instrument as the State in which the principal place of administration of the trust is situated.

This sub-paragraph only applies to judgments regarding internal aspects of a trust between persons who are or were within the trust relationship;

- (l) the judgment ruled on a counterclaim –
 - (i) to the extent that it was in favour of the counterclaimant, provided that the counterclaim arose out of the same transaction or occurrence as the claim;
 - (ii) to the extent that it was against the counterclaimant, unless the law of the State of origin required the counterclaim to be filed in order to avoid preclusion;

- (m) the judgment was given by a court designated in an agreement concluded or documented in writing or by any other means of communication which renders information accessible so as to be usable for subsequent reference, other than an exclusive choice of court agreement.

For the purposes of this sub-paragraph, an “exclusive choice of court agreement” means an agreement concluded by two or more parties that designates, for the purpose of deciding disputes which have arisen or may arise in connection with a particular legal relationship, the courts of one State or one or more specific courts of one State to the exclusion of the jurisdiction of any other courts.

2. If recognition or enforcement is sought against a natural person acting primarily for personal, family or household purposes (a consumer) in matters relating to a consumer contract, or against an employee in matters relating to the employee’s contract of employment –

- (a) paragraph 1(e) applies only if the consent was addressed to the court, orally or in writing;
- (b) paragraph 1(f), (g) and (m) do not apply.

[3. Paragraph 1 does not apply to a judgment that ruled on an intellectual property right or an analogous right. Such a judgment is eligible for recognition and enforcement if one of the following requirements is met –

- (a) the judgment ruled on an infringement in the State of origin of an intellectual property right required to be granted or registered and it was given by a court in the State in which the grant or registration of the right concerned has taken place or, under the terms of an international or regional instrument, is deemed to have taken place[, unless the defendant has not acted in that State to initiate or further the infringement, or their activity cannot reasonably be seen as having been targeted at that State];
- (b) the judgment ruled on an infringement in the State of origin of a copyright or related right, an unregistered trademark or unregistered industrial design, and it was given by a court in the State for which protection was claimed[, unless the defendant has not acted in that State to initiate or further the infringement, or their activity cannot reasonably be seen as having been targeted at that State];
- (c) the judgment ruled on the validity[, subsistence or ownership] in the State of origin of a copyright or related right, an unregistered trademark or unregistered industrial design, and it was given by a court in the State for which protection was claimed.]

Article 6

Exclusive bases for recognition and enforcement

Notwithstanding Article 5 –

- [(a) a judgment that ruled on the [registration or] validity of an intellectual property right required to be granted or registered shall be recognised and enforced if and only if the State of origin is the State in which grant or registration has taken place, or, under the terms of an international or regional instrument, is deemed to have taken place;]
- (b) a judgment that ruled on rights *in rem* in immovable property shall be recognised and enforced if and only if the property is situated in the State of origin;
- (c) a judgment that ruled on a tenancy of immovable property for a period of more than six months shall not be recognised and enforced if the property is not situated in the State of origin and the courts of the Contracting State in which it is situated have exclusive jurisdiction under the law of that State.

Article 7
Refusal of recognition or enforcement

1. Recognition or enforcement may be refused if –
 - (a) the document which instituted the proceedings or an equivalent document, including a statement of the essential elements of the claim –
 - (i) was not notified to the defendant in sufficient time and in such a way as to enable him to arrange for his defence, unless the defendant entered an appearance and presented his case without contesting notification in the court of origin, provided that the law of the State of origin permitted notification to be contested; or
 - (ii) was notified to the defendant in the requested State in a manner that is incompatible with fundamental principles of the requested State concerning service of documents;
 - (b) the judgment was obtained by fraud;
 - (c) recognition or enforcement would be manifestly incompatible with the public policy of the requested State, including situations where the specific proceedings leading to the judgment were incompatible with fundamental principles of procedural fairness of that State and situations involving infringements of security or sovereignty of that State;
 - (d) the proceedings in the court of origin were contrary to an agreement, or a designation in a trust instrument, under which the dispute in question was to be determined in a court other than the court of origin;
 - (e) the judgment is inconsistent with a judgment given in the requested State in a dispute between the same parties; or
 - (f) the judgment is inconsistent with an earlier judgment given in another State between the same parties on the same subject matter, provided that the earlier judgment fulfills the conditions necessary for its recognition in the requested State;
- [(g) the judgment ruled on an infringement of an intellectual property right, applying to that [right / infringement] a law other than the internal law of the State of origin.]
2. Recognition or enforcement may be postponed or refused if proceedings between the same parties on the same subject matter are pending before a court of the requested State, where –
 - (a) the court of the requested State was seised before the court of origin; and
 - (b) there is a close connection between the dispute and the requested State.

A refusal under this paragraph does not prevent a subsequent application for recognition or enforcement of the judgment.

Article 8
Preliminary questions

1. A ruling on a preliminary question shall not be recognised or enforced under this Convention if the ruling is on a matter to which this Convention does not apply or on a matter referred to in Article 6 on which a court other than the court referred to in that Article ruled.
2. Recognition or enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the judgment was based on a ruling on a matter to which this Convention does not apply, or on a matter referred to in Article 6 on which a court other than the court referred to in that Article ruled.

[3. However, in the case of a ruling on the validity of a right referred to in Article 6, paragraph (a), recognition or enforcement of a judgment may be postponed, or refused under the preceding paragraph, only where –

- (a) that ruling is inconsistent with a judgment or a decision of a competent authority on that matter given in the State referred to in Article 6, paragraph (a); or
- (b) proceedings concerning the validity of that right are pending in that State.

A refusal under sub-paragraph (b) does not prevent a subsequent application for recognition or enforcement of the judgment.]

Article 9
Severability

Recognition or enforcement of a severable part of a judgment shall be granted where recognition or enforcement of that part is applied for, or only part of the judgment is capable of being recognised or enforced under this Convention.

Article 10
Damages

1. Recognition or enforcement of a judgment may be refused if, and to the extent that, the judgment awards damages, including exemplary or punitive damages, that do not compensate a party for actual loss or harm suffered.
2. The court addressed shall take into account whether and to what extent the damages awarded by the court of origin serve to cover costs and expenses relating to the proceedings.

[Article 11
Non-monetary remedies in intellectual property matters

In intellectual property matters, a judgment ruling on an infringement shall be [recognised and] enforced only to the extent that it rules on a monetary remedy in relation to harm suffered in the State of origin.]

Article 12
Judicial settlements (transactions judiciaires)

Judicial settlements (*transactions judiciaires*) which a court of a Contracting State has approved, or which have been concluded in the course of proceedings before a court of a Contracting State, and which are enforceable in the same manner as a judgment in the State of origin, shall be enforced under this Convention in the same manner as a judgment.

Article 13
Documents to be produced

1. The party seeking recognition or applying for enforcement shall produce – (a)
a complete and certified copy of the judgment;
- (b) if the judgment was given by default, the original or a certified copy of a document establishing that the document which instituted the proceedings or an equivalent document was notified to the defaulting party;
- (c) any documents necessary to establish that the judgment has effect or, where applicable, is enforceable in the State of origin;
- (d) in the case referred to in Article 12, a certificate of a court of the State of origin that the judicial settlement or a part of it is enforceable in the same manner as a judgment in the State of origin.

2. If the terms of the judgment do not permit the court addressed to verify whether the conditions of this Chapter have been complied with, that court may require any necessary documents.

3. An application for recognition or enforcement may be accompanied by a document relating to the judgment, issued by a court (including an officer of the court) of the State of origin, in the form recommended and published by the Hague Conference on Private International Law.

4. If the documents referred to in this Article are not in an official language of the requested State, they shall be accompanied by a certified translation into an official language, unless the law of the requested State provides otherwise.

Article 14

Procedure

1. The procedure for recognition, declaration of enforceability or registration for enforcement, and the enforcement of the judgment, are governed by the law of the requested State unless this Convention provides otherwise. The court addressed shall act expeditiously.

2. The court of the requested State shall not refuse the recognition or enforcement of a judgment under this Convention on the ground that recognition or enforcement should be sought in another State.

Article 15

Costs of proceedings

1. No security, bond or deposit, however described, shall be required from a party who in one Contracting State applies for enforcement of a judgment given in another Contracting State on the sole ground that such party is a foreign national or is not domiciled or resident in the State in which enforcement is sought.

2. An order for payment of costs or expenses of proceedings, made in a Contracting State against any person exempt from requirements as to security, bond, or deposit by virtue of paragraph 1 shall, on the application of the person entitled to the benefit of the order, be rendered enforceable in any other Contracting State.

3. A State may declare that it shall not apply paragraph 1 or designate by a declaration which of its courts shall not apply paragraph 1.

Article 16

Recognition or enforcement under national law

Subject to Article 6, this Convention does not prevent the recognition or enforcement of judgments under national law.

CHAPTER III – GENERAL CLAUSES

Article 17

Transitional provision

This Convention shall apply to the recognition and enforcement of judgments if, at the time the proceedings were instituted in the State of origin, the Convention was in force in that State and in the requested State.

Article 18
Declarations limiting recognition and enforcement

A State may declare that its courts may refuse to recognise or enforce a judgment given by a court of another Contracting State if the parties were resident in the requested State, and the relationship of the parties and all other elements relevant to the dispute, other than the location of the court of origin, were connected only with the requested State.

Article 19
Declarations with respect to specific matters

1. Where a State has a strong interest in not applying this Convention to a specific matter, that State may declare that it will not apply the Convention to that matter. The State making such a declaration shall ensure that the declaration is no broader than necessary and that the specific matter excluded is clearly and precisely defined.

2. With regard to that matter, the Convention shall not apply –

- (a) in the Contracting State that made the declaration;
- (b) in other Contracting States, where recognition or enforcement of a judgment given in a Contracting State that made the declaration is sought.

[Article 20
Declarations with respect to judgments pertaining to governments

1. A State may declare that it shall not apply this Convention to judgments arising from proceedings to which any of the following is a party –

- (a) that State, or a person acting on behalf of that State, or
- (b) a government agency of that State, or a person acting on behalf of such a government agency.

The declaration shall be no broader than necessary and the exclusion from scope shall be clearly and precisely defined.

2. A declaration pursuant to paragraph 1 shall not exclude from the application of this Convention judgments arising from proceedings to which an enterprise owned by a State is a party.

3. If a State has made a declaration pursuant to paragraph 1, recognition or enforcement of a judgment originating from that State may be refused by another Contracting State if the judgment arose from proceedings to which that other Contracting State, one of its government agencies, or equivalent persons to those referred to in paragraph 1 is a party, to the same extent as specified in the declaration.]

Article 21
Uniform interpretation

In the interpretation of this Convention, regard shall be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application.

Article 22
Review of operation of the Convention

The Secretary General of the Hague Conference on Private International Law shall at regular intervals make arrangements for –

- (a) review of the operation of this Convention, including any declarations; and
- (b) consideration of whether any amendments to this Convention are desirable.

Article 23
Non-unified legal systems

1. In relation to a Contracting State in which two or more systems of law apply in different territorial units with regard to any matter dealt with in this Convention –

- (a) any reference to the law or procedure of a State shall be construed as referring, where appropriate, to the law or procedure in force in the relevant territorial unit;
- (b) any reference to habitual residence in a State shall be construed as referring, where appropriate, to habitual residence in the relevant territorial unit;
- (c) any reference to the court or courts of a State shall be construed as referring, where appropriate, to the court or courts in the relevant territorial unit;
- (d) any reference to a connection with a State shall be construed as referring, where appropriate, to a connection with the relevant territorial unit.

2. Notwithstanding the preceding paragraph, a Contracting State with two or more territorial units in which different systems of law apply shall not be bound to apply this Convention to situations which involve solely such different territorial units.

3. A court in a territorial unit of a Contracting State with two or more territorial units in which different systems of law apply shall not be bound to recognise or enforce a judgment from another Contracting State solely because the judgment has been recognised or enforced in another territorial unit of the same Contracting State under this Convention.

4. This Article shall not apply to a Regional Economic Integration Organisation.

Article 24
Relationship with other international instruments

1. This Convention shall be interpreted so far as possible to be compatible with other treaties in force for Contracting States, whether concluded before or after this Convention.

2. This Convention shall not affect the application by a Contracting State of a treaty [or other international instrument] that was concluded before this Convention entered into force for that Contracting State [as between Parties to that instrument].

3. This Convention shall not affect the application by a Contracting State of a treaty [or other international instrument] concluded after this Convention entered into force for that Contracting State for the purposes of obtaining recognition or enforcement of a judgment given by a court of a Contracting State that is also a Party to that instrument. [Nothing in the other instrument shall affect the obligations under Article 6 towards Contracting States that are not Parties to that instrument.]

4. This Convention shall not affect the application of the rules of a Regional Economic Integration Organisation that is a Party to this Convention, whether adopted before or after this Convention as concerns the recognition or enforcement of judgments as between Member States of the Regional Economic Integration Organisation.

[5. A Contracting State may declare that other international instruments listed in the declaration shall remain unaffected by this Convention.]

CHAPTER IV – FINAL CLAUSES

Article 25

Signature, ratification, acceptance, approval or accession

1. This Convention is open for signature by all States.
2. This Convention is subject to ratification, acceptance or approval by the signatory States.
3. This Convention is open for accession by all States.
4. Instruments of ratification, acceptance, approval or accession shall be deposited with the Ministry of Foreign Affairs of the Kingdom of the Netherlands, depositary of the Convention.

Article 26

Declarations with respect to non-unified legal systems

1. If a State has two or more territorial units in which different systems of law apply in relation to matters dealt with in this Convention, it may at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession declare that the Convention shall extend to all its territorial units or only to one or more of them and may modify this declaration by submitting another declaration at any time.
2. A declaration shall be notified to the depositary and shall state expressly the territorial units to which the Convention applies.
3. If a State makes no declaration under this Article, the Convention shall extend to all territorial units of that State.
4. This Article shall not apply to a Regional Economic Integration Organisation.

Article 27

Regional Economic Integration Organisations

1. A Regional Economic Integration Organisation which is constituted solely by sovereign States and has competence over some or all of the matters governed by this Convention may similarly sign, accept, approve or accede to this Convention. The Regional Economic Integration Organisation shall in that case have the rights and obligations of a Contracting State, to the extent that the Organisation has competence over matters governed by this Convention.
2. The Regional Economic Integration Organisation shall, at the time of signature, acceptance, approval or accession, notify the depositary in writing of the matters governed by this Convention in respect of which competence has been transferred to that Organisation by its Member States. The Organisation shall promptly notify the depositary in writing of any changes to its competence as specified in the most recent notice given under this paragraph.
3. For the purposes of the entry into force of this Convention, any instrument deposited by a Regional Economic Integration Organisation shall not be counted unless the Regional Economic Integration Organisation declares in accordance with Article 28, paragraph 1, that its Member States will not be Parties to this Convention.

4. Any reference to a "Contracting State" or "State" in this Convention shall apply equally, where appropriate, to a Regional Economic Integration Organisation that is a Party to it.

Article 28

Accession by a Regional Economic Integration Organisation without its Member States

1. At the time of signature, acceptance, approval or accession, a Regional Economic Integration Organisation may declare that it exercises competence over all the matters governed by this Convention and that its Member States will not be Parties to this Convention but shall be bound by virtue of the signature, acceptance, approval or accession of the Organisation.

2. In the event that a declaration is made by a Regional Economic Integration Organisation in accordance with paragraph 1, any reference to a "Contracting State" or "State" in this Convention shall apply equally, where appropriate, to the Member States of the Organisation.

Article 29

Entry into force

1. This Convention shall enter into force on the first day of the month following the expiration of [three] [six] months after the deposit of the second instrument of ratification, acceptance, approval or accession referred to in Article 25.

2. Thereafter this Convention shall enter into force –

(a) for each State or Regional Economic Integration Organisation subsequently ratifying, accepting, approving or acceding to it, on the first day of the month following the expiration of [three][six] months after the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession;

(b) for a territorial unit to which this Convention has been extended in accordance with Article 26 on the first day of the month following the expiration of [three] [six] months after the notification of the declaration referred to in that Article.

Article 30

Declarations

1. Declarations referred to in Articles [4,]15, 18, 19, [20,] [24,] 26 and 28 may be made upon signature, ratification, acceptance, approval or accession or at any time thereafter, and may be modified or withdrawn at any time.

2. Declarations, modifications and withdrawals shall be notified to the depositary.

3. A declaration made at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession shall take effect simultaneously with the entry into force of this Convention for the State concerned.

4. A declaration made at a subsequent time, and any modification or withdrawal of a declaration, shall take effect on the first day of the month following the expiration of six months following the date on which the notification is received by the depositary.

5. A declaration made at a subsequent time, and any modification or withdrawal of a declaration, shall not apply to judgments resulting from proceedings that have already been instituted before the court of origin when the declaration takes effect.

Article 31

Denunciation

1. This Convention may be denounced by notification in writing to the depositary. The denunciation may be limited to certain territorial units of a non-unified legal system to which this Convention applies.

2. The denunciation shall take effect on the first day of the month following the expiration of twelve months after the date on which the notification is received by the depositary. Where a longer period for the denunciation to take effect is specified in the notification, the denunciation shall take effect upon the expiration of such longer period after the date on which the notification is received by the depositary.

Article 32

Notifications by the depositary

The depositary shall notify the Members of the Hague Conference on Private International Law, and other States and Regional Economic Integration Organisations which have signed, ratified, accepted, approved or acceded in accordance with Articles [...] of the following –

- (a) the signatures, ratifications, acceptances, approvals and accessions referred to in Article 25;
- (b) the date on which this Convention enters into force in accordance with Article 29;
- (c) the notifications, declarations, modifications and withdrawals of declarations referred to in Article 30; and
- (d) the denunciations referred to in Article 31.

ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU (M51)

UPUTSTVO AUTORIMA

Opšte napomene	Rukopis rada kompjuterski obraditi korišćenjem programa Word , u fontu Times New Roman ćirilica (Serbian-Cyrillic) , (osim originalnih latinićnih navoda), velićina 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 nemaćki.
Naslov rada	Naslov rada kucati velićinom fonta 14 pt, bold , Times New Roman Naslov rada priloži ti 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 naućnom skupu u vidu usmenog saopštenja pod istim ili slićnim nazivom, podatak o tome treba navesti u okviru posebne napomene na dnu prve strane teksta (fusnota).
Apstrakt	Apstrakt sadrži 100-250 reći.
Ključne reći	Ne više od 10 ključnih reći 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 slićno).
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 azbućnim 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, dućine do 2 000 karaktera (uključujući razmake), na srpskom i engleskom jeziku.
Tabele, grafikoni, slike	Tabele uraditi u Wordu ili Excelu. Fotografije, grafikoni ili slike dostaviti u formatu jpg.
Autorska prava	Autori radova potpisuju saglasnost za prenos autorskih prava.
Dostava radova	Radovi se predaju putem onlajn sistema za elektronsko uređivanje ASISTENT, http://aseestant.ceon.rs/index.php/zrpf/index

* Ovi podaci unose se samo u slućaju 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> . (1996). 3.ed. Oxford: Oxford University Press.	(Oxford, 1996: 245)
Rad ili deo knjige koja ima priređivača	Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U Pavlović, V. i Orlović, S. (Prir.). <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> . Beograd: Konrad Adenauer Stiftung. 279-289.	(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. Tokyo: Kodansha. 1-3.	(Pittau, 1983: 3)
Institucija kao autor	Republički zavod za statistiku. (2011). <i>Mesečni statistički bilten</i> . Br. 11.	(Republički zavod za statistiku, 2011)
Propisi	Zakon o osnovama sistema vaspitanja i obrazovanja. <i>Službeni glasnik RS</i> . Br. 62. 2004.	Fus nota: 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.	Fus nota: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] <i>uzu</i> Одлука Уставног суда IU-197/2002
Elektronski izvori	Wallace, A.R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Preuzeto 15.11.2005. http://www.gutenberg.org/etext/2530 ili European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Preuzeto 24.5.2007. http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-c.asp	Navođenje u tekstu: (Wallace, 2001) Fus nota: European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Preuzeto 24.5.2007. http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-c.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 latinićnih navoda), velićina 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 nemaćki.
Naslov rada	Naslov rada kucati velićinom 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 naućnom skupu u vidu usmenog saopštenja pod istim ili slićnim nazivom, podatak o tome treba navesti u okviru posebne napomene na dnu prve strane teksta (fusnota).
Apstrakt	Apstrakt sadrži 100-250 reći.
Ključne reći	Ne više od 10 ključnih reći 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 slićno).
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. Poređati sve jedinice azbućnim redom po prezimenu autora, a kod istog autora, po godini izdavanja (od najnovije do najstarije). Molimo autore da iskljuće komandu numbering, tj. bez brojeva ispred. (Pogledati tabelu na kraju uputstva).
Rezime (Summary)	Piše se na kraju teksta posle Literature, dućine do 2 000 karaktera (uključujući razmake), na srpskom i engleskom jeziku.
Tabele, grafikoni, slike	Tabele uraditi u Wordu ili Excelu. Fotografije, grafikoni ili slike dostaviti u formatu jpg.
Autorska prava	Autori radova potpisuju saglasnost za prenos autorskih prava.
Dostava radova	Radovi se predaju putem onlajn sistema za elektronsko uređivanje ASISTENT, http://aseestant.ceon.rs/index.php/zrpfu/index

* Ovi podaci unose se samo u slućaju da rad ispunjava navedene uslove (projekat ili saopštenje)



UPUTSTVO ZA CITIRANJE LITERATURE

Navodenje citata treba uraditi **u tekstu**, kao što je navedeno u uputstvu. **Fus note** koristiti samo kada je neophodno pružiti dodatno objašnjenje ili propratni komentar, kao i u slučaju pozivanja na normativni akt, službena glasila i odluke sudova.

Citati i pozivi na literaturu u tekstu i lista bibliografskih jedinica na kraju teksta moraju se u potpunosti slagati. Svaki citat iz teksta i poziv na literaturu mora da se nađe na listi bibliografskih jedinica, odnosno, svaka bibliografska jedinica navedena u literaturi mora da se nađe u tekstu. Poziv na bibliografske jedinice navodi se u originalnom pismu, bez prevođenja.

Vrsta rada	Reference – literatura	Citiranje u tekstu
Knjiga, 1 autor	Kelzen, H. (2010). <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 (Priř.), <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)	Fus nota: 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)	Fus nota: 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	Navodenje u tekstu: (Wallace, 2001) Fus nota: 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