
UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

**ЗБОРНИК РАДОВА
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

БРОЈ 99 | ГОДИНА LXII | 2023

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

№ 99 | YEAR LXII | 2023

НИШ, 2023.

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

Ниш, 2023.

Издавач

Правни факултет у Нишу

За издавача

Проф. др Небојша Раичевић, декан

Главни и одговорни уредник

Др Мирослав Лазић,

редовни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

Уредништво

Др Невена Петрушић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Ирена Пејић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Срђан Голубовић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Марија Игњатовић, редовни професор
Правног факултета Универзитета у Нишу

Др Александар Мојашевић, редовни
професор Правног факултета
Универзитета у Нишу

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

Научни савет

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

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

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

Др Хајрија Мујовић, научник саветник
Института друштвених наука у Београду

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

Др Владан Петров, редовни професор
Правног факултета Универзитета у
Београду

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

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

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

Међународни редакциони одбор

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

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

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

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

Dr Michael Geistlinger, професор Универзитета, Салцбург, Аустрија

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

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

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

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

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

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

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

Уредник рубрике: др Михајло Цветковић, ванредни професор Правног факултета Универзитета у Нишу

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

Лектура радова и превод резимеа: Гордана Игњатовић (енглески)

Лектура: Александра Гојковић (српски)

Технички уредник: Ненад Милошевић

Технички уредник онлајн издања: Владимир Благојевић

Штампа: Графика Галеб Ниш

Тираж: 100

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

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

COLLECTION OF PAPERS, FACULTY OF LAW, NIS

Niš, 2023

Publisher:

Faculty of Law, University of Niš

For the Publisher:

Prof. dr Nebojša Raičević Dean

Editor-in-Chief:

Dr Miroslav Lazic, Full Professor

Faculty of Law, University of Niš

Editorial Board of the Law Faculty Journal

Dr Nevena Petrušić, Full Professor, Faculty
of Law, University of Niš

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

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

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

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

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

Scientific Council

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

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

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

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

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

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

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

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

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

International Editorial Board

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Column Editor: Dr Mihajlo Cvetković

Secretary of the Editorial Board: Dr Marija Dragičević

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

Proofreading: Aleksandra Gojković (Serbian)

Layout editor: Nenad Milošević

Online Journal editor: Vladimir Blagojević

Print: Grafika Galeb Niš

Circulation: 100

PUBLICATION CENTRE, Faculty of Law, University of Niš

Trg kralja Aleksandra 11, Niš 18000, Serbia

Telephone: +381 18 500 201,

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

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

<http://www.ebscohost.com/public/legal-source>

<http://home.heinonline.org/titles/Law-Journal-Library/Collection-of-Papers-Faculty-of-Law-Nis/?letter=C>

Central and Eastern European Online Library – CEEOL

САДРЖАЈ / CONTENTS

I ЧЛАНЦИ / ARTICLES

Наташа Стојановић,
Реформа наследног права у Швајцарској Конфедерацији
(Прва фаза реформе) 15
*Reform of Inheritance Law in the Swiss
Confederation (Reform Phase I)*

Dušica Miladinović-Stefanović,
Criminal Offence of Extramarital Union
with a Minor de lege lata and de lege ferenda 33
*Кривично дело ванбрачна заједница са
малолетником de lege lata и de lege ferenda*

Војана Ћуковић,
The Relationship between the Prohibition of Refoulement
and the Prohibition of Collective Expulsion in the Context
of Access to Territory: Standards of the European Court of
Human Rights and their relevance for the Legal System of the
Republic Of Serbia 57
*Однос између забране протеривања и забране
колективног протеривања у контексту приступа
територији: стандарди Европског суда за људска права
и њихов значај за правни систем Републике Србије*

Dubravka Klasiček,
Tomislav Nedić,
Vlasta Budiša,
Protection of cultural goods in Croatia and Serbia, with
reference to restrictions of ownership rights 77
*Заштита културних добара у Хрватској и Србији,
с нагласком на ограничења власништва*

Марко Димитријевић, Монетарни кредибилитет као друштвена вредност у савременом монетарном праву и праву централних банака	97
<i>Monetary Credibility as a Social Value in the Contemporary Monetary Law and Central Banking Law</i>	
Марија Драгићевић, Радноправне последице смрти и губитка пословне способности послодавца са својством физичког лица.....	119
<i>Labour Law Effects of Death and Loss of Legal Capacity of an Employer acting in the capacity of a Natural Person</i>	
Goran Marković, On the Recall of a Mayor in Republika Srpska	143
<i>О опозиву начелника општине и градоначелника у Републици Српској</i>	
Dragoljub Todić, The Global Pact for the Environment: Elements of Codification or/and a New International Agreement	169
<i>Глобални пакт за животну средину: елементи кодификације и/или нови међународни уговор</i>	
Урош Здравковић, Право на суспендовање извршења обавезе услед антиципативне повреде уговора о међународној продаји робе.....	189
<i>The Right to Suspend Performance in case of Anticipatory Breach of Contract on International Sale of Goods</i>	
Марија Вујовић, Марта Митровић, Етички стандарди и фотографија у штампаним медијима.....	207
<i>Ethical Standards and Photography in Newspapers</i>	

Александар Антић, Питање уставности ограничења запошљавања у јавном сектору.....	223
<i>The Constitutionality of Restrictions on Employment in the Public Sector</i>	

Борис Тучић, Радмила Драгишић, Институт унапријеђене сарадње у праву Европске уније – очекивања и постигнути резултати	239
<i>The Institute of Enhanced Cooperation in European Union Law: Expectations and achieved results</i>	

II РАДОВИ СТУДЕНАТА ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА / PhD Students papers

Бојана Арсенијевић, Нематеријална штета као израз заштите друштвених вредности	261
<i>Non-pecuniary damage as an expression of protection of social values</i>	

Саша Кнежевић, IN MEMORIAM	289
--	-----

Упутство за ауторе / Guidelines for Authors.....	293
---	-----

Уводна реч

Поштовани читаоци,

Са задовољством представљамо нови број нашег правног часописа Зборник радова Правног факултета Универзитета у Нишу (бр. 99/2023), који садржи 13 квалитетних научних радова о актуелним правним питањима. У складу са концептуалним оквиром овог часописа, настављамо традицију објављивања радова из различитих области права на српском и енглеском језику. У том контексту, ово издање укључује неколико чланака на енглеском језику. Наш правни часопис остаје отворен за објављивање научних чланака млађих истраживача, као и чланака научника из сродних друштвених наука који истражују правна питања у ширем контексту, фокусирају се на економска, политичка и културна питања која су уско повезана са правом. Ово издање садржи одређени број радова који су представљени на Међународној научној конференцији одржаној априла 2023. године на Правном факултету, Универзитета у Нишу.

Главни и одговорни уредник

Проф. др Мирослав Лазић

У Нишу, новембар, 2023. године

Editor's Introductory Note

Dear Readers,

We are pleased to present a new issue of our law journal Collection of Papers of the Law Faculty, University of Niš (no. 99/2023), which contains 13 high-quality scientific papers on current law-related issues. In line with the conceptual framework of this journal, we pursue the tradition of publishing papers on various legal issues written both in Serbian and in English. To that effect, this issue includes a number of articles written in English. Our law journal remains open to publishing scientific articles submitted by junior researchers, as well as articles written by scholars from related social sciences exploring legal issues in a wider context and focusing on law-related economic, political and cultural issues. This issue also includes papers presented at the International Scientific Conference held at the Faculty of Law, University of Niš, in April 2023.

Editor-in-Chief,
Prof. Miroslav Lazić, LL.D.

Niš, November 2023

І ЧЛАНЦИ

Др Наташа Стојановић,*
Редовни професор,
Правни факултет, Универзитет у Нишу
Република Србија

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-46630

UDK: 347.65/.68(494)
Раd примљен: 19.09.2023.
Раd прихваћен: 11.10.2023.

РЕФОРМА НАСЛЕДНОГ ПРАВА У ШВАЈЦАРСКОЈ КОНФЕДЕРАЦИЈИ (ПРВА ФАЗА РЕФОРМЕ)**

Апстракт: Аутор у раду осветљава реформу швајцарског наследног права из 2020. године, која је почела да се реализује јануара месеца 2023. године. Истраживање је спроведено са циљем да утврди обим и квалитет спроведене реформе швајцарских наследноправних прописа. У фокусу пажње аутора су решења посвећена: смањењу нужног дела потомака оставиоца; укидању права на нужни део његовим родитељима; губитку права на нужни део супружника или истополног партнера из регистроване заједнице, уколико је покренут поступак за развод брака, односно поступак за раскид регистроване заједнице, а пре њиховог окончања један од супружника, односно регистрованих партнера је умро; квалитетно другачијем концепту слободе уговарања, путем уговора о наслеђивању; утицају који „систем три стуба“ швајцарског пензијског и инвалидског осигурања има на остваривање и заштиту права на нужни део, као и променама, и правно-техничким побољшањима прописа који се тичу редоследа добротиних давања из којих се намирају повређени нужни део. За потребе рада коришћени су: правно-догматски, нормативно-правни и историјско-правни метод. По схватању аутора, већина новела Грађанског кодекса Швајцарске Конфедерације из 2020. године, које се тичу установе наслеђивања, у служби су веће слободе располагања појединаца добротиним давањима, како *inter vivos*, тако и *mortis causa*. Међутим, оне не прате довољно социјалне прилике у савременој Швајцарској, будући да право наслеђа на темељу

* natasa@prafak.ni.ac.rs

** Раd је настао као резултат финансирања од стране Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије према уговору, евиденциони број 451-03-47/2023-01/200120.

законa није признато ванбрачном партнеру, као што је то случај са супружником или истополним партнером из регистроване заједнице, иако ванбрачна заједница у реалном животу постоји паралелно са браком и регистрованом истополном заједницом.

Кључне речи: швајцарско право, реформа наследног права, проширење слободе располагања имовином за живота и за случај смрти, ванбрачни партнер оставиоца.

1. Уводне напомене

После више од једног века Швајцарска Конфедерација и даље примењује свој Грађански кодекс.¹ Подсећања ради, ово законодавно дело усвојено је 1907. године, а ступило је на правну снагу 1912. године, заменивши правила кантоналног права, укључујући и наследно право (детаљније: Dubler, Schnyder, 2006).

Швајцарски нормотворац, свестан чињенице да трећа књига Грађанског кодекса, иако квалитетна правна творевина, није у потпуном сагласју са демографским приликама у швајцарском савремено друштву, постојећим породичним моделима и системом заштите социјалне сигурности старијих генерација, одлучио је да покрене механизам за њену реформу (Morard, Munier, 2023), са циљем да наследноправне прописе учини флексибилнијим и уз то ојача правну сигурност, разјашњавањем поједних питања која су се до сада показала спорним у пракси (Häberling, Ademaj, 2021).

Као повод реформи наследног права Швајцарске Конфедерације послужио је Предлог посланика Савета кантона Феликса Гуцвилера (Felix Gutzwiller) „О модернизацији наследног права“ (бр. 10. 3524, од 17. 6. 2010 године),² којим је нарочито потенцирано проширење слободе располагања имовином за живота и за случај смрти, кроз укидање права на нужни део родитеља и смањење нужног дела потомака, као и еквивалентан третман ванбрачног партнера у сфери законског наслеђивања у односу на супружника, односно истополног партнера из регистроване заједнице (Conseil fédéral Suisse, 2015: 52–53; Dupuis, 2022). На темељу тог Предлога, Савезном већу је наложено да преиспита одговарајуће одредбе у Грађанском кодексу и да их учини

1 Грађански кодекс Швајцарске Конфедерације од 10. 12. 1907. године (Code civil suisse, RO 24 245, закључно са изменама и допунама од 25. 9. 2020. године, RO 2022 491, FF 2017 6565). Преузето 22. 7. 2023. године. http://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/fr#sidebarAnchor.

2 Gutzwiller, F. (2010). Motion Moderniser le droit des successions (10.3524). Преузето 30. 7. 2023. године. <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=23465>.

довољно еластичним у односу на промене у швајцарском друштву, а да притом сачува основна обележја наследноправних прописа у Швајцарској и настави да штити породицу, као институционалну константу (Gutzwiller, 2010).

Савезно веће је, због обимности предлога и сложености питања, одлучило да реформу наследног права спроводи у неколико фаза. У првој фази би се разматрала проблематика коју је иницирао посланик Гуцвилер. Друга фаза реформе била би посвећена наслеђивању предузећа. Трећа фаза реформе би се односила на питања тзв. техничке ревизије наследног права.³ Одвојена реформа посвећена је изменама и допунама међународног наследног права (Bürgi, Peyer, 2022).

Савезно веће је, када је у питању прва фаза реформе наследног права, започело консултације о прелиминарном Нацрту измена и допуна Грађанског кодекса Швајцарске Конфедерације, 4. 3. 2016. године. Ова фаза реформе наследног права окончана је 18. 12. 2020. године, када је швајцарски Парламент усвојио већину предложених измена и допуна треће књиге Грађанског кодекса. Савезно веће је, на седници одржаној 19. 5. 2021. године, одлучило да оне ступе на правну снагу 1. 1. 2023. године (детаљније: Fokiadès, Calame, 2021).

Премда су одредбе о наслеђивању, садржане у трећој књизи Грађанског законика Швајцарске Конфедерације, и до сада у неколико наврата укидане, мењане и допуњаване: 1972, 1976, 1984, 1991, 1995, 1998, 2000, 2002, 2004. и 2008. године, предмет наше пажње јесу његове новеле које чине тзв. прву фазу реформе наследног права из 2020. године. Начелно, ради се о решењима која имају за циљ да појединцима обезбеде ширу слободу располагања имовином за живота и за случај смрти, и да „модернизују наследно право, уз задржавање његове суштине” (Conseil fédéral Suisse, 2015: 51), као део пројекта модернизације породичног права (Pavone, 2022).

2. Ванбрачни партнер оставиоца и законски ред наслеђивања у швајцарском Грађанском кодексу

Како је већ речено, саставни део Предлога посланика Гуцвилера о модернизацији наследног права био је да се ванбрачном партнеру призна право наслеђа на темељу закона, како би он, на тај начин, доживео правичан

3 Ради се, заправо, о значајним материјалноправним питањима, попут: мера против прикривања наследства, информативних права наследника, надзора над радом извршитеља завештања, уверења о наслеђивању, аудиовизуелног завештања за хитне случајеве, скраћења рокова за јавно позивање наследника и тако даље. Видети: Bürgi, Peyer, 2022.

и еквивалентан третман у поређењу са супружником и истополним партнером из регистроване заједнице (Gutzwiller, 2010). Нажалост, таква идеја је током парламентарне дебате повучена, јер је уочено да је политички обојена, да има има правне импликације и да као таква може довести до дубљег размишљања о институту брака,⁴ те стога и није постала део реформе наследног права.⁵

Штавише, ни предлог Савезног већа, упућен швајцарском Парламенту, да се ванбрачни партнер, уколико нема потребних средстава за живот, а заједница живота са умрлим ванбрачним партнером је трајала најмање пет година, обезбеди конституисањем, на основу закона, права на издржавање из заоставштине, није усвојен. Посебно је критикован у Савету кантона швајцарског Парламента (Bürgi, Peyer, 2022a).

Иако Савезно веће Швајцарске Конфедерације у свом Извештају „Модернизација породичног права према Фехровом постулату“⁶ говори о индивидуалној слободи као драгоцености вредности швајцарског друштва, „ова слобода долази до изражаја посебно у различитим стилевима живота који су се развили последњих година“ (Conseil fédéral Suisse, 2015: 5), очигледно је да на примеру наслеђивања ванбрачних партнера на темељу закона и, шире, имовинских односа између ових лица,⁷ то пада у воду (Cottier, 2014: 5). Парадоксално је да овакав „друштвено разуман начин живота“ који растеређује породицу оставиоца, али и државу, не ужива наследноправну заштиту (Cottier, 2014: 6).

Дакле, уколико оставилац, ванбрачни партнер, није надживелог ванбрачног партнера одредио за наследника или сингуларног сукцесора на темељу завештања или уговора о наслеђивању⁸ или га није обезбедио

4 Видети: Саопштење Савезног већа Швајцарске Конфедерације од 25. 8. 2010. године (Stellungnahme des Bundesrates vom 25. 08. 2010). Преузето 22. 7. 2023. <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20103524>.

5 За признање права наслеђа на темељу закона ванбрачном партнеру, под одређеним условима, укључујући и право на нужни део видети код: Cottier, 2014: 17–18; Breitschmid, 2013: 28. Наведени аутори, такође, предлажу увођење у круг законских наследника оставиоца његовог пасторка, опет уз испуњење постављених услова. Видети: Cottier, 2014: 24–25; Breitschmid, 2013: 28.

6 Conseil fédéral Suisse. (2015). Modernisation du droit de la famille, Rapport du Conseil fédéral suite au postulat Fehr (12.3607). Преузето 14. 7. 2023. <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht.html>.

7 У швајцарској правној теорији има залагања за уређење имовинских односа ванбрачних партнера по угледу на супружнике или партнере из регистроване заједнице. Видети: Cottier, 2014: 17.

8 У Швајцарској Конфедерацији, слобода располагања за случај смрти у форми завештања или уговора о наслеђивању нема широку примену у пракси. Процене се

путем животног осигурања (Pavone, 2022), ванбрачни партнер остаје без потребних средстава за живот, посебно ако је оставилац за живота њега издржавао. Овако неповољну позицију ванбрачног партнера после смрти његовог ванбрачног партнера швајцарски законодавац донекле ублажава решењем, садржаним у чл. 605 Грађанског кодекса Швајцарске, да, у случају да се очекује рођење детета оставиоца, његовој мајци се признаје, уколико јој је издржавање потребно, све до рођења детета, право несметаног уживања заоставштине оставиоца која се не сме делити све док се зачетак не роди. Притом, у овом случају, ванбрачни партнер не мора да буде одређен за наследника на основу завештања или уговора о наслеђивању да би имао право на ову привилегију.

Економски интереси ванбрачног партнера привремено се могу заштитити и тзв. правом на тридесет дана, признатим чл. 606 швајцарског Грађанског кодекса. Ово право омогућава надживелом ванбрачном партнеру који је са оставиоцем живео у његовом домаћинству и овај га је издржавао, а притом је завештањем или уговором о наслеђивању одређен за наследника, да од законских наследника оставиоца захтева накнаду трошкова смештаја и исхране за период од месец дана који се рачуна од отварања наслеђа ванбрачног партнера.

3. Сужење круга нужних наследника

Прву фазу реформе швајцарског наследног права из 2020. године обележавају две крупне промене. С једне стране, сужен је круг субјектата који би могли бити нужни наследници. С друге стране, смањена је величина нужног дела појединих нужних наследника.

До измена и допуна наследноправних прописа Швајцарске из 2020. године, круг нужних наследника чинили су: потомци, супружник или регистровани партнер оставиоца и његови родитељи.^{9 10} Супружник је припадао кругу нужних наследника, чак и да је у време отварања наслеђа поступак за развод брака покренут (Piotet, 2012: 39). Од 1. јануара 2023. године, кругу нужних наследника више не припадају родитељи оставиоца. Преостали нужни наследници могу наслеђивати у том својству, под истим условима

разликују и крећу се у распону од 25 до 60%. Видети: Cottier, 2014: 5.

9 Видети: чл. 470 Грађанског кодекса Швајцарске са новелама из 2004. године.

10 У изворној верзији швајцарски Грађански кодекс предвиђао је да браћа и сестре оставиоца припадају кругу нужних наследника, уз могућност сваког кантона да тај круг додатно прошири и њиховим потомцима. Такво решење укинато је изменама и допунама овог Кодекса из 1984. године, које су ступиле на правну снагу 1988. године. Детаљније видети: Piotet, 2012: 19.

(Croce, 2021). Оваквим законодавним потезом швајцарски нормотворац је потврдио „да је значај породично-емоционалног окружења и даље важан у свеукупно посматрано сложенијем свету” (Breitschmid, 2013: 28). За швајцарског законодавца основа за креирање сродничких односа је и даље нуклеарна породица, путем које се обезбеђује континуитет у економској повезаности генерација (Breitschmid, 2013: 28).

Швајцарски законодавац, садржином чл. 472 Грађанског кодекса, ограничава супружника у остваривању права на нужни део. Наиме, ради се о томе да супружник оставиоца губи право на нужни део, уколико је у време пре отварања наслеђа његовог супружника споразумно покренут поступак за развод брака или је заједнички настављен, или пак ако су супружници живели одвојено најмање две године пре смрти једног од њих, наравно, ово све под условом да сам оставилац завештањем или уговором о наслеђивању није другачије одредио (деталније: Fokiadès, Calame, 2021; Dorjee-Good, Dardel, 2021; Gerstl, 2023). Дакле, овде је предност дата одсуству породичне заједнице са оставиоцем, а не обезбеђењу самог супружника (Piotet, 2012: 61; Fankhauser, 2011: 268). У наведеним случајевима, како каже слово Кодекса, нужни делови се обрачунавају као да умрли супружник није био у браку.¹¹ Исто решење аналогно се примењује и на истополног партнера из регистроване заједнице.^{12 13}

У вези са наведеном новином, треба имати у виду да швајцарски законодавац не предвиђа такво ограничење и за право наслеђа на темељу закона. Наиме, све док се поступак за развод брака правноснажно не оконча, супружник (исто важи и за партнера из регистроване заједнице) задржава право на законски наследни део (детално: Dorjee-Good, Dardel, 2021; Croce, 2021; Novello, 2022). То даље значи, да ако супружник жели другог супружника, од кога се разводи, да онемогући у стицању својства законског наследника, то мора јасно да предочи у завештању или уговору о наслеђивању. Опет, с друге стране, швајцарски нормотворац јасно прописује да располагања имовином *mortis causa* не производе дејство уколико је покренут поступак за развод брака, осим ако је изричито предвиђено супротно.¹⁴

11 Видети: чл. 472, ст. 2 Грађанског кодекса Швајцарске.

12 Видети: чл. 472, ст. 3 Грађанског кодекса Швајцарске.

13 Треба имати у виду да са изменама и допунама Грађанског кодекса од 1. 7. 2022. године, истополни партнери у Швајцарској Конфедерацији једино могу закључити брак.

14 Видети: чл. 120, ст. 3 швајцарског Грађанског кодекса и чл. 31, ст. 2 Савезног закона о регистрованом партнерству између особа истог пола од 5. 6. 2005. године (Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe, LPart, RO 2005 5685, закључно са изменама и допунама од 18. 12. 2020. године). Преузето 2. 8. 2023. <https://www.fedlex.data.admin.ch.pdf>.

У којој мери швајцарски законодавац се труди да привилегује надживелог супружника или регистрованог партнера оставиоца и као законског, али и као нужног наследника, јасно сведочи и садржина чл. 473 Грађанског кодекса. Наиме, овим чланом је задржано решење о праву супружника или регистрованог партнера да свом супружнику или партнеру из регистроване заједнице, располагањем *mortis causa* остави на плодуживање део заоставштине који би припао у својину њиховим заједничким потомцима. По слову Кодекса, ово право плодуживања замењује право наслеђа супружника или ванбрачног партнера на темељу закона.¹⁵ У односу на раније важећу верзију чл. 473 Грађанског кодекса Швајцарске, његова новелирана верзија из 2020. године прописује да се овде имају у виду не само заједничка деца, већ сви заједнички потомци. Новина је и то да је сада расположиви део заоставштине $\frac{1}{2}$ њене вредности, у односу на раније важећу одредбу чл. 473, ст. 2 која је прописивала да је расположиви део заоставштине $\frac{1}{4}$ од вредности заоставштине. Тим слободним делом заоставштине супружник или регистровани партнер може, без икаквих ограничења, да располаже за случај смрти у корист свог супружника или регистрованог партнера (детаљније: Fokiadès, Calame, 2021; Galland, 2023).

4. Промене у величини нужних делова нужних наследника

До реформе наследног права у Швајцарској Конфедерацији из 2020. године, величина нужних делова нужних наследника била је различито одређена у зависности од категорије нужног наследника. Потомци су, на име нужног дела, добијали $\frac{3}{4}$ од вредности законског наследног дела, а супружнику, партнеру из регистроване заједнице и родитељима оставиоца нужни део је био $\frac{1}{2}$ од законског наследног дела.¹⁶

Од 1. јануара 2023. године, потомци више нису, у погледу величине нужног дела, привилегована категорија, будући да је сада свим нужним наследницима нужни део $\frac{1}{2}$ законског наследног дела,¹⁷ осим, наравно, ако сам оставилац у завештању или уговору о наслеђивању није потомку „задржао” $\frac{3}{4}$ вредности нужног дела (Zaugg, 2023).

У швајцарској правној литератури решење о смањењу величине нужног дела потомака има оправдања.¹⁸ С једне стране, право на нужни део редовно

15 Видети: чл. 473, ст. 2 швајцарског Грађанског кодекса.

16 Видети: чл. 471 швајцарског Грађанског кодекса, пре реформе из 2020. године.

17 Видети: чл. 471 швајцарског Грађанског кодекса, после реформе из 2020. године.

18 У швајцарској правној литератури има и мишљења о потреби флексибилног одређивања квоте нужног дела, узимајући у обзир околности конкретног случаја. Видети: Cottier, 2014: 39; Breitschmid, 2013: 28.

није више у функцији обезбеђивања издржавања потомака, будући да они у швајцарском друштву, у просеку, наслеђују када наврше 50 година, дакле у време када су, по правилу, финансијски довољно материјално обезбеђени за сопствено издржавање. Осим тога, и примарна улога државе у кризи о старим лицима има за последицу да „наследство није више суштински део старања”, с обзиром на све дужи животни век (Cottier, 2014: 30–31). С друге стране, установом нужног дела се ограничава приватна аутономија, као основни принцип швајцарског правног система. Нужни део представља препреку за пренос породичног предузећа на одређене представнике наредне генерације, као и за располагање у друштвено-корисне сврхе. Отуда је оправдано смањење величине нужног дела потомака (Cottier, 2014: 30).

Када се узме у обзир чињеница да је, према расположивим подацима из 2020. године, вредност заоставштине и учињених поклона износила 95 милијарди франака, наспрам 36 милијарди 1999. године (детаљније: Brülhart, 2019: 1), онда постаје јасна брига швајцарских власти да то материјално богатство делом усмеравају у сврхе које више погодују друштвеним у односу на индивидуалне интересе, укључујући ту и порез на наслеђе који је, рецимо, у великом броју кантона, минималан за потомке, супружника или регистрованог партнера, али је зато прилично висок за ванбрачног партнера, када наслеђује свог ванбрачног партнера или од њега добија поклон, рецимо у кантонима Вауд и Женева (Morard, Munier, 2023; Pavone, 2022).

Овако постављеном законском конструкцијом чл. 471 јасно се види да фокус швајцарског нормотворца није више на преносу породичног богатства на потомке, већ на обезбеђењу финансијске сигурности супружника, односно партнера из регистроване заједнице (Häberling, Ademaј, 2021). Штавише, када новелу чл. 471 швајцарског Грађанског законика повежемо са његовим чл. 216 који говори о могућности супружника да брачним уговором, на другачији начин од законског имовинског режима, уговоре учешће у заједнички стеченој имовини, које се, по слову Кодекса, третира као поклон *inter vivos* за супружника који добија више, и да се тако стечена имовинска корист не узима у обзир приликом израчунавања нужних делова надживелог супружника, али и регистрованог партнера и њихових заједничких потомака, потврђује се и појачава већ стечени утисак. Мора се имати у виду да ово решење нема примену у односу на потомке оставиоца који уједно нису и десценденти надживелог супружника, односно регистрованог партнера. Њима припада право да, ради намирења свог нужног дела, приликом израчунавања његове вредности, захтевају и

укључивање удела умрлог супружника који је већи од половине заједничке имовине (деталније: Fokiadès, Calame, 2021; Croce, 2021).

Новелирани чл. 471 швајцарског Грађанског кодекса, дакле, омогућава сваком лицу, способном да располаже својом имовином како *inter vivos*, тако и *mortis causa*, да то чини са најмање $\frac{1}{2}$ њене вредности. То даље отвара простор за фаворизовање, рецимо: ванбрачног партнера, пасторака, даљих крвних сродника, или да се већи део имовине додели наследнику који је способнији за обављање породичног бизниса (деталније: Dorjee-Good, Dardel, 2021; Croce, 2021; Galland, 2023). У којој мери је то реално оствариво умногоме зависи од пореске политике појединих кантона код разрезавања пореза на наслеђе, нарочито ванбрачним партнерима (Pavone, 2022; Morard, Munier, 2023).

5. Утицај везане индивидуалне пензионе штедње на нужни део

Швајцарски пензиони систем утемељен је на принципу три стуба старосне заштите.¹⁹ Првим стубом обухваћено је старосно, породично и инвалидско осигурање. У другом стубу се налазе професионалне пензије, а у трећем стубу индивидуална пензиона штедња.²⁰

По правилу, пензиона средства инкорпорисана у првом и другом стубу социјалне сигурности не чине заоставштину и као таква не могу бити искоришћена за намирење повређеног нужног дела нужног наследника, већ за друге сврхе (Piotet, 2012: 45). Државне пензије (којим је обухваћено старосно, породично и инвалидско осигурање) морају адекватно да покрију основне (виталне) потребе осигураника.²¹ Професионалним пензијама треба да се одржи животни стандард осигураника који је постојао до пензионисања.²²

Исто, начелно, важи и за уштеђевине које су акумулиране током радног века све до одласка у пензију у банци или осигуравајућем друштву, које чине стуб За индивидуалне пензионе штедње.²³ И поред тога, новелирани

19 О швајцарском пензионском сиситему детаљно видети код: Leimgruber, M. (2022). Les „trois piliers” comme modèle réformateur international.

20 Видети: чл. 111, ст. 1 Устава Швајцарске Конфедерације од 18. 4. 1999. године (Constitution fédérale de la Confédération suisse, RO 1999 2556, закључно са изменама и допунама од 13. 2. 2022, RO 2022 241, FF 2020 6837). Преузето 22. 7. 2023. <http://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/fr#sidebarAnchor>.

21 Видети: чл. 112, ст. 2, тач. б Устава Швајцарске Конфедерације.

22 Видети: чл. 113, ст. 2, тач. а Устава Швајцарске Конфедерације.

23 У том правцу видети: чл. 82, ст. 4 Савезног закона о професионалним, породичним и инвалидским пензијама) Швајцарске Конфедерације од 25. 6. 1982. године (Bundesgesetz

чл. 529 швајцарског Грађанског кодекса изричито прописује да нужни наследник коме је нужни део повређен може захтевати његово намирење управо од корисника стуба За и, што је било предвиђено и пре реформе наследног права из 2020. године, корисника животног осигурања. Притом, користи које произлазе из ограниченог плана индивидуалне пензионе штедње, уговореног са осигуравајућим друштвом, и осигурана сума код осигурања за случај смрти подлежу умањењу за њихову откупну вредност. Узимањем у обзир откупне вредности користи по основу животног осигурања или на темељу ограниченог индивидуалног плана штедње, сроченог са осигуравајућим друштвом, фаворизује се корисник на штету нужног наследника, јер је она увек нижа од вредности осигуране суме (Piotet, 2012: 44). То не важи и за потраживања корисника која произлазе из везаног индивидуалног пензионог плана умрлог, уговореног са банком. Она се смањују у пуном обиму (Häberling, Ademaј, 2021). Како је исправно примећено у стручној литератури, овако конструисана решења могу обезбедити нужни део нужним наследницима, али, у исто време, могу бити извор многобројних спорова међу наследницима одређеног оставиоца, јер је чл. 529 Грађанског кодекса Швајцарске (а исто важи и за чл. 476 Кодекса), извор неправде, контраверзи и правне несигурности (Bürgi, Peyer, 2022). Због тога је предложено, и пре реформе наследног права из 2020. године, њихово укидање (Piotet, 2012: 45).

6. Измене и допуне прописа посвећених уговору о наслеђивању

До реформе наследног права у Швајцарској Конфедерацији из 2020. године, уговор о наслеђивању као дозвољен правни посао којим једна уговорна страна располаже делом или целином своје имовине у корист друге уговорне стране или трећег лица, био је регулисан тако што је основа на којој је почивала законска конструкција овог уговора била слобода давања. То јасно проистиче из одредбе да уговорни оставилац и после закључења уговора о наслеђивању слободно може да располаже својом имовином, изузев ако самим уговором није другачије предвиђено или су добротина давања неспојива са обавезама које проистичу из уговора.²⁴

Новелираним чл. 494 швајцарског Грађанског кодекса слобода давања се замењује забраном располагања без накнаде *inter vivos* или *mortis causa*, осим уобичајених поклона или ако то није изричито предвиђено

über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und invalidenvorsorge – BVG, RO 1983 797, закључно са изменама и допунама од 17. 12. 2021. године, RO 2023 254). Преузето 24. 7. 2023. http://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1983/797_797_797/fr/history.

24 Видети: чл. 494 швајцарског Грађанског кодекса, пре новела из 2020. године.

уговором (Dorjee-Good, Dardel, 2021; Bürgi, Peyer, 2022). Уколико таква добродина располагања премашују вредност уобичајених поклона, она се могу оспоравати, поштујући одредбе чл. 522 које се односе на редукцију добродиних давања оставиоца, и то у мери у којој нису у сагласју са обавезама које проистичу из уговора о наслеђивању, нарочито када смањују бенефиције које проистичу из самог уговора, и у ситуацији када таква добродина давања нису резервисана у самом уговору. Овом новелом до краја и у потпуности је испоштовано правило, садржано у чл. 2, ст. 2 Грађанског кодекса Швајцарске да „очигледна злоупотреба права нема правну заштиту”.

7. Редослед намирења повређеног нужног дела из добродиних давања оставиоца

Реформом швајцарског наследног права из 2020. године новелиране су и одредбе Грађанског кодекса, посвећене намирењу повређеног нужног дела нужног наследника.

Наиме, до 1. јануара 2023. године у примени је била правило да се за намирење повређеног нужног дела користе поклони, а потом и располагања за случај смрти која прелазе расположиви део заоставштине.²⁵ Измене и допуне истог члана сада, пре свих ових располагања без надокнаде, додају и законске наследне делове наследника који у конкретном случају наслеђују, побољшавајући на тај начин позицију нужног наследника коме је право на нужни део повређено.

Осим тога, а у складу са наведеном новином, измену је доживео и чл. 523 Грађанског кодекса Швајцарске. Наиме, раније важећа верзија овог члана предвиђала је да се располагања за случај смрти, учињена у корист нужног наследника, уколико премашују његов нужни део, смањују сразмерно износу који прелази његов нужни део. Новелирани чл. 523 овог Кодекса сада уређује да се приликом намирења нужног дела нужног наследника узимају у обзир не само располагања *mortis causa*, учињена у корист нужног наследника, већ и оно што је, на име наследног дела по закону примио. Занимљиво је да се добродина давања *inter vivos* којима је хонорисан нужни наследник не спомињу као могући извор намирења његовог нужног дела.

У односу на раније важеће наследноправне прописе који нису ближе прецизирали којим редоследом се добродина давања користе за намирење нужног дела, прописи који су почели да се примењују од 1. јануара 2023. године и ту уносе више реда, извесности, па и правне сигурности (Dor-

²⁵ Видети: чл. 522, ст. 1 швајцарског Грађанског кодекса, пре новела из 2020. године.

jee-Good, Dardel, 2021). Наиме, док је раније важећи чл. 532 швајцарског Грађанског кодекса уопштено прописивао да се повређен нужни део прво намирује из располагања за случај смрти, па онда из добротиних давања за живота и то почев од најновијег поклона (најближег тренутку отварања наслеђа), па све тако редом до најкасније учињеног поклона, док се нужни део не намири, његова новела то мења. Наиме, измене и допуне овог члана из 2020. године одређују да се нужни део прво намирује из законских наследних делова наследника, па онда из располагања *mortis causa* и на крају из давања без надокнаде *inter vivos*. Вредност оваквог решења швајцарског законодавца нарочито долази до изражаја када се заоставштина у једном делу наслеђује на основу закона, а у другом делу на темељу располагања за случај смрти.²⁶ Будући да може бити више добротиних давања за живота која се разликују не само по времену давања, већ и по правном карактеру, швајцарски законодавац ближе одређује и редослед којим се нужни наследник намирује из тих добротиних давања. Прво се за намирење нужног дела узимају добротина давања у корист супружника или регистрованог партнера, проистекла из брачног уговора, односно имовинског уговора, а која се узимају у обзир приликом израчунавања нужних делова. Ако она нису довољна за намирење повређеног нужног дела, он се измирује из поклона који се увек могу опозвати и користи које проистичу из ограниченог (везаног) плана пензионе штедње, у истој сразмери, и на крају из других добротиних давања *inter vivos*, почев од најновијих, па редом до најстаријих.²⁷

Оно што је била правна дилема годинама уназад, да ли се добротина давања једног супружника, односно регистрованог партнера у корист другог супружника, односно регистрованог партнера путем брачног уговора, односно имовинског уговора сматрају поклонима *inter vivos* или *mortis causa*, сада је то новелом чл. 532 разрешено. Таква располагања чине располагања за живота.²⁸ Како је већ примећено у стручној литератури ова дилема није само теоријског, већ много више практичног карактера, јер задире у сам поступак израчунавања вредности нужног дела и редослед његовог намирења из оставиочевих добротиних давања (Croce, 2021).

26 На оправданост овакве допуне текста Грађанског кодекса Швајцарске већ је раније указано у правној теорији. Видети: Piotet, 2012: 54.

27 Упоредити: раније важећу верзију чл. 532 швајцарског Грађанског кодекса и верзију истог члана који је од 1. јануара 2023. године у примени.

28 У прилог прихватљивости таквог решења видети: Dorjee-Good, Dardel, 2021; Fokiadès, Calame, 2021. Супротно мишљење видети код: Piotet, 2012: 56.

8. Закључна разматрања

Како се може видети, прва фаза реформе наследног права „не дира” у постојећу структуру установе наслеђивања, јер ако би се њен „... механизам суштински променио, економски токови могли би да се преусмере на начин да се појаве нежељени ефекти, који могу имати несагледиве последице с обзиром на пропорције привредног супстрата који се годишње преноси наследноправним прописима. Због тога се експерименти не препоручују” (Breitschmid, 2013: 27).

Више је него јасно да швајцарски законодавац реформом наследног права из 2020. године, то јест решењима о смањењу нужног дела потомака и укидању права на нужни део родитеља, ставља у први план економске интересе супружника или партнера из регистроване заједнице оставиоца, док је очување имовине, у окриљу породице, од стране сродника, како потомака, тако и директних предака у другом плану. Овакву привилегију у корист супружника или партнера из регистроване заједнице, швајцарски нормотворац донекле ублажава новином да надживели супружник губи право на нужни део, уколико је у току поступка за развод брака један од супружника умро. Исто решење предвиђено је и за партнера из регистроване заједнице. Нејасно је, међутим, зашто надживелом супружнику или регистрованом партнеру, у таквој ситуацији, није ускраћено право да на темељу закона наследи свог упокојеног супружника, односно регистрованог партнера, већ је то оставилац, за живота, морао изричито да предвиди у својој изјави последње воље (завештању или уговору о наслеђивању).

Намера швајцарског законодавца да наследноправне прописе прилагоди стварним токовима живота и да уважи социјалну везу коју је оставилац за живота остварио и неговао са ванбрачним партнером није реализована. Парадоксално је да швајцарски парламент, под плаштом заштите породице, уважава и штити наследноправне интересе супружника или партнера из регистроване заједнице који су са оставиоцем изградили породичну заједницу, али у погледу исте ситуације, ванбрачног партнера доводи у неравноправан положај, утолико више што ванбрачне заједнице нису спорадичне појаве у швајцарском савременом друштвеном миљеу.

Измене и допуне швајцарских наследноправних прописа које се тичу уговора о наслеђивању, а које сада у први план стављају забрану уговорном оставиоцу да без надокнаде, после закључења овог правног посла, располаже својом имовином, како за живота, тако и за случај смрти, осим уобичајених поклона, уместо слободе добротиних давања која је

раније важила, у служби су појачане заштите наследноправних интереса уговорног наследника.

Правно-техничка побољшања и прецизирања текста Грађанског кодекса Швајцарске Конфедерације, који се тиче редоследа добротиних давања из којих се намирује повређени нужни део, могу бити од користи нужном наследнику и допринети вишем степену правне сигурности.

Литература/References

Breitschmid, P. (2013). *Bericht zu den Konturen eines „zeitgemässen Erbrechts“ zu Händen des Bundesamtes für Justiz zwecks Umsetzung der „Motion Gutzwiller“ (10.3524 vom 17. 06. 2010)*. Преузето 3. 8. 2023. <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht.html>.

Brühlhart, M. (2019). Les héritages en Suisse: évolution depuis 1911 et importance pour les impôts. *Social Change in Switzerland*. N°20. 1–17.

Bundesrates Schweiz (2010). *Stellungnahme des Bundesrates vom 25. 08. 2010*. Преузето 22. 7. 2023. <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20103524>.

Bürgi, U., Peyer, M. (2022). *Das revidierte Erbrecht: Ein Überblick über die am 01. 01. 2023 in Kraft tretenden Änderungen (Teil 1)*. Преузето 30. 7. 2023. <https://law.ch/lawnews/2022/10/das-revidierte-erbrecht-ein-ueberblick-ueber-die-am-01-01-2023-in-kraft-tretenden-aenderungen/>

Bürgi, U., Peyer, M. (2022a). *Das revidierte Erbrecht: Ein Überblick über die am 01. 01. 2023 in Kraft tretenden Änderungen (Teil 2)*. Преузето 30. 7. 2023. <https://law.ch/lawnews/2022/11/das-revidierte-erbrecht-ein-ueberblick-ueber-die-am-01-01-2023-in-kraft-tretenden-aenderungen-teil-2/>

Conseil fédéral Suisse. (2015). *Modernisation du droit de la famille, Rapport du Conseil fédéral suite au postulat Fehr (12.3607)*. Преузето 14. 7. 2023. [https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/gesellschaft/](https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht.html)

[gesetzgebung/erbrecht.html](https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht.html).

Conseil fédéral Suisse. (2015a). *Résumé: Rapport sur le droit de la famille*. Преузето 14. 7. 2023. <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht.html>.

Cottier, M. (2014). *Ein zeitgemässes Erbrecht für die Schweiz Bericht zur Motion 10.3524 Gutzwiller „Für einzeitgemässes Erbrecht“ zuhanden des Bundesamts für Justiz*. Преузето 14. 7. 2023. <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht.html>.

Croce, L. (2021). *Révision du droit suisse des successions: quelles nouveautés?* Преузето 22. 7. 2023. <https://croce-associes.ch/nouveau-droit-suisse-succes-sions>.

Dorjee-Good, A. Dardel, D. (2021). Réforme du droit successoral: Plus de flexibilité pour la transmission d'entreprises. *Monthly Newsletter. Private Wealth*. Преузето 18. 7. 2023. https://www.sw_nl_june1_2021_french.pdf.

Dubler, A. M., Schnyder, B. (2006). Droit successoral, in *Dictionnaire historique de la Suisse (DHS)*, version du 23. 10. 2006. Преузето 29. 7. 2023. <https://hls-dhs-dss.ch/fr/articles/009609/2006-10-23/>.

Dupuis, J. (2022). Le nouveau droit des successions. *L'Agefi*. Преузето 20. 6. 2023. <https://agefi.com>.

Fokiadès, A., Calame, S. (2021). *Nouveau droit des successions suisse: Entrée en vigueur prévue pour le 1er janvier 2023*. Преузето 14. 7. 2023. <https://www.mll-news.com/nouveau-droit-des-successions-suisse-entree-en-vigueur-prevue-pour-le-1er-janvier-2023/?lang=fr>.

Frankhauser, R. (2011). *Die Ehekrise als Grenze des Ehegattenerbrechts*. Bern: Stämpfli Verlag AG.

Galland, P. (2023). *Réforme du droit des successions: plus de liberté pour le testateur*. Преузето 29. 7. 2023. <https://www.piguetgalland.ch/fr/plus-de-liberte-dans-la-repartition-de-votre-heritage-des-2023/>

Gerstl, B. (2023). *Scheidung: Ist mein Testament weiterhin gültig?* Преузето 12. 7. 2023. <https://www.deinadieu.ch/ratgeber/scheidung-ist-mein-testament-weiterhin-gueltig/>.

Gutzwiller, F. (2010). *Motion Moderniser le droit des successions (10.3524)*. Преузето 30. 7. 2023. године. <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=23465>.

Häberling, W., Ademaj, M. (2021). *Erbrechtsrevision: Das neue Erbrecht*. Преузето 2. 8. 2023. <https://www.mill-news.com/erbrechtsrevision-das-neue-erbrecht/>

Leimgruber, M. (2022). *Les „trois piliers“ comme modèle réformateur international*. Преузето 31. 7. 2023. <https://sozialesicherheit.ch/fr/les-trois-piliers-comme-modele-reformateur-international>.

Morard, C., Munier, R. (2023). *Nouveau droit des successions: ce qui change en 2023*. Преузето 12. 7. 2023. <https://www.ca-nextbank.ch/fr/fr/toutes-actualites/heritage-que-prevoit-la-nouvelle-loi.html>.

Novello, P. (2022). *Que changera le nouveau droit successoral dans la procédure de divorce?* Преузето 18. 7. 2023. <https://www.blogs.letemps.ch>.

Pavone, P. (2022). *Entrée en vigueur du nouveau droit des successions en janvier 2023*. Преузето 18. 8. 2023. <https://www.bcv.ch/pointsforts/votre-argent/2022/entree-en-vigueur-du-nouveau-droit-des-successions-en-janvier-20.html>.

Piotet, D. (2012). *Rapport adressé à l'Office fédéral de la justice sur la révision du Livre Troisième du Code civil suisse, „Des successions” ensuite de l'adoption par les Chambres fédérales de la motion Gutzwiller 10.3524*. Преузето 12. 6. 2023. <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/gesellschaft/gesetzgebung/erbrecht.html>.

Zaugg, J. (2023). *Erbrechtsrevision – Alters Testament ungültig?* Преузето 2. 8. 2023. <https://www.deinadieu.ch/ratgeber/erbrechtsrevision-alters-testament-ungultig/>

Правни извори

Грађански кодекс Швајцарске Конфедерације од 10. 12. 1907. године (Code civil suisse, RO 24 245, закључно са изменама и допунама од 25. 9. 2020. године, RO 2022 491, FF 2017 6565). Преузето 22. 7. 2023. http://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/fr#sidebarAnchor.

Савезни закон о регистрованом партнерству између особа истог пола Швајцарске Конфедерације од 5. 6. 2005. године (Loi fédérale sur le partenariat enregistré entre personnes du même sexe, LPart, RO 2005 5685, закључно са изменама и допунама од 18. 12. 2020. године). Преузето 2. 8. 2023. <https://www.fedlex.data.admin.ch.pdf>.

Савезни закон о професионалним, породичним и инвалидским пензијама Швајцарске Конфедерације од 25. 6. 1982. године (Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und invalidenvorsorge – BVG, RO 1983 797, закључно са изменама и допунама од 17. 12. 2021. године, RO 2023 254). Преузето 24. 7. 2023. http://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1983/797_797_797/fr/history.

Устав Швајцарске Конфедерације од 18. 4. 1999. године (Constitution fédérale de la Confédération suisse, RO 1999 2556, закључно са изменама и допунама од 13. 2. 2022. године, RO 2022 241, FF 2020 6837). Преузето 22. 7. 2023. <http://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/fr#sidebarAnchor>.

*Nataša Stojanović, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš,
Republic of Serbia*

REFORM OF INHERITANCE LAW IN THE SWISS CONFEDERATION (REFORM PHASE I)

Summary

In this paper, the author sheds light on the 2020 reform of the Swiss inheritance law, which was instituted by amending the succession law provisions of the Civil Code of the Swiss Confederation (2020). The new provisions have been in force since January 2023. The research on this subject matter is aimed at determining the scope and the quality of the revised Swiss legislation on intestate succession. To this effect, the author focuses on a number of new provisions related to statutory heirs: reduction of the children's protected share (forced heirship portion of the decedent's descendants); abolition of the parents' protected share (forced portion of the decedent's parents); loss of the forced portion for the surviving spouse or same-sex partner in a registered civil partnership in case the divorce proceeding or the proceeding for dissolving a registered civil partnership has been initiated but a spouse or a registered civil partner dies before the proceeding is terminated; a qualitatively different concept of contractual freedom embodied in inheritance contracts; the impact of the "three-pillar system" of the Swiss pension and disability insurance on the exercise and protection of the right to forced portion; changes and nomotechnical improvements of provisions concerning the order of gratuitous donations from which the forced heirs' portion is settled. For the purposes of this paper, the author applied the dogmatic legal science research method, the normative legal research method, and the legal history research method. In the author's opinion, the new provisions on intestate succession are largely aimed at ensuring a greater freedom of testamentary disposition of gratuitous donations, both inter vivos and mortis causa. However, the new legal solutions seem to be insufficiently aligned with the social circumstances in contemporary Switzerland because the right to statutory inheritance is not recognised to an extramarital partner, whereas it is granted to a spouse or a same-sex partner from a registered civil partnership, even though extramarital partnerships are equally present in real life as marriage and registered same-sex partnerships.

Keywords: *Swiss law, reform of the inheritance law, intestate succession, decedent's extramarital partner, expanding the freedom of testamentary disposition inter vivos and mortis causa.*

Dušica Miladinović-Stefanović, LL.D.,*

Associate Professor,
Faculty of Law, University in Niš,
Republic of Serbia

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД

10.5937/zrpfno-46669

UDK: 347.628.42:347.622-053.6]:343.62

UDK: 316.811.11-053.6

Рад примљен: 21.09.2023.

Рад прихваћен: 04.10.2023.

CRIMINAL OFFENCE OF EXTRAMARITAL UNION WITH A MINOR DE LEGE LATA AND DE LEGE FERENDA**

Abstract: *As juveniles fall into the category of insufficiently mature and vulnerable persons, Serbian law has traditionally recognized the special status of minors within the framework of criminal law protection, regardless of whether they are perpetrators or victims of crimes. In recent times, certain steps have been taken to ensure their more comprehensive protection. However, in all these efforts to strengthen the criminal-law protection of minors, one of the criminal offences against marriage and family seems to have remained “under the radar”: the criminal offence of cohabitation with a minor (Article 190 of the Criminal Code). While life in an extramarital union can be harmful for minor’s health, education, economic situation (etc.), this cohabitation community with a minor may be just a cover for sexual, labor or other forms of exploitation and abuse of minors. In this context, the subject matter of research in this paper is the normative framework of this criminal offence, and its application in domestic judicial practice, particularly in view of achieving the criminal-policy goals de lege ferenda.*

Keywords: *criminal offence, extramarital union with a minor, Serbian criminal legislation.*

* dusica@prafak.ni.ac.rs

** This paper is part of research conducted within the project “Responsibility in Legal and Social Context”, funded by the Faculty of Law, University of Niš, in the period 2021-2025. The content of the paper was presented at the International Scientific Conference “Law and Social Values”, at the Faculty of Law in Niš on 21-22 April 2023.

1. Introductory remarks

In the criminal legislature of the Republic of Serbia, juveniles or minors traditionally enjoy a special status in terms of legal protection, regardless of whether they are perpetrators or victims of criminal offences. It is fully understandable and justifiable considering the characteristics of this social category, which includes young people who are still in the process of biological, psychological and social formation, development and maturation. Although Serbian law has traditionally recognized the need for rules adapted to this social category, certain steps have been taken in recent times to ensure their more comprehensive protection. Thus, the Act on Juvenile Criminal Offenders and Criminal Law Protection of Juveniles (2005)¹ unified specific legal solutions from the area of substantive, procedural and enforcement criminal law within a single source of law. This tendency was furthered in the Act on Special Measures for Preventing the Commission of Sex Crimes against Minors (2013)² which *inter alia* envisaged a special record of sex offenders, introduced a ban on punishment reduction and parole, prescribed that there shall be no statute of limitations on criminal prosecution and execution of punishment in sex offences involving minors, and introduced other special legal consequences of punishment.³ This was in line with the earlier amendments to the Criminal Code, introduced in compliance with the CoE of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse (2007),⁴ and the latest amendments to the Criminal Code (2019),⁵ which introduced a sentence of life imprisonment in order to ensure an adequate punishment for the perpetrators of the most serious sex crimes against life and limb in case the consequence of the crime is death of a child, a minor, a pregnant woman or an infirm person of impaired physical or mental health. The same conceptual framework was pursued by the working group created by the Ministry of Justice which was tasked to draft the legislative act on the so-called *Amber Alert*, a special mechanism for instituting a faster and

1 Act on Juvenile Criminal Offenders and Criminal Law Protection of Juveniles, *Official Gazette*, no. 85/05.

2 Act on Special Measures for Preventing the Commission of Sex Crimes against Minors, *Official Gazette*, no.32/13.

3 For more, see: Миладиновић-Стефановић, 2013: 377-393, Миладиновић-Стефановић, 2014а: 567-584, and Миладиновић-Стефановић, 2014b: 447-462.

4 The Act on the ratification of the Council of Europe Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, *Official Gazette – International contracts*, no. 1/10.

5 The Criminal Code of the Republic of Serbia, *Official Gazette*, no. 85/05, 88/05–corr., 107/05–corr., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 and 35/19.

more efficient search for missing or abducted children.⁶ Yet, in these efforts to strengthen the criminal-law protection of minors, one criminal offence against marriage and family seems to have remained “under the radar”: the criminal offence of cohabitation with a minor in an extramarital union (Article 190 CC). There is no need to elaborate on the thesis that life in an extramarital union can be harmful for a minor in terms of physical and mental health, education, economic dependence, etc. Such cohabitation may also be just a cover for sexual, labor or other forms of exploitation and abuse of minors. In this context, the subject matter of research in this paper is the normative framework of the criminal offence of extramarital cohabitation with a minor (Article 190 CC) and its application in domestic judicial practice. The analysis aims to examine its appropriateness and applicability *de lege ferenda* in view of achieving the policy goals which triggered the criminalization of this offence.

2. Object of protection in an extramarital union with a minor

The criminal offence of cohabitation with a minor falls into the group of criminal offences against marriage and family (envisaged in Articles 187-197 of the Serbian Criminal Code). Given the fact that Article 190 CC envisages a dual object of protection, the incriminated offences are classified into two groups: criminal offences against marriage and criminal offences against family (Делић, 2021: 111-112, Јовашевић, 2017: 102). In light of this classification, there is a question concerning the classification of the criminal offence of cohabitation with a minor in an extramarital union, i.e. which of the two groups it falls into. It is evident that such a union does not protect marriage,⁷ nor is it formally and theoretically supported that it protects the institution of extramarital unions as such. It could perhaps be argued that this criminal offence indirectly protects the family because the functionality of an extramarital union with a minor may be disputable, considering the fact that the minor is still immature, in the process of biological, cognitive, psychological and social development, and still in great need of assistance and support to gain their own independence. However, it seems that the *ratio legis* of this incrimination is to be found in the need to protect minors from entering into extramarital unions, which may be harmful to their physical and mental health, which may considerably hinder or completely obstruct their education, and thus limit their future prospects. For this reason, in the legislations of some foreign countries, the group of crimes including the

6 Ministry of Justice (2020). Working group of the Ministry of Justice for introducing Amber Alert, 11.03.2020; <https://www.mpravde.gov.rs/sr/vest/29094/radna-grupa-ministarstva-pravde-za-uvodjenje-amber-alarma.php>

7 There is a contrary (minority) opinion that the incrimination protects marriage indirectly since it prohibits “alternative” extramarital unions (Јовић, 2001: 727, Ђорђевић, 2014: 78).

cohabitation with a minor was designated as *criminal offences against marriage, family and children*, which is the case in the legislation of Croatia and some other neighboring countries.⁸

The Croatian legal theory emphasizes that Chapter XVIII of the Croatian Criminal Code (Articles 167-179a) protects a number of correlated social goods: marriage (by prohibiting bigamy, illegal marriage, and forced marriage), family (by envisaging penalty for violation of family obligations, abandoning a next of kin in times of hardship, breach of maintenance obligation, incest, and domestic violence) and children⁹ (by prescribing penalty for an adult living in an extramarital union with a child, child abduction or taking a child from their family, adoptive or foster family, guardian or guardianship authority, child abandonment, fraudulent change of child's family conditions, violation of children's rights and privacy (Cvitanović, Derenčinović, Turković, Munivrana Vajda, Dragičević Prtenjača, Maršavelski, Roksandić Vidlička, 2018: 227-228). Yet, in Croatian criminal law theory, there are different standpoints on the object of protection in this criminal offence: protection is primarily provided to children and indirectly to the family (Hirjan, Singer, 1991: 235); children and marriage are protected concurrently (Novoselec, Turković, Derenčinović, Cvitanović, Bojanić, Grozdanić, Kurtović, 2007: 205); there is an exclusive protection of children only (Šeparović, 1987: 94).

In view of the internal systematization of these subgroups, it should be noted that the Serbian criminal law literature includes a similar opinion: thus, besides the first group of offences which are undoubtedly related to the criminal acts against marriage, there is the second group of criminal acts that are definitely committed against *family and minors* (Мрвић Петровић, 2019: 146); the latter group includes: cohabitation with minors in an extramarital union (Art. 190 CC), child abduction (Art. 191 CC), change of child's family status (Art.192 CC),

8 See: Chapter XVIII of the Criminal Code of Croatia, *Narodne novine*, no. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19, 84/21 and 114/22. Similar but less precise provisions are envisaged in the Criminal Code of the Federation of Bosnia and Herzegovina (*Official Gazette of FB&H*, no. 36/03, 21/04-corr., 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14, 76/14, 46/16, 75/17 and 31/23), which envisages criminal offences against marriage, family and young persons (Ch. XX). The criminal offences against marriage, family and youth are also part of the Criminal Act of the Brčko District (*Official Gazette of the Brčko District of FB&H*, no. 19/20-consolidated text) and the Criminal Code of the Republic of Northern Macedonia (*Official Gazette of RM*, no. 37/96, 80/99, 4/02, 43/03, 19/04, 81/05, 60/06, 73/06, 7/08, 139/08, 114/09, 51/11, 135/11, 185/11, 185/11, 142/12, 166/12, 55/13, 82/13, 14/17, 27/14, 28/14, 115/14, 132/14, 160/14, 199/14, 196/15, 226/15, 97/17, 248/18 and 8/23), but neither act provides a definition of young persons or youth (respectively).

9 Under the Croatian criminal law, a child is defined a person under the age of 18 (Art. 87 para.7 CC RC). In Serbian criminal law, there is a distinction between a juvenile (a person under the age of 18), a minor (a person over 14 who has not turned 18), and a child (a person under the age of 14) (Article 112, items 8, 9, 10 of the CC).

child abandonment, neglect and abuse (Art. 193 CC), serious (qualified) forms of domestic violence (Art. 194, para.3 CC), and incest (Art. 197 CC). The former observations indicate that it may be justified to consider renaming this group of criminal offences (as criminal acts against marriage, family and children) and clearly designating which of these crimes are committed against minors, which will ensure their adequate protection and relevant punishment for the offender.

3. The essential elements of the criminal offence of extramarital union with a minor

This criminal offence is committed by an adult person who lives in an extramarital union with a minor (Article 190 para.1 CC). The Serbian CC does not define the concept of an extramarital union but comparative law shows otherwise.¹⁰ The lack of an authentic interpretation of this concept in the context of criminal law implies that the provisions of the Family Act (hereinafter: FA) have to be taken into account as relevant.¹¹

In the Family Act, an extramarital union is defined as a more permanent union of life of a woman and a man, whose relationship is not barred by any marital obstacles (Art. 4 FA). This definition contains certain constituent elements that are the basic preconditions for the existence of an extramarital union: the presence of the community of life, different gender of extramarital partners, monogamy, stability and duration of the union, which is a notorious fact (Поњавић, Влашковић, 2019: 139); some authors identify additional elements: the community of life, the length/duration of the union, and the absence of marital obstacles (Панов, 2022: 151-152).

The community of life means that extramarital partners live together (co-habitate), share a place of residence, eat together, equally contribute to earning and spending their finances, have joint responsibilities, spend free time together, have intimate sexual relationships, etc. An extramarital union is not to be identified solely with sexual relations between partners, even if they are of permanent nature. It should be also borne in mind that a consensual sexual

10 The Criminal Code of Croatia defines an extramarital union as a life union of a more permanent character, or a union of less permanent character as a result of which the partners have a child (Art. 87 para. 10 CC RC). This concept was not a subject matter of authentic interpretation in the original version of this Code, for which reason the courts resorted to applying the definition of an extramarital union from the family law. In order to provide for the application of this concept within the framework of the Criminal Code, the legislator decided to introduce this definition, whose effectiveness is still questionable. For more, see: Garić, 2006: 30; Lucić, 2015: 109.

11 The Family Act, *Official Gazette RS*, no. 18/05, 72/11, and 6/15.

relationship (intercourse) with a person under the age of 14 is not treated as a criminal act, unless committed under the conditions prescribed in the criminal offences envisaged in Chapter 18 (Articles 178-186) of the Serbian Criminal Code (sexual offences). This is an additional argument in favor of the conclusion that the purpose of this incrimination is not only the protection of minors from engaging in sexual relations early in their lives but also from cohabitation which implies various obligations and constraints imposed by an extramarital union. Unlike marriage, an extramarital union excludes the possibility of living in separate residences. In case spouses decide to live apart, marriage still formally exists. In out-of-wedlock relations, the union ends in case of separation, due to its extramarital nature and the fact that Serbian law does not require any formal registration of such unions.¹² In other words, without the community of life which binds together the emotional, sexual, procreative, economic, intellectual, cultural and other needs of a man and a woman, marriage still formally exists (albeit only as “an empty shell”); on the other hand, an extramarital union is terminated without the community of life.

The essential elements of an extramarital union are its *permanence and stability*. Yet, permanence is a rather flexible term and competent courts assess the actual substance of this legal standard on the basis of relevant circumstances in each single case. Thus, some foreign legislations tend to specify this legal standard in the interest of legal equality and certainty.¹³ However, there are cases where Serbian criminal courts did not insist on permanence as an essential element of extramarital union. For example, in a number of judicial decisions, the court concluded that the criminal act was committed “*when the accused lived with the injured party in his sister’s apartment for two days although they planned to live in a rented apartment*”,¹⁴ or that “*the termination of the extramarital union after eight days because the accused made the injured party return to her parents has no relevance for the commission of this act*”.¹⁵ Although quite similar, these examples are substantially different. Namely, the second case completely dismisses the

12 For more on the registration of extramarital unions, see: Kaščelan, 2012: 92 et seq.

13 Under the Croatian law, an extramarital union must last for at least three years; it may be shorter if the partners have a child or if the union results in marriage (Art. 11 para.1 of the Family Act, *Narodne novine RC*, no. 103/15, 98/19, 47/20 and 49/23). This formulation significantly differs from the provision in the Croatian Criminal Code (see *supra* footnote 10). A similar solution is envisaged in the Art. 12 of the Family Act of Montenegro (*Official Gazette RM*, no. 1/07 and *Official Gazette RM*, no. 53/16 and 76/20). Yet, the time limits cannot solve all problems as they can result in absurd situations. For example, an extramarital union could have lasted three years, but this status would not be legally recognized if the union was terminated a little before the termination of the prescribed period.

14 Judgment of the Supreme Court of Serbia, no. 1351/88.

15 Judgment of the Basic Court in Belgrade, no. 31/95.

element of permanence because the period of eight days is too short to be considered relevant, while the first case is based on the intention of extramarital partners to have a long and permanent relationship, considering that the partners planned to live in a rented apartment after living together in the accused sister's flat. It is interesting to note that the Justification of the Preliminary Draft of the Family Act explains that the length/duration of an extramarital union is not of crucial importance as is the intention of extramarital partners to get involved in a long-lasting relationship (Панов, 2022: 152). While it may be difficult to determine the impact of this justification on criminal courts, there is a dilemma about how helpful this instruction actually is because it introduces the element of intent, which is subjective and often more difficult to prove than the objective fact of the actual length of an extramarital union.

The next essential element and precondition for establishing the presence of an extramarital union is the *different sex of extramarital partners*, which clearly shows that this union can be only the union between a man and a woman. In light of the criminal offence of cohabitation with a minor, it means that the active and the passive subject are not defined only in relation to their age (an adult person and a minor), which is evident in the legal formulation of the criminal offence, but also in relation to their sex, particularly considering the concept of an extramarital union accepted in Serbian family law. Here, we may observe one of the drawbacks of the envisaged criminal offence. Namely, in terms of sex the legislator was not consistent in its intention to protect minors because the minors who live in a permanent homosexual extramarital unions have remained without any legal protection. Some authors consider this to be one of the reasons for the decriminalization of the offence envisaged in Article 190 CC (Стојановић, 2022: 649). However, there are arguments in favor of a completely different stance. Relying on the principle of special protection of minors, it is possible to redefine this criminal offence in the manner which has already been applied in the legislations of other countries.¹⁶ Thus, the term "extramarital life" should be used instead of the term "extramarital union". On the other hand, as criminal law relies on the interpretation of the family law provisions, this problem may be resolved indirectly by amending the current definition of an extramarital unit (which is unlikely to occur in the near future). While the Draft Civil Code does not propose a new solution,¹⁷ the problem is further complicated by the

16 See Art. 170 of the Criminal Code of Croatia. This criminal offence is an example of formal subsidiarity because the act is committed by an adult person who lives with a child under the age of 16, provided that cohabitation with a minor does not constitute a more serious criminal offence which is punishable by a more serious punishment.

17 See: Art. 2215 of the Preliminary Draft of the Civil Code, Government of the Republic of Serbia, Commission for drafting the Civil Code, Belgrade, 29 May 2015; <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, (20 May 2023).

slow process of adopting the Act on Same-sex Civil Partnerships¹⁸, which does not provide a solution either. Even if we assume that homosexual unions with minors are quite rare and that minors are thus less likely to be victimized in such partnerships, victimization may not be ruled out in same-sex partnerships. Given the fact that some other offences were formulated in a “gender neutral” manner, the legislator could have applied the same approach to the offence of cohabitation with a minor by simply replacing the term “extramarital union” with the term “extramarital life”.

The extramarital union is also characterized by *monogamy*, which is open to interpretation due to its dual meaning. Namely, the Serbian family law prescribes that a person is not allowed to enter into two or more extramarital unions simultaneously, nor is he/she allowed to be married and live in an extramarital union with another, and enjoy the rights that are analogous to the rights granted to spouses. This proves that borrowing the term “extramarital union” from civil law is not appropriate since it is very difficult to deny that minors may be victimized even if they live in an extramarital union with an adult partner who is still formally married but does not actually live with his/her spouse. The same applies to some other possible arrangements which are not recognized as extramarital unions in the Serbian legal system, such as “dual” extramarital life (e.g. when an adult person permanently works and lives with a partner in one city and has another partner in another city whom he/she sees at the weekends), or “group” extramarital life (i.e. having several extramarital partners at the same time, which is analogous to polygamy).

An extramarital union is a *notorious* (indisputable) fact when it is public, apparent and generally known to the community. This essential element distinguishes it from all other forms of covert love affairs or temporary partnerships. However, it seems that insisting on this feature may not be quite in favour of providing a special protection of minors because it may prompt covert and disguised extramarital life with a minor.

Another essential element in the legal definition of an extramarital union is *the absence of marital obstacles* (impediments). Under the Serbian Family Act, these obstacles are: already existing marriage, mental incapacity or impaired reasoning capacity, consanguinity (blood relationship), age of minority, lack of free will (voluntary consent), and guardianship relationship (Art. 17-24 FA). It is important to explore the relevance of these impediments in criminal law. As already noted, in the context of criminal law, the existing marriage of an

18 Ministry of Human and Minority Rights (2021): Public debate on the Proposed Draft Act on Same-sex Unions, <https://www.minljmpdd.gov.rs/javne-rasprave.php>, (accessed on 20 May 2023).

adult person would not exclude the existence of an extramarital union with a minor; however, the other obstacles might be relevant due to their potential impact on the legal qualification of the criminal offence. For example, in case of a sexual intercourse with a minor, the minor's impaired reasoning capacity (mental incompetence) may result in qualifying the act as a sexual intercourse with a helpless person who is incapable of giving consent (Art. 179 CC); in a guardianship relationship, it may be qualified as a sexual intercourse involving the abuse of position (Art. 181 pagra.3 CC); in case of blood relations, it may be qualified as incest (Art. 197 CC).¹⁹ The lack of will (voluntary consent) implies that a person who is not free to decide cannot be compelled to enter into an extramarital union (Art. 24 CC). This condition is significant for criminal law because the criminal offence of cohabitation with a minor is committed only if the extramarital union is concluded with a minor's consent. Otherwise, due to the lack of free will (voluntary consent), this may be treated as a criminal act against sexual freedom (sex crime) or a criminal act against individual rights and freedoms. The consent of a passive subject does not exclude the unlawfulness of the act, which is accepted as a solution in some other criminal acts, such as sexual intercourse with a child (Art. 180 CC). Finally, as noted in judicial practice, an adult person shall not be exculpated not even if he/she has acted upon a minor's persuasion or imitative to establish an extramarital union (Judgment of the Supreme Court of RS, 1009/80).

In terms of the *commission* of this criminal offence, it should be noted that the very act of entering into an extramarital relationship is sufficient to consider the offence completed. Namely, for the act to be punishable, the occurrence of some negative consequence from life in such an extramarital union is not required, but this should be taken into account when determining the punishment, particularly considering the impairment of a minor's normal psycho-physical development, health hazards in case of early pregnancy, termination of education, loss or abandonment of employment, and similar circumstances. In terms of classification, it should be said that cohabitation with a minor is an iterative

¹⁹ Under the Serbian Family Act, blood relationship is an obstacle when it comes to first-degree relatives and second-degree relatives, such as brother and sister, half-brother or half-sister, uncle and niece, aunt and nephew, brother's and sister's children, or half-brother's and half-sister's children (Art. 19 FA). Adoptive relations are an obstacle in the same way as blood relations (Art. 20 FA). As for in-law relations, there is a ban on marriage between father-in-law and daughter-in-law, mother-in-law and son-in-law, stepfather and stepdaughter, stepmother and stepson; yet, marriage between these persons may be allowed by the court for justifiable reasons (Art. 21 FA). On the other hand, incest is a criminal act only in case an adult has a sexual intercourse with a minor who is his/her first-degree relative or with a minor brother or sister.

criminal offense because it establishes an unlawful situation which lasts from the moment of entering into an extramarital union with a minor to the moment of terminating that union; this period is taken into account in calculating the time limits for the expiry of the statute of limitations for criminal prosecution.

The active subject is an adult, while the passive subject is a minor (a person who has turned 14 but is still under the age of 18). Therefore, an extramarital union between two adult persons and an extramarital union between two minors is not punishable by law. It cannot be denied that the community of life can be established with a person under the age of 14, which cannot be subsumed under this act but it may be qualified as a sexual intercourse with a child (Art. 180 CC). However, given that this act presupposes a sexual intercourse or a similar act, there is a dilemma related to the situation where there is the community of life devoid of any sexual contact (intercourse). Even without any sexual intercourse, the community of life with a minor may be harmful in case there is any other form of abuse, such as work exploitation of a minor.

In terms of *age*, this criminal offence can refer to various situations: when the age difference between the active and the passive subject is significantly great, or when it is so small that it is irrelevant, which is not recognized in this incrimination, although the inconsiderable difference in physical and mental maturity is taken into account in other criminal acts. Thus, some scholars conclude that the act *de lege ferenda* may be partially decriminalized, whereas the current solutions may indicate that a less serious criminal offence has been committed (Стојановић, 2022: 648). The situation is not the same in case the passive subject has just turned 14, or has turned 16, which is the age limit when the court may allow the minor to marry in certain exceptional cases: if the subject has attained physical and mental maturity for exercising marital rights and duties, and if there are justified reasons for marriage (Art. 23 FA). Under Serbian law, the minor's age can only have an impact on determining the length of a sentence, which is different in some other legislations (e.g. Croatian CC) where the act does not exist unless a person is over the age of 16.

The subjective element of this criminal act is intent. The perpetrator should be aware of all the elements of this act, particularly of the idiosyncratic properties of the passive subject (e.g. age), and exercise free will to establish an extramarital union with a minor. The perpetrator is not required to know the exact age of the passive subject, but only that he/she is a minor. However, considering the *de facto* nature of this union which is not formally registered, we may not rule out the active subject's misconception (mistaken belief) about the passive subject's age. In case the offender wrongly believes that his/her partner is an adult, there is an actual misconception in the narrow sense. Depending on whether it may

be discarded or not, mistaken belief may completely rule out the presence of the act (*actus reus*) and the offender's culpability (*mens rea*), or it may have a significant impact on the sentence as a possible basis for reducing the punishment. The motive for establishing an extramarital union with a minor is not crucial for establishing the presence of this criminal offence. This act may be driven by the partners' plan to enter into marriage, and this fact is taken into account in the process of determining the sentence.

Under the current Serbian Criminal Code, another form of this criminal offence exists when a parent, adoptive parent or a guardian enables a minor's cohabitation with an adult person or induces a minor to establish such an extramarital union (Article 190 para.2 CC). Compared to the earlier legal solution (Art. 115 CC), this act has a narrower scope; namely, the former solution envisaged that a parent, adoptive parent and guardian were to be held responsible whenever they allowed a minor to live in an extramarital union or when they induced a minor to do that; the new provision specifies that it refers only to enabling and inducing such a union with an adult.²⁰ This means that the establishment of an extramarital union between two minor partners used to be punishable by law, which is not the case under the present Criminal Code. Yet, the comparative law offers examples of a more comprehensive approach to the issue; for example, the Croatian Criminal Code envisages that any form of extramarital union between the persons under a certain age is considered harmful for the minor and forbidden (Art. 170, para. 2 CC RC). On the other hand, in the former legal solution, the act was defined by using the term "allowing", which resulted in incorporating some other elements in the framework of this criminal offence, such as consent or compliance (which is not part of the current legal frame). This issue will be discussed in more detail further on in this paper.

Enabling and inducing a person to act are acts of complicity, which have been raised to the rank of criminal acts due to the necessity to provide for a better protection of minors. In effect, considering the general rules on limited accessory liability, these acts would not be punishable, considering the fact that a minor (child under the age of 14) cannot be held liable for this criminal act. Thus, enabling the act should be understood as facilitating or creating conditions for an extramarital life, which can be accomplished by providing some residential space for extramarital partners to live in or accommodating the extramarital partners in the perpetrator's apartment, by assisting them to organize their extramarital life, by providing finances, etc. The mere act of parents, adoptive parents or guardians' compliance with (consent to) establishing an extramarital union with a minor cannot be regarded as facilitation of this union (Делић, 2021: 116). In these examples, the very nature of facilitation implies the commission

20 For more, see: Стојановић, Перић, 2002: 194.

of this act. Yet, we may raise the question whether this act can be committed by failure or omission to act, for example, when a parent, adoptive parent or guardian fails to prevent the establishment of an extramarital union, or when they fail to express their opposition to its establishment, even though such failure or omission may not be considered sufficient under the Serbian legislation to establish the presence of this criminal act. Inducing a person to act commonly implies fostering a minor to make a decision or reinforcing a minor's decision to enter into an extramarital union. It may be accomplished in various ways: by persuasion, promising a reward, indicating advantages of such a union, etc.; it is essential that the act of inducement does not entail coercion, which would alter the legal qualification of the act.

By its nature, the criminal act of enabling and inducing a minor to enter into an extramarital union falls into the group of *delicta propria*, offences that can only be committed by persons who have specific personal characteristics or properties. Thus, the perpetrator of this act (facilitation and inducement) can be only the person who has a special relationship with a minor, such as a parent, adoptive parent or guardian. These persons are obliged to take care of a minor and to look after his/her best interest; thus, facilitating or inducing a minor to live in an extramarital union with an adult is regarded as a special form of neglect of these duties. The passive subject is a person who has turned 14 but is still under the age of 18. In cases involving a child (under the age of 14), the act of facilitating and inducing an extramarital union with a child will be qualified as facilitation or inducement to commit a sex crime.

The basic form of the criminal offence of extramarital cohabitation with a minor (Art. 190, para.1 CC) is punishable by a term of imprisonment of up to three years. Although the analyzed criminal offence *inter alia* implies sexual relations with a minor, it should be noted that sexual intercourse was not included in the scope of the aforementioned Act on Special Measures for the Prevention of Criminal Offences against Sexual Freedom involving Minors (2013).

The criminal offence of extramarital union with a minor also has a more serious (aggravated) form; thus, in case an act committed by a parent, an adoptive parent or a guardian is motivated by gain, it is punishable by a term of imprisonment ranging for six months to 5 years (Article 190, para.3 CC). Gain implies obtaining financial or material benefit, such as: money or gifts, debt relief, labour exploitation, etc. For the act to be punishable, it is necessary to prove that the perpetrator was motivated by such gain at the time of committing the act; but, in order to be deemed completed, the act does not necessarily have to include a specific benefit. The fact that the offender has obtained some benefit is not irrelevant; it is not taken into account when determining the legal qualification of the act but in the process of determining the sentence.

The Serbian Criminal Code also envisages certain special rules related to prosecution. In case marriage with a minor has been concluded, prosecution shall not be instituted; in case it has been instituted, it shall be terminated (Article 190, para.4 CC). The fact that marriage has not been concluded is the procedural presumption for initiating a criminal prosecution against an adult.

4. An extramarital union with a minor in judicial practice

For the purposes of this paper, the author analyzed the available statistical data, annually published by the Statistical Office of the Republic of Serbia,²¹ on the judicial practice in the Republic of Serbia, concerning the criminal offences against marriage and family.

Table 1 (below) presents data on the total number of convictions in the observed five-year period (2017-2021), including the specific data on the frequency of criminal offences against marriage and family (in general) and convictions on the criminal offence of extramarital cohabitation with a minor (in particular) per year. The findings show that the criminal offence of extramarital cohabitation with a minor is not significantly present in the structure of criminal offences in general (1.1% to 1.77% in the observed period 2017-2021). Within the structure of criminal offences against marriage and family, cohabitation with a minor is the third most frequent offence, preceded by the criminal act of domestic violence and denial of maintenance or financial support.

Table 1. Convictions for the criminal offences against marriage and family and convictions for the criminal offence of extramarital union with a minor in the period 2017-2021

Year	Total number of convictions in RS	Total number of convictions for the acts against marriage and family	Total number of convictions for the act of cohabitation with a minor in an extramarital union
2017	31,759	4,400 (13.85%)	53 (1.20%)
2018	29,750	4,661 (15.67%)	63 (1.35%)
2019	28,112	4,173 (14.84%)	66 (1.58%)
2020	25,487	3,650 (14.32%)	40 (1.10 %)
2021	27,508	3,725 (13.54%)	66 (1.77%)

Source: The Statistical Office of the Republic of Serbia (2017-2022)

21 The data are taken from the official website of the Statistical Office of the RS; accessed on 20 June 2023 (<https://www.stat.gov.rs/oblasti/pravosudje/>). At the time of drafting this paper, the data for 2022 were still unavailable.

The general statistics reveals another interesting regularity related to the criminal offence of extramarital cohabitation with a minor. The statistical data presented in *Table 2* (below) indicate a consistent discrepancy between the total number of criminal reports on this criminal act and the total number of criminal charges and convictions. The data show that only half of the reported cases ultimately result in court convictions.

Table 2. Comparative illustration of reports, charges and convictions for the criminal offence of cohabitation with a minor in an extramarital union in the period 2017-2021

Year	Criminal Reports	Criminal Charges	Convictions
2017	108	60	53
2018	122	75	63
2019	117	72	66
2020	118	43	40
2021	119	73	66

Source: The Statistical Office of the Republic of Serbia (2017-2022)

Some studies offer more detailed explanations of these statistical data. The results of the research conducted by the non-governmental organization Praxis in the period from January 2019 to December 2021²² show that criminal reports on this crime are sometimes rejected for unusual and unacceptable reasons, such as: a minor (female) was sent back to her home; the extramarital partners (a girl aged 14 and a man aged 39) had a child; the community of life was established only after a minor gave birth to a baby; these unions are traditional in certain national minorities and generally accepted as something natural in these communities, for which reason it was concluded that the essential elements of the crime were not present; all persons involved agreed that the criminal report should be discarded, or the parent who reported the crime suggested that the report should be discarded because the parent had consented that a minor could enter into an extramarital union with an adult (Марковић, 2021: 8-12).

Although it might be assumed that there is nothing problematic in cases when reports were discarded because the extramarital partners entered into marriage in the meantime (as envisaged in Art. 190 para. 4 CC on the termination of criminal prosecution in case of marriage), the research proved otherwise. From a formal point of view, there was no oversight; however, social welfare centers and/or the police kept pointing out to a problematic possibility that a person aged 16 may be given permission in the course of non-contentious civil proceedings to

²² For more, see: Марковић, 2021: 8-12.

enter into marriage with an adult, which ultimately implies that the perpetrator will avoid criminal liability. It is very difficult to assess the legislator's rationale in the described cases: why the legislator sided with the perpetrator rather than with the victim, why a minor was allowed to keep living with an adult, even though their relationship was now formally designated as marriage. It is quite curious that criminal reports were dismissed in a number of cases where the marriage was concluded in accordance with the Islamic customary law, although religious marriages are not equated with civil marriages in Serbian law. It is also inexplicable why the court accepted a video of the wedding ceremony as proof of marriage although the only formally valid proof of marriage is a marriage certificate issued by the Marriage Registry.

As far as prosecution policy is concerned, it has been observed that criminal reports are rarely filed against parents for the commission of a special (aggravated) form of extramarital cohabitation with a minor (envisaged in Art. 190 para. 3 CC), and that no criminal charges were raised against parents for the commission of some other correlated criminal act (most frequently including domestic violence or neglect and abuse of a minor), even though there was evidence to that effect (Колаковић-Бојовић, 2022: 9). The aforementioned research results illustrate a rather lenient attitude towards the perpetrators of this criminal offence and a considerable lack of understanding concerning the long-term harm and irreparable damage inflicted upon a minor.

Yet, the presented research did not examine the possibility that filing a criminal report on extramarital cohabitation with a minor may incur additional victimization of a minor person. Namely, an adult who is accused of living in an extramarital union with a minor can "elegantly" avoid the charges by swiftly concluding marriage with a minor; while the perpetrator may not be familiar with this opportunity, it may be suggested by the offender's legal representative as defense tactics (unless the police and social welfare centers react inappropriately, as mentioned above). The minor thus faces a *fait accompli*; the victim practically becomes the culprit; for, if a minor does not consent to enter into possibly unwanted marriage, he/she will incriminate the extramarital partner, or a parent, an adoptive parent or a guardian. Due to aforesaid procedural rule, this criminal offence may generate forced marriage. As there is no dispute that this legal situation is profoundly and substantially wrong, it may be used as another argument in favor of a detailed reconstruction of this criminal offence. Introducing certain changes in family legislation will inevitably lead to cancelling this criminal procedure rule. The Preliminary Draft of the Act amending the Family Act prohibits a person under the age of 18 to enter into marriage; in case

it is concluded, such marriage shall be deemed null and void (Art. 4).²³ If this provision is adopted, it will inevitably trigger a change to the Criminal Code *de lege ferenda*, not only in terms of repealing the provision on the prosecution in case of an extramarital cohabitation with a minor.

The general statistics from the observed period (2017-2021) may be also used for the analysis of the *court penal policy*. The presented statistical data show that the most commonly imposed punishment for the commission of the criminal offence of extramarital cohabitation with a minor was suspended sentences (a total of 237 judgments or 82.29%). The second most frequent sentence was imprisonment (24 judgments or 8.33%); but, in more than 70% of cases, it is a short-term imprisonment (six months). Notably, there were a couple of cases of house arrest (2 judgments or 0.69%), which raises a dilemma whether this penalty should be applied, considering the nature of this criminal act. Other sanctions included: a fine (14 judgments or 4.86%), community service (7 judgments or 2.43%), court warning (2 judgment or 0.69%), educational measure (1 judgment or 0,35%), and acquittal (1 judgment or 0.35%). The imposed educational measure indicates that one of the perpetrators was a younger adult (aged 18-20). The statistical data yielded an unexpected finding: among the convicted perpetrators of this criminal act, there were 15 women (15 judgments or 5.2%).

5. Concluding Remarks

The presented analysis of the criminal offence of an extramarital union with a minor (Article 190 CC) indicates that there is some space for the intervention *de lege ferenda*, with the purpose of making it more operative from the perspective of criminal law policy. First, the entire group of criminal offences against marriage and family (Chapter 19 of the Serbian Criminal Code) should be designated as criminal offences against marriage, family and children; the new subgroup should clearly indicate that the criminal offense of cohabitation with a minor and some other related acts are criminalized with the primarily aim of protecting minors and not marriage and family. Second, the term “extramarital union” should be replaced by the term “extramarital life”, which more precisely reflects the essence of this offence. It would contribute to removing certain constraints created by adopting the term “extramarital union” from the Serbian family law; due to these constraints, minor living in “unorthodox” extramarital unions (e.g. same-sex unions) cannot be efficiently protected from the harmful impact of

23 See: Preliminary Draft of the Act amending the Family Act, available at the website of the Ministry of Family Welfare and Demography of the RS; <http://minbpd.gov.rs/zakoni/zakoni-u-pripremi/> (accessed on 20 June 2023). It offers a different definition: “A child is every human being under the age of 18 years, unless he/she has been granted full contractual capacity before the age of 18 in accordance with the conditions prescribed in this Act” (Art. 1).

extramarital life because those “alternative” unions are not recognized in Article 190 CC and do not fulfill the requirements for extramarital unions (to be monogamous, heterosexual, permanent and notorious). The constraints may be removed by providing an authentic interpretation of the concept, and introducing the definition of an extramarital union with a minor in the Serbian Criminal Code which would reflect the need for a more comprehensive protection of all minors living in such unions. In that case, it may be necessary to thoroughly examine the relevance and applicability of the new definition in the entire of the criminal law system. Next, it would be useful to emphasize the subsidiary nature of this criminal offence, by pointing out that it exists only in case the essential elements for establishing a more serious criminal act against a minor (e.g. sexual abuse, which is punishable by a more severe penalty) have not been fulfilled.

The brief analysis of the domestic judicial practice has shown that it is not without flaws. A number of contentious issues have been observed. The first issue refers to incorrect application or abuse of the prosecution rules, which resulted in repealing this criminal offence from the criminal codes in some foreign legislations. The second issue refers to the failure of the judicial practice to recognize the responsibility of parents, adoptive parents or guardians even in cases where their behavior reveals the elements of a special (aggravated) form of extramarital cohabitation with a minor or some other related criminal acts. The third issue refers to penal policy, given that courts sometimes do not take into account the specific features of this criminal offence which are important in terms of qualifying the committed criminal act and sentencing.

References

Cvitanović L., Derenčinović D., Turković K., Munivrana Vajda M., Dragičević Prtenjača M., Maršavelski A., Roksandić Vidlička S. (2018). Kazneno pravo, Posebni dio (Criminal Law, Special part), 1. izdanje. Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

Garić A. (2006). Značenje pojedinih izraza u Kaznenom zakonu i njihovo tumačenje u sudskoj praksi (The meaning of certain expressions in the Criminal Code and their interpretation in judicial practice). Aktuelna pitanja kaznenog zakonodavstva. Zagreb: Inženjerski biro

Hirjan F., Singer M. (1991). Maloljetnici u krivičnom pravu: materijalnopравни i procesnopравни položaj maloljetnih počinitelja krivičnih djela, krivičnopravna zaštita maloljetnika, kriminalna politika (Juveniles in criminal law: substantive and procedural law position of juvenile offenders, criminal protection of juveniles, criminal policy). Zagreb: Globus

Lucić N. (2015). Dokazivanje izvanbračne zajednice – odgovori na neujednačeno zakonodavstvo i sudsku praksu (Proving extramarital unions: responses to inconsistent legislation and court practice). Pravni vijesnik. 3-4. 101-131.

Novoselec P., Turković K., Derenčinović D., Cvitanović L., Bojanić I., Grozdanić V., Kurtović A. (2007). Posebni dio kaznenog prava (Criminal Law, Special part) 1. izdanje. Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

Šeparović Z. (1987). Zaštita čoveka: Krivično pravo, Posebni dio II (Protection of human beings: Criminal Law, Special part). Zagreb: Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu

Делић Н. (2021). Кривично право, Посебни део (Criminal Law, Special part). Београд: Правни факултет

Јовашевић Д. (2017). Кривично право, Посебни део (Criminal Law, Special part), 2. измењено и допуњено издање. Београд: Досије студио

Јовић М. (2001). Ванбрачна заједница са малолетним лицем (чл. 115 КЗ Републике Србије) (Extramarital union with a minor: Art. 115 of the Criminal Code of RS). Безбедност. 6. 725-736.

Кашћелан Б. (2012). Регистрација ванбрачне заједнице (Registration of an Extramarital Union). Правни живот. 10. 85-103.

Колаковић-Бојовић М. (2022). Коначни извештај о праћењу судске праксе о положају малолетних жртава кривичних дела пред судовима у Републици Србији у 2020. години (Final Report on the monitoring of court practice on

the position of juvenile victims of crimes in court proceedings in the Republic of Serbia in 2020). Београд: ИКСИ

Марковић Н. (2021). Годишњи извештај о дечијим браковима у Србији за 2021. годину са посебним освртом на рад јавних тужилаштава (Annual Report on Child Marriages in Serbia for 2021, with specific reference to the activities of public prosecutor's offices). Београд: Praxis

Миладиновић-Стефановић Д. (2013). Посебне мере за спречавање кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима (Special measures to prevent sex crimes against minors). У „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, књ. 3 (ур. П. Димитријевић), стр. 377-393. Ниш: Правни факултет

Миладиновић-Стефановић Д. (2014а). Кривичноправна заштита малолетника од сексуалног искоришћавања и злостављања – европски стандарди и право Републике Србије (Criminal law protection of minors from sexual exploitation and abuse – European standards and the law of the Republic of Serbia). Зборник радова Правног факултета у Нишу. LII/68. 567-584.

Миладиновић-Стефановић Д. (2014б). Посебна евиденција учинилаца кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима (Special records on the perpetrators of crimes against sexual freedom against minors). У „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, књ. 1 (ур. М. Лазих), стр. 447-462. Ниш: Правни факултет

Мрвић Петровић, Н. (2019). Кривично право, Посебни део (Criminal Law, Special part), 6. измењено и допуњено издање. Београд: Правни факултет Универзитета Унион

Панов С. (2022). Породично право (Family Law), 12. издање. Београд: Правни факултет

Поњавић З., Влашковић В. (2019). Породично право (Family Law). Београд: Службени гласник

Стојановић З. (2022). Коментар Кривичног законика (Commentary on the Criminal Code RS), 12. допуњено издање. Београд: Службени гласник

Стојановић З., Перић О. (2002). Кривично право, Посебни део (Criminal Law, Special part). Београд: Службени гласник

Legal acts

Kazneni zakon Republike Hrvatske (Criminal Code of the Republic of Croatia). Narodne novine. Br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19, 84/21 i 114/22.

Krivični zakon Brčko distrikta (Criminal Act of the Brčko District). Službeni glasnik Brčko distrikta BiH. Br. 19/20 – prečišćen tekst.

Krivični zakon Federacije BiH (Criminal Act of the Federation of Bosnia and Herzegovina). Službene novine FBiH. Br. 36/03, 21/04– ispr., 69/04, 18/05, 42/10, 42/11, 59/14, 76/14, 46/16, 75/17 i 31/23.

Obiteljski zakon Republike Hrvatske (Family Act of the Republic of Croatia). Narodne novine RH. Br. 103/15, 98/19, 47/20 i 49/23.

Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица (Act on Juvenile Criminal Offenders and Criminal Law Protection of Juveniles). Службени гласник РС. Бр. 85/05.

Закон о потврђивању Конвенције Савета Европе о заштити деце од сексуалног искоришћавања и сексуалног злостављања (Act on the ratification of the CoE Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse). Службени гласник РС – Међународни уговори. Бр. 1/10.

Законом о посебним мерама за спречавање кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима (Act on Special Measures for Preventing the Commission of Sex Crimes against Minors). Службени гласник РС. Бр. 32/13.

Кривичен законик на Република Северна Македонија (Criminal Code of North Macedonia). Службен весник на РМ. Бр. 37/96, 80/99, 4/02, 43/03, 19/04, 81/05, 60/06, 73/06, 7/08, 139/08, 114/09, 51/11, 135/11, 185/11, 185/11, 142/12, 166/12, 55/13, 82/13, 14/17, 27/14, 28/14, 115/14, 132/14, 160/14, 199/14, 196/15, 226/15, 97/17, 248/18 и 8/23.

Кривични законик Републике Србије (Criminal Code of the Republic of Serbia). Службени гласник РС. Бр. 85/05, 88/05–исправка, 107/05–исправка, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16 и 35/19.

Нацрт Грађанског законика Републике Србије (Draft Civil Code of the RS), Влада Републике Србије, Комисија за израду Грађанског Законика, Радни текст припремљен за јавну расправу, Београд, 29. мај 2015, <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, accessed on 20 May 2023.

Нацрт Закона о истополним заједницама (Draft Act on Same-sex unions), <https://www.minljmpdd.gov.rs/javne-rasprave.php>, accessed on 20 May 2023.

Породични закон Републике Србије (Family Act of the Republic of Serbia). Службени гласник РС. Бр. 18/05, 72/11–др. закон и 6/15.

Породични закон Црне Горе. (Family Act of the Republic of Montenegro). Службени лист РЦГ. Бр. 1/07 и Службени лист РЦГ. Бр. 53/16 и 76/20.

Преднацрт Закона о изменама и допунама Породичног закона (Preliminary Draft of the Act amending the Family Act). Министарство Републике Србије за бригу о породици и демографију, <http://minbpd.gov.rs/zakoni/zakoni-u-ripremi/>, accessed on 20 June 2023.

Judicial practice

Пресуда Врховног суда Србије (Judgment of the Supreme Court of Serbia), Кзз, бр. 1009/80.

Пресуда Врховног суда Србије (Judgment of the Supreme Court of Serbia), Кж, бр. 1351/88.

Пресуда Основног суда у Београду (Judgment of the Basic Court in Belgrade), Кж, бр. 31/95.

Online resources

Ministarstvo pravde RS. (2020). Radna grupa Ministarstva pravde za uvođenje Amber alarma (Working group of the Ministry of Justice for introducing Amber Alert), <https://www.mpravde.gov.rs/sr/vest/29094/radna-grupa-ministarstva-pravde-za-uvodjenje-amber-alarma.php>, accessed on 30 May 2023.

Ministarstvo za ljudska i manjinska prava RS. (2021). Јавна расправа о Предлогу нацрта закона о истополним заједницама (Ministry of Human and Minority Rights: Public debate on the Proposed Draft Act on Same-sex Unions), <https://www.minljmpdd.gov.rs/javne-rasprave.php>, accessed on 30 May 2023.

Republički zavod za statistiku. (2023). Pravosuđe (the Statistical Office of the RS: Statistical data on judicial practice), <https://www.stat.gov.rs/sr-Latn/oblasti/pravosudje>, accessed on 20 June 2023.

Др Душица Миладиновић-Стефановић,
Ванредни професор,
Правни факултет, Универзитет у Нишу,
Република Србија

КРИВИЧНО ДЕЛО ВАНБРАЧНА ЗАЈЕДНИЦА СА МАЛОЛЕТНИКОМ DE LEGE LATA И DE LEGE FERENDA

Резиме

Малолетна лица уживају посебан статус у оквирима кривичног права, било да су учиниоци било жртве кривичног дела, што је потпуно разумљиво и оправдано с обзиром на карактеристике ове категорије која се још увек налази у фази развоја, у процесу биолошког, психолошког и социјалног формирања и сазревања. Иако је у праву Србије традиционално препозната потреба за постојањем правила прилагођених овој категорији, у новије време су учињени одређени кораци у циљу њихове потпуније заштите. Тако је донет Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, којим су први пут у нашем правном систему обједињена у оквирима самосталног извора специфична решења у области материјалног процесног и извршног кривичног права. Ова интенција је потом настављена Законом о посебним мерама за спречавање кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима којим је, поред поменутих мера, предвиђена и посебна евиденција за учиниоце, уведена забрана ублажавања казне и условног отпуста, незастаревање кривичног гоњења и извршења казне, као и посебне правне последице осуде. Исто је и са ранијим новелирањањем Кривичног законика, извршеним у процесу усаглашавања са Конвенцијом Савета Европе о заштити деце од сексуалног искоришћавања и сексуалног злостављања, као и са последњим из 2019. године, којим је уведен доживотни затвор, управо са циљем да се тиме обезбеди адекватан одговор за учиниоце најтежих кривичних дела против живота и тела и полне слободе, када је услед извршења дела наступила смрт детета, малолетника, бремените жене или немоћног лица. Исту идејну линију прати и формирање радне групе при Министарству правде за израду закона о тзв. Амбер аларму (Amber Alert), посебном механизму за брже и ефикасније проналажење нестале деце.

Међутим, чини се да је у поменутих настојањима да се појача кривичноправна заштита малолетних лица некако „испод радара“ остало једно од кривичних дела из групе против брака и породице – ванбрачна заједница са малолетником (чл. 190 Кривичног законика). Не треба посебно образлагати тезу да живот у ванбрачној заједници може бити вишеструко штетан за малолетника, у медицинском, образовном, економском смислу и слично, до тога ова микро

заједница може представљати параван иза којег се врши насиље, сексуална или радна експлоатација и злоупотреба малолетника. У том смислу, предмет проучавања овог рада представља питање да ли је начин на који је нормативно уобличено ово дело, као и начин на који се примењује у пракси домаћих судова, подобан за постизање одређених криминално-политичких циљева ради чијег остварења је и уведено.

Кључне речи: *кривично дело, ванбрачна заједница, малолетник, кривично законодавство Србије.*

Bojana Čučković*, LL.D.,
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Belgrade,
Republic of Serbia

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-45584

UDK: 341.43:341.645(4)

UDK: 341.231.14

Рад примљен: 19.07.2023.

Рад прихваћен: 06.10.2023.

**THE RELATIONSHIP BETWEEN THE PROHIBITION OF
REFOULEMENT AND THE PROHIBITION OF COLLECTIVE
EXPULSION IN THE CONTEXT OF ACCESS TO TERRITORY:
Standards of the European Court of Human Rights and their
relevance for the Legal System of the Republic Of Serbia****

Abstract: *This article examines the relationship between the prohibition of refoulement contained in Article 3 of the European Convention on Human Rights and the prohibition of collective expulsion of aliens guaranteed by Article 4 of Protocol No. 4. After identifying common and distinctive elements of the two provisions, the author tests the main hypothesis that the prohibition of refoulement and the prohibition of collective expulsion are separate prohibitions with an independent existence but that they are intertwined in a variety of ways in the specific context of access to territory. The analysis has led to the conclusion that, despite the open questions that remain, the linkage between the two provisions can be used for corrective purposes, particularly in light of the recent lowering of standards by the ECtHR in relation to the prohibition of collective expulsion. It is also suggested that the difference between the positive obligations contained in the two ECHR articles has no significance for the authorities acting on the ground. As the protection afforded by the two prohibitions is complementary, national authorities must ensure that both border practices at and outside the means of legal entry comply with the ECHR standards in relation to both provisions.*

Keywords: *refoulement, collective expulsion of aliens, access to territory, European Court of Human Rights, means of legal entry, border practices, Serbia.*

* cuckovic@ius.bg.ac.rs

**The paper is the result of research conducted within the scientific project “*Contemporary Problems of the Legal System of the Republic of Serbia*”, supported by the Faculty of Law, University of Belgrade. The paper was presented at the International Scientific Conference “*Law and Social Values*” organized by the Faculty of Law University of Niš, on 21 April 2023.

1. Introduction

Article 3 of the European Convention on Human Rights (hereinafter: the ECHR, the Convention), which prohibits torture and, implicitly, *refoulement*, has long dominated cases concerning the denial of access to the territory of Contracting Parties by persons in need of international protection. More recently, however, the practice of the European Court of Human Rights (hereinafter: the ECtHR, the Court) in relation to Article 4 of Protocol No. 4 (prohibition of collective expulsion of aliens) has become increasingly important. Given that the conditions for access to the territory are not identical when the application is examined in relation to Article 3 or Article 4 of Protocol No. 4, and that the Court has often examined the existence of a violation of both provisions of the ECHR in the same case, the question arises as to their interrelationship. The Court itself stimulated the debate on the relationship between the prohibition of *refoulement* and the prohibition of collective expulsion. After briefly stating in *Sharifi* that the relationship between the interpretation of the scope of Article 4 of Protocol No. 4 and the scope of the principle of *non-refoulement* “*ne sont pas non plus dépourvus d'intérêt*”,¹ in the controversial decision of the Grand Chamber in *N. D. and N.T. v. Spain*, the European Court, in considering the violation of Article 4 of Protocol No. 4 in the context of access to the territory, considered it crucial to examine whether the means of legal entry were available, “in particular with a view to claiming the protection of Article 3” of the Convention.² Such an approach by the Court initially encouraged the judges to refer in their concurring and dissenting opinions to the question of the relationship between the principle of *non-refoulement* and the prohibition of collective expulsion, while later the doctrine timidly began to show interest in the matter. The fact that the understandings are contradictory requires a comprehensive examination of the relationship between the two provisions.

After outlining the essential differences between the principle of *non-refoulement*, as implied in the prohibition of torture, and the prohibition of collective expulsion, the study focuses on their interrelationship in the context of access to territory. On the basis of an analysis of the relevant case-law of the European Court of Human Rights, the paper examines whether the examination of the risk of *refoulement* upon entry into the territory is an obligation of the Contracting State only when the Court examines the application in the context of Article 3 of the Convention, whether such an obligation also arises from Article 4 of Protocol No. 4, and whether the existence of these risks determines the standards for access to the territory when it comes to the application of the prohibition of collective expulsion. These considerations are used to test the main hypothesis

1 *Sharifi et autres c. Italie et Grèce* [2014], § 211.

2 *N.D. and N.T. v. Spain* [2020], § 211.

on which the paper is based. It examines the claim that the prohibition of *refoulement* and the prohibition of collective expulsion are separate prohibitions with an independent existence but that, in the specific context of access to territory, they are intertwined in a variety of ways. The paper also criticizes certain standards of access to territory that have emerged in the recent practice of the Court in cases of collective expulsion, and points to the importance of the corrective role of the principle of *non-refoulement*. Finally, the last part of the paper provides an overview of the legal framework of the Republic of Serbia relevant for access to the territory and points out the importance of the identified international standards for the actions of Serbian authorities.

2. Comparison of the prohibition of *refoulement* under Article 3 ECHR and the prohibition of collective expulsion: similarities and differences

Similarities and differences between the prohibition of return (as implied in Article 3) and the prohibition of collective expulsion of aliens (as guaranteed by Article 4 of Protocol No. 4) can be identified at two different levels.

2.1. General overview

At a general level, while they have some elements in common, there are other components and features that constitute the *differentia specifica* of each of the provisions.

As far as similarities are concerned, both '*refoulement*' and 'expulsion' are interpreted in the same way and cover not only return once a person is already on the territory of a State but also non-admission to the territory, regardless of whether such measures are taken on the basis of a formal decision or through specific action by State authorities.³ Both provisions contain a negative obligation for the State not to return/not to reject a person who is exposed to a certain risk and a positive obligation to determine whether such a risk exists for the person in question. Therefore, both Articles 3 and 4 of Protocol No. 4 have a strong procedural connotation, as they require States to "ensure procedures entailing the adequate scrutiny of permissibility of expulsion (...) in light of the respective alien's individual circumstances" (Boková, Bražina, 2021: 93). They both apply territorially and extraterritorially (Kim, 2017: 51, Scuto, 2018:13).

However, the list of differences is much longer. While the prohibition on return under Article 3 applies whether a person is returned individually or in a group, and regardless of the wider political context in the expelling country, being expelled together with other aliens is a constitutive element of the prohibition

3 *N.D. and N.T. v. Spain* [2020], §§ 166-188.

on collective expulsion, whereas the circumstances of the expulsion and the existence of a general policy may play a decisive role in finding a violation of Article 4 of Protocol No. 4.⁴ The primary purpose of the two provisions is also different. The prohibition of *refoulement* contained in Article 3 is intended to protect persons from decisions and actions leading to return/non-admission to the territory where there is a risk that a person would be subjected to torture, inhuman or degrading treatment if returned or refused admission. On the other hand, Article 4 of Protocol No. 4 aims to ensure that expulsion does not take place unless there is a “reasonable and objective examination of the particular case of each individual alien of the group”.⁵ Two further distinctions can be derived from the above. First, the prohibition of *refoulement* protects only persons who are eligible for some form of international protection, whereas the prohibition of collective expulsion protects any alien, and thus any migrant, who attempts to enter the territory of the State Party. Therefore, Article 3 is usually qualified as “a form of complementary protection covering a wider category of refugees beyond the 1951 definition” (Ristik, 2017: 115; similarly: Oudejans, 2018: 616), but it should also be noted that Article 4 of Protocol No. 4 further expands the categories of persons to whom protection is granted. Second, the scope of Article 4 of Protocol No. 4 is broader than that of Article 3. While Article 3 only provides protection if a person would be subjected to ill-treatment upon return or if they are refused entry to the territory (Von Sternberg, 2014: 345), Article 4 of Protocol No. 4 is not necessarily linked to the risk of ill-treatment. Other risks, i.e. risks of violation of other rights and concerning specific categories of persons, also count, even if they do not amount to ill-treatment (Di Filippo, 2020: 486-490). In other words, the prohibition in Article 3 is concerned with the treatment to which a person would be exposed in the country of destination or neighbouring country, whereas the provision in Article 4 of Protocol No. 4 is concerned with the acts and procedures of the expulsion country (Di Filippo, 2020: 485-486). Last but not least, the two prohibitions differ in their legal nature. The absolute nature of the prohibition of *refoulement* derives from the absolute nature of the prohibition of torture. However, views on the nature of the prohibition of collective expulsion are divided. While some judges⁶ and authors do not question its absoluteness, arguing that the provision is “formulated in absolute terms” (Di

4 As rightly remarked by Carlier and Leboeuf (2020: 459), “(T)he mere fact that a group of aliens is being expelled does not imply that a collective expulsion is taking place as long as the particular situation of each member of the group was duly taken into consideration. But the control of the Court is particularly strict when expulsion are the result of discriminatory policies that specifically target a given group of aliens”.

5 See: *Andric v. Sweden* [1999], p. 4; *Čonka v Belgium* [2002], § 59.

6 See: the Partly Dissenting Opinion of Judge Serghides in the case *Khlaifia and Others v. Italy*, paras. 10-26.

Filippo, 2020: 499) and that “Article 4 is expressed as an absolute and non-derogable prohibition” (Crawford, 2013: 349-350), others point to the Court case law, which will be discussed in detail in the next section, suggesting that there are conditions that must be met for the prohibition to apply, implying that the prohibition is not absolute (Alinikula, 2021: 27). Two comments can be added to the existing doctrinal debate on this issue. First, an analogy can be drawn with the right to life, which is absolute only with regard to arbitrary deprivation of life. This means that the collective expulsion of aliens could be considered absolute only in cases of arbitrariness in the conduct of the competent authorities leading to the expulsion. Secondly, the Court has significantly departed from the high threshold established in its early case law for examining the arbitrariness of expulsion and has introduced conditions that have lowered the standards that must be met in order for the actions of the state authorities to be considered contrary to Article 4 of Protocol No. 4. Instead of its early insistence that each person in the group be given the opportunity to present arguments against his/her expulsion (Heijer, 2013: 284-285), the Court has recently provided for circumstances in which a lack of individual examination will not be considered a violation of the prohibition on the collective expulsion of aliens. Such a development does not support the claim that the prohibition is without exception.

2.2. Similarities and differences between Articles 3 and 4 of Protocol No. 4 specifically relating to access to territory

Both Articles 3 and 4 of Protocol No. 4 aim to ensure access to international protection (Kakosimou, 2017: 167) and, by extension, access to territory. In this sense, they both contain procedural safeguards that should make it possible to distinguish those in need of international protection from others who do not need protection from a foreign state. However, although due process is a common feature of both articles, they differ in the precision with which procedural safeguards are determined by the Court, as well as in the scope of positive obligations of Parties towards persons seeking to enter their territory.

As an essentially procedural provision, one would expect the procedural elements of collective expulsion of aliens to be more developed than those contained in Article 3. Nevertheless, the only element identified by the Court is an effective opportunity for each member of the group to present reasons against his/her expulsion (Scuto, 2018: 11), which seems to include an identification procedure⁷ but does not imply the right to an individual interview.⁸ It goes without saying how imprecise such a qualification can be, and how many situations can

⁷ *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [2012], § 185.

⁸ *Khlaifia and Others* [2016], § 248.

in reality fall between the two poles of simple identification and a thoroughly conducted interview.

On the contrary, when a case is examined under Article 3, the obligations of States are much more precise. On the basis of recent ECtHR case law, two scenarios can be distinguished. If a person expresses an intention to seek asylum at the border and/or indicates a risk of persecution and/or ill-treatment, the competent national authorities are obliged to initiate an asylum procedure in order to verify the existence of the alleged risks.⁹ However, if the person does not indicate the risks he/she would face if returned/rejected, the national authorities are obliged not only to establish *proprio motu* the reasons for which the person seeks to enter the territory but also to assume that the reason for entering the territory is the need for international protection,¹⁰ regardless of “whether the applicants had been carrying documents authorising them to cross the Polish border or whether they had been legally admitted to Polish territory on other grounds”.¹¹

However, and this seems to be the main difference, the conditions that need to be met in order for the person to have access to the territory are not the same when Article 4 of Protocol No. 4 is applied, and they differ depending on whether the access to the territory was made by legal means of entry or not. In the first case, the standards for access to the territory are exactly the same as those established by the ECtHR case law on Article 3.¹² However, and this is where the problems begin, when persons attempt to enter the territory illegally, the Contracting Party is no longer required to conduct an objective and reasonable examination of the circumstances of each member of the group; the availability of legal means of entry and cogent reasons for illegal entry thus become substitute standards (Čučković, 2022: 138-142). Although in *N.D. and N.T.* the Court limited the applicability of the new criteria to exceptional cases involving the presence of a large number of persons, the use of force, situations beyond the control of the State and a threat to public security,¹³ a year later in *Shahzad v. Hungary* the Court applied the same two criteria (the availability of means of legal entry and cogent reasons for not using them) to a case which was not exceptional in the sense that it did not involve a large number of persons, the use of force, a situation beyond the control of the State or a threat to public security.¹⁴

9 *M.A. and Others v. Lithuania* [2018], § 115.

10 *M.A. and Others v. Lithuania* [2018], §§ 107, 115, *M.K. and Others v. Poland* [2020], § 174.

11 *M.K. and Others v. Poland* [2020], § 178.

12 *M.K. and Others v. Poland* [2020], §§ 204-210.

13 *N.D. and N.T. v. Spain* [2020], §§ 206-232.

14 *Shahzad v. Hungary* [2021], § 61.

Two problems can be identified on the basis of the ECtHR case law outlined above. Firstly, it appears that the imperative of an individual decision on return/refusal of entry, taking full account of the individual circumstances of the person concerned, is being replaced by an assessment of the abstract possibility of requesting protection at the official border crossing. Secondly, procedural guarantees in case of refusal of entry no longer protect every person, but only two categories: persons who attempt to enter the territory at the official border crossing point and persons who have entered the territory illegally, but only if there were no legal means available or it is presumed that they were not effective, or if the person had compelling reasons to cross the border illegally despite the existence of legal means (Čučković, 2022: 141). Giving priority to the manner in which a person enters the territory and suppressing the relevance of the examination of individual circumstances and the risks that the person would face if not admitted seriously undermines the level of protection that Article 4 of Protocol No. 4 is supposed to guarantee and introduces radical changes in the previous perception of the essence of the prohibition of collective expulsion of aliens. In light of this lowering of previously established standards, the relationship between Article 4 of Protocol No. 4 and Article 3 seems more relevant than ever.

3. Relationship between Article 3 and Article 4 of Protocol No. 4 and its implications for States' duties

Since recent ECtHR jurisprudence appears to suggest that the fact that a person is in need of international protection is irrelevant to the examination of an application under Article 4 of Protocol No. 4, and that the examination of his/her individual circumstances, including the risks to which he/she would be exposed if returned/not admitted, should depend on the abstract criteria of “availability of legal means of entry” and “cogent reasons” for illegal entry, the next section of the paper examines the potential influence that a relationship with Article 3 ECHR may have on such an interpretation of the prohibition of collective expulsion, particularly from the standpoint of the developed positive obligations of states towards asylum seekers deriving from Article 3 (Graf, Katsoni, 2021: 160). An attempt will be made to interpret the scarce messages sent by the Court and to debate with the rare judges who have addressed the issue in their dissenting and concurring opinions, followed by an analysis of the possible consequences of examining a case from the perspective of both provisions or only one of them. Finally, a possible explanation is offered for the recent lowering of the standards of access to the territory under Article 4 of Protocol No. 4 and the potential of its relationship with Article 3 to restore those standards to an appropriate level.

3.1. *Indications provided by the Court and its judges*

After igniting the debate on the relationship between Articles 3 and 4 of Protocol No. 4 in the *Sharifi* case by simply stating that such a relationship was not devoid of interest,¹⁵ the Court linked the two provisions in the *N.D. and N.T. v. Spain* case by stating that its task in examining whether Article 4 of Protocol No. 4 had been violated was to ascertain “whether the possibilities which (...) were available to the applicants in order to enter Spain lawfully, in particular with a view to claiming protection under Article 3, existed at the time”,¹⁶ a *dictum* to which the Court has since regularly referred.¹⁷ More importantly, however, in the same judgment in *N.D. and N.T.*, the Court emphasized that this “does not call into question (...) the obligation (...) for the Contracting States to protect their borders (...) in a manner which complies with the Convention guarantees, and in particular with the obligation of *non-refoulement*” and “for the benefit of those in need of protection against *refoulement*” to have “the possibility of gaining access to the procedures laid down for that purpose”.¹⁸

In her partly dissenting opinion to the *N.D. and N.T.* Judgment, Judge Koskelo, while disagreeing with the majority of judges that Article 4 of Protocol No. 4 was applicable to the facts of the case, confirmed that there was a link between that provision and the prohibition of *refoulement*.¹⁹ However, Judge Koskelo seems to have interpreted this link in the narrowest possible sense, that Article 4 of Protocol No. 4 should only apply in situations where persons seeking access to the territory are at risk of *refoulement* if they are not admitted.²⁰ This position has three major flaws. Firstly, if Article 4 of Protocol No. 4 were to apply only to those at risk of *refoulement*, the provision would be meaningless since such protection is covered by Article 3, which sets higher standards and much more precise positive obligations on States Parties. Secondly, even if the link between the two provisions were to be interpreted in this way, it is not clear how, in today’s mixed migratory flows and cases of illegal entry into the territory of groups of persons, it would be possible and feasible for the national authorities to distinguish between those who are at risk of *refoulement* and others who are not, without an individual examination of the circumstances of each member of the group. Thirdly, the risk of *refoulement* is the most serious (but certainly not

15 *Sharifi et autres c. Italie et Grèce* [2014], § 211.

16 *N.D. and N.T. v. Spain* [2020], § 211.

17 *Assady and Others v. Slovakia* [2020], § 58; *M.H. and Others v. Croatia* [2021], §§ 295, 303; *Shahzad v. Hungary* [2021], § 62; *A.A. and Others v. North Macedonia* [2022], § 115.

18 *N.D. and N.T. v. Spain* [2020], § 232.

19 Partly Dissenting Opinion of Judge Koskelo in the case *N.D. and N.T. v. Spain*, paras. 5-7.

20 Partly Dissenting Opinion of Judge Koskelo in the case *N.D. and N.T. v. Spain*, par. 7.

the only) risk to which persons seeking to enter the territory may be exposed once their entry has been refused. This conclusion follows not only from the broader scope of Article 4 of Protocol No. 4 in relation to Article 3 in terms of risks but is also implied by the wording regularly used by the Court: “in particular with a view to claiming protection under Article 3”. In other words, the very essence of the prohibition of collective expulsion of aliens is to ensure that procedural safeguards have been properly applied with a view to giving any alien the opportunity to present the reasons why he/she should not be refused admittance to the territory, the risk of *refoulement* being one of them.

Contrary to Judge Koskelo, Judges Lemmens, Keller and Schembri Orland do not consider the risk of *refoulement* to be a necessary element of the prohibition of collective expulsion. In their joint dissenting opinion in the *Assady* case, the three judges did not limit the scope of Article 4 of Protocol No. 4 to the risk of *refoulement* but to risks that may also qualify a person for other forms of international protection, and thus not necessarily amount to a risk of ill-treatment covered by Article 3.²¹ Furthermore, and in light of the above criticism of the exceptions to the prohibition of collective expulsion as established in *N.D. and N.T.* and confirmed and further extended in the recent cases of *Shahzad v. Hungary, M.H. and others v. Croatia* and *A.A. and others v. North Macedonia*, it is worth noting that the judges considered it “vital” to respect the “limited scope” of *N.D. and N.T.* and relied on the link with the obligation of *non-refoulement* to ensure this.²²

Finally, a third line of reasoning on the relationship between Articles 3 and 4 of Protocol No. 4 is implied in the concurring opinion of Judge Turković in the *M.H.* case. While considering a violation of the prohibition of collective expulsion of aliens, Judge Turković presented the argument of the vulnerability of the members of the group as crucial, stating that their expulsion would be contrary to Article 4 of Protocol No. 4 even if Croatia provided effective means of legal entry and even if there were no cogent reasons not to use such means.²³ The reliance on the vulnerability of applicants, rather than the risk of treatment contrary to Article 3, would suggest that Article 4 of Protocol No. 4 should apply, whether or not there is a link to Article 3. This may be further confirmed by the next paragraph of the concurring opinion, which emphasizes that “the State’s obligations under Articles 3 and 13 of the Convention regarding the expulsion

21 Joint Dissenting Opinion of Judges Lemmens, Keller and Schembri Orland in the case *Assady and Others v. Slovakia*, par. 13.

22 Joint Dissenting Opinion of Judges Lemmens, Keller and Schembri Orland in *Assady and Others v. Slovakia* par. 25.

23 Concurring Opinion of Judge Turković in the case *M.H. and Others v. Croatia*, par. 10.

of asylum seekers remain intact”, regardless of whether the person entered the territory illegally or at an official border crossing point.²⁴

Thus, the Court’s insufficiently developed pronouncements on the relationship between the two provisions have led to diametrically opposed views among its judges. While some hold that the prohibition of collective expulsion necessarily includes the prohibition of *refoulement*, others either see them as completely autonomous and separate provisions or recognize some scope for their linkage. Such a divergence of views confirms the controversy over the relationship between Articles 3 and 4 of Protocol No. 4 and requires further elaboration from the perspective of litigation strategy. In other words, does the choice of the provision allegedly violated determine their relationship?

3.2. How does the litigation strategy determine the link between the prohibition of refoulement and the prohibition of collective expulsion of aliens: three possible scenarios?

Several questions arise as to the practical implications of the link between the two prohibitions. Does the examination of the existence of risks in case a person is refused access to the territory constitute an obligation on the part of the State only when the application is considered in the context of Article 3? Is such an obligation implied in Article 4 of Protocol No. 4? Does recourse to one or both of these provisions determine the content of the prohibition of collective expulsion as regards access to the territory?

Three scenarios are possible. The Court may examine the refusal of access to the territory only from the perspective of Article 3, or it may be asked to examine the violation of both provisions, or it may deal only with Article 4 of Protocol No. 4. The first option will be applied where there is no collective attempt to enter the territory and/or where the decisions to refuse entry have met the standards of an individual examination of the circumstances of each member of the group. In such cases, as noted above, the standards are higher and include a proactive role for the national authorities, since it is their duty to presume that the need for international protection is the reason for access to the territory and to find out what (if not international protection) is the reason for access to the territory.²⁵ Moreover, these obligations apply whether the person has attempted to enter the territory illegally or at an official border crossing point, but they only protect persons at risk of ill-treatment in the event of refusal of entry, not persons who may face violations of other conventional rights. The second possibility is to examine a breach of both provisions. In this case, each provision is examined

24 Concurring Opinion of Judge Turković in the case *M.H. and Others v. Croatia*, par. 11.

25 The case of *M.A. na Others v. Lithuania* may serve as an illustration of this approach.

within its traditional scope and no reference is made to any interrelationship. In other words, since the risk of *refoulement* is to be examined as an element of Article 3, there is no need to include it in the prohibition of collective expulsion of aliens. In such cases, the definition of the prohibition of collective expulsion is returned to its classical meaning as established in the early cases of *Hirsi Jamaa*²⁶ and *Sharifi*,²⁷ and is qualified as an obligation “to prevent States from being able to return a certain number of foreigners without examining their personal circumstances and therefore without enabling them to put forward their arguments against the measure taken by the relevant authority”.²⁸ The third possibility, however, is the most interesting from the point of view of the interrelationship between the two provisions. Whenever the Court examines the application only in the context of an alleged violation of Article 4 of Protocol No. 4, it formally and explicitly introduces Article 3 as an element to be taken into account. It even defines collective expulsion of aliens by reference to Article 3 in cases concerning access to the territory. In *N.D. and N.T.*, the Court held that “Article 4 of Protocol No. 4 (...) is aimed at maintaining the possibility, for each of the aliens concerned, to assert a risk of treatment which is incompatible with the Convention – and in particular with Article 3 – in the event of his or her return and, for the authorities, to avoid exposing anyone who may have an arguable claim to that effect to such a risk”.²⁹ The same reference to Article 3, when examining the application solely from the perspective of Article 4 of Protocol No. 4, was regularly made in subsequent cases.³⁰

Nevertheless, a distinction can be made between two categories of cases in which Article 4 of Protocol No. 4 was the only provision considered in relation to access to the territory. Curiously, the link with Article 3 was introduced in *N.D. and N.T.*, a case involving persons whose “complaints under Article 3 were declared inadmissible by the Chamber” as manifestly unfounded, a circumstance which the Grand Chamber cited as highly relevant to its conclusion that the available legal means of entry were effective for the purpose of claiming Article 3 protection and that the applicants had no valid reasons for not using them.³¹ In essence, the Court sought to provide arguments for the new restrictive criteria it introduced by pointing to the fact that the applicants’ Article 3 protection had been properly assessed, an argument derived from the earlier case-law such as *Sultani v. France*,

26 *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* [2012], § 177.

27 *Sharifi et autres c. Italie et Grèce* [2014], § 210.

28 *M.K. and Others v. Poland* [2020], § 201; *D.A. and Others v. Poland* [2021], § 80.

29 *N.D. and N.T. v. Spain* [2020], § 198, 209.

30 *Assady and Others v. Slovakia* [2020], § 58; *Shahzad v. Hungary* [2021], § 62; *M.H. and Others v. Croatia* [2021], § 293, 303; *A.A. and Others v. North Macedonia* [2022], § 112, 122.

31 *N.D. and N.T. v. Spain* [2020], § 206, 226.

in which the Court found no violation of Article 4 of Protocol No. 4 because the expulsion orders had been issued after a proper assessment of the applicants' asylum claims in accordance with the standards of Article 3.³² The argument, which should have served to further emphasise the exceptional nature of the *N.D. and N.T.* criteria for the examination of a claim under Article 4 of Protocol No. 4, became an integral part of the Court's pronouncements in cases concerning access to the territory. Although the controversial criteria of availability of legal means of entry and cogent reasons for illegal entry have subsequently been extended by the Court (in our view recklessly) to cases where applicants' asylum claims have not been examined prior to their return/refusal of entry,³³ the reference to Article 3 in such cases may prove beneficial and serve to fill the gap in standards on access to territory created by the Court in *N.D. and N.T.*

3.3. Pros and cons of linking Articles 3 and 4 of Protocol No. 4 in the context of access to the territory: raising or lowering standards?

Articles 3 and 4 of Protocol No. 4 are separate prohibitions with an autonomous existence. However, in the specific circumstances of access to territory and the resulting obligations of States, the two provisions are intertwined. The link initially seemed to serve the purpose of explaining the restrictive standards for access to territory in Article 4 of Protocol No. 4 in cases of illegal entry. Fortunately, the link remained in later cases of dangerous precedents, in which the Court found no violation of the prohibition of collective expulsion of aliens in cases where applicants' asylum claims were not considered at all before expulsion. Namely, in *A.A. and Others v. North Macedonia*, the Court stated that "where such arrangements exist and secure the right to request protection under the Convention, and in particular Article 3, in a genuine and effective manner", States "may refuse entry to their territory to aliens, including potential asylum-seekers, who have failed, without cogent reasons, to comply with these arrangements by seeking to cross the border at a different location, especially, as happened in this case, by taking advantage of their large numbers".³⁴

Taking into account the restrictive, unclear and insufficiently developed standards that have evolved in the recent jurisprudence of the Court on the prohibition of collective expulsion of aliens (Čučković, 2022: 140-142), Article 3 has the potential to correct the dangerous consequences of the application of the new standards, which entail depriving persons in need of international protection of access to the territory and thus of access to protection.

32 *Sultani v. France* [2007], § 83.

33 Cases *Shahzad v. Hungary, M.H. and Others v. Croatia* and *A.A. and Others v. North Macedonia* may serve as examples.

34 *A.A. and Others v. North Macedonia* [2022], § 115.

On the one hand, as a separate prohibition, Article 3 applies to cases of illegal entry of persons in need of international protection, a category which is no longer protected by Article 4 of Protocol No. 4 in cases where legal means of entry are available and there are no cogent reasons for not using them. On the other hand, as a complementary prohibition, the possibility of claiming protection under Article 3 has become the criterion for assessing the availability and effectiveness of legal means of entry as an element of the prohibition of collective expulsion, a standard that has recently replaced the standard of individual examination of the circumstances of each member of the group. By linking the new criterion of the availability of legal means of entry to the possibility of claiming protection under Article 3, the Court has left the door open to the rigorous scrutiny which protection against ill-treatment must be applied, particularly because of its absolute nature. This does not mean that a violation of the prohibition of collective expulsion of aliens now requires “demonstration of the concerned person’s risk of suffering torture or other prohibited treatments in the destination or neighboring country” (Di Filippo, 2020: 485-486). Rather, it should be understood to mean that states’ practices at the border, especially at legal border crossings, would be rigorously scrutinized in order to meet the high threshold that “the respondent State provided the applicants with genuine and effective access to procedures for legal entry (...), in particular with a view to claiming protection under Article 3”.³⁵ States’ practices outside official border crossings, while not amounting to collective expulsion under the new standards, may still potentially violate Article 3 (Wissing, 2020: 4),³⁶ especially since Article 3 applies “irrespective of the applicants’ conduct” (Thym, 2020: 578-579) and it is a well-established principle of international refugee law that asylum seekers cannot be punished for illegal entry.

4. Serbian normative framework: relevance of international standards for the actions of competent national authorities

Access to the territory of the Republic of Serbia is regulated by three complementary legal acts, each of which has its own scope and applies to different categories of foreigners. As the umbrella act on this issue, the Border Control Act applies to all persons, both nationals and non-nationals, who attempt to

³⁵ *M.H. and Others v. Croatia* [2021], § 303.

³⁶ Ciliberto (2021: 219) finds this situation paradoxical since “the only way to avoid the exposure to risks of irreparable harm upon removal entails an appropriate and reasonable examination of the personal circumstances of each member of the group by patrolling agents. In other words, the substantive guarantees under Articles 2 and 3 of the Convention can be complied solely if the procedural safeguard under Article 4 of Protocol 4 is fully respected”.

enter the territory of the Republic of Serbia.³⁷ According to the Border Control Act, access to the territory is considered legal only when it occurs “at a border crossing point with a valid travel document or another document prescribed for crossing the state border”.³⁸ Exceptionally, it is possible to enter the territory of the Republic of Serbia outside official border crossing points with a permit issued by the Border Police³⁹ or in the event of a natural disaster.⁴⁰ The Aliens Act provides a fairly precise definition of illegal entry and specifies situations in which an alien may be refused entry.⁴¹ According to Article 14 of the Aliens Act, access to the territory of the Republic of Serbia is illegal if it occurs “(1) away from the place designated for crossing the state border; (2) by evading border control; (3) without the travel or other document required for crossing the state border; (4) by using an invalid or forged travel or other document of another person; (5) by providing false information to the border police; (6) during the period in which the protective measure of removal or the security measure of expulsion is in force or during the period of a ban on entry”. Access can also be refused on the grounds listed in Article 15(1) of the Aliens Act. Finally, the Asylum and Temporary Protection Act is the most specific of the three laws as it applies to a single category of foreigners - those who apply for international protection in Serbia.⁴² It does not explicitly regulate the issue of access to territory. However, and most importantly, it guarantees the right to express the intention to seek asylum in Serbia to “an alien who is in the territory of the Republic of Serbia”,⁴³ and provides that an alien has the right to express the intention to seek asylum regardless of whether the entry was lawful or not,⁴⁴ and, as in the case of the Aliens Act,⁴⁵ it guarantees the prohibition of *refoulement*.⁴⁶

Serbia’s legislation applicable to access to the territory is generally assessed as “solid” (Krstić, 2018: 82). However, certain border practices have been criticised by international organisations⁴⁷ and human rights bodies,⁴⁸ and have even been

37 The Border Control Act, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, No. 24/2018.

38 Article 12 of the Border Control Act RS.

39 Article 13 of the Border Control Act RS.

40 Article 14 of the Border Control Act RS.

41 The Aliens Act, *Official Gazette RS*, Nos. 24/2018 and 31/2019.

42 The Asylum and Temporary Protection Act, *Official Gazette RS*, No. 24/2018.

43 Article 4 of the Asylum and Temporary Protection Act RS.

44 Article 8 of the Asylum and Temporary Protection Act RS.

45 Article 83 of the Aliens Act RS.

46 Article 6 of the Asylum and Temporary Protection Act RS.

47 The European Commission’s 2022 Progress Report on Serbia remarks that “effective access to the procedure” for asylum seekers needs to be improved.

48 The 2017 Concluding Observations on Serbia’s Third Periodic Report of the Human Rights Committee expressed concern about “reported cases of efforts to deny access to

qualified by the Constitutional Court of Serbia as a violation of the prohibition of collective expulsion of foreigners.⁴⁹ This requires that the aforesaid provisions of Serbian law on access to territory be interpreted and applied in accordance with international standards, as required by Article 18 of the Serbian Constitution.⁵⁰ It is true that most foreigners' attempts to enter Serbian territory outside the official border crossing points can be considered illegal and, therefore, in violation of Articles 14 and 15(1) of the Aliens Act. However, there are exceptions stemming both from other provisions in the relevant Serbian legislation and from Serbia's international obligations.

Firstly, persons in need of international protection are excluded from the application of Articles 14 and 15 of the Aliens Act. On the one hand, Article 2 provides that the Aliens Act does not apply to aliens who have applied for asylum in the Republic of Serbia, which suggests that Articles 14 and 15(1) of the Aliens Act do not apply to them. On the other hand, Article 15(3) of the Aliens Act provides that access to the territory may be granted on humanitarian grounds and "if it is required by Serbia's international obligations", despite the existence of grounds for refusal. Secondly, the exception provided for in Art. 15(3) can only be properly applied if the border police take appropriate measures to assess whether or not a person entering or attempting to enter the territory illegally is in need of international protection, in accordance not only with the standards relating to Article 4 of Protocol No. 4 but also with those established by the ECtHR in relation to Article 3. Third, the provision of Article 4 of the Asylum and Temporary Protection Act should be interpreted in accordance with international standards to include persons who are at the borders (Mole, Krstić, Papadouli, Čučković, Tidona, Valperga, 2019: 46) and not only those who are on the territory of Serbia, as the literal reading of the provision suggests. Such an interpretation of Article 4 of the Asylum and Temporary Protection Act is supported both by the case law on Article 3 and the case law on Article 4 of Protocol No. 4.

5. Conclusion

The difference between the positive obligations contained in Articles 3 and 4 of Protocol No. 4 is only relevant for legal 'acrobatics' in the sense of qualifying acts and facts as violations of the relevant provisions for the purposes of legal

Serbian territory and asylum procedures" and „collective expulsions". The 2021 Concluding Observations on Serbia's Third Periodic Report of the Committee Against Torture noted that "asylum seekers are prevented from accessing the asylum procedure and being identified at an early stage due to insufficient procedural safeguards for the assessment of claims and the granting of international protection, particularly (...) at the border entry points".

49 The Constitutional Court decision UŽ-1823/2017, 29 December 2020.

50 The Constitution of the Republic of Serbia, *Official Gazette RS*, No. 98/2006.

proceedings. It has no significance for the authorities acting on the ground. Considering the complementary nature of the protection afforded by Articles 3 and 4 of Protocol No. 4, it is therefore necessary to ensure that border practices are in line with the standards that have emerged in the Court's practice in relation to both provisions, for at least two reasons. First, this is the only way to ensure that the actions of domestic authorities, both those at the 'means of legal entry' and others that occur outside them, are in accordance with Serbia's international obligations and applicable international standards. This is implicit in the general provisions on the status of international law in the legal system of the Republic of Serbia, as well as in the provisions of the laws on border control and the status of foreigners and asylum seekers. Secondly, and most importantly, it is only through the complementary reading of the norms on the prohibition of *refoulement* and the prohibition of the collective expulsion of aliens that an adequate and complete protection against the risks that a person may face in case of refusal of entry can be ensured, in particular because of the absolute nature of Article 3.

References

- Alinikula, E. (2021). *Migrants at the Borders of Europe: The European Framework for Protection against Pushbacks and Collective Expulsions*. Master's Thesis. Abo Akademi, Faculty of Social Sciences, Business and Economics.
- Boková, T., Bražina, R. (2021). *Expulsion of Aliens, Non-Refoulement and Issues related to (Administrative) Discretion*. *Institutes Administrationis*. 1. 90-103.
- Carlier, J.Y., Leboeuf, L. (2020). *The Prohibition of Collective Expulsion as an Individualisation Requirement*. In Moraru, M., Cornelisse, G., De Bruycker, P. (eds), *Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the European Union* (pp. 455-473). Oxford: Hart Publishing.
- Ciliberto, G. (2021). *A Brand-New Exclusionary Clause to the Prohibition of Collective Expulsion of Aliens: The Applicant's Own Conduct in N.D. and N.T. v. Spain*. *Human Rights Law Review*. 21. 203-220.
- Committee against Torture. *Concluding Observations on the Third Periodic Report of Serbia*. CAT/C/SRB/CO/3.
- Čučković, B. (2022). *Pravo osoba u potrebi za međunarodnom zaštitom na pristup teritoriji: (ne)jasni standardi Evropskog suda za ljudska prava*. In Lilić, S. (ur.), *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije* (127-145). Beograd: Univerzitet u Beogradu Pravni fakultet.

Di Filippo, M. (2020). Walking the (Barbed) Wire of the Prohibition of Collective Expulsion: An Assessment of the Strasbourg Case Law. *Diritti umani e diritto internazionale*. 14 (2). 479-510.

European Commission. (2022). Serbia 2022 Report. SWD(2022) 338 final. Brussels.

Graf, J.-P., Katsoni, S. (2021). The Evolution of Non-Refoulement: From Negative to Positive Obligations. *Humanitäres Völkerrecht*. 4 (3-4). 148-160.

Heijer, M. (2013). Reflections on Refoulement and Collective Expulsion in the Hirsi Case. *International Journal of Refugee Law*. 25 (2). 265-290.

Human Rights Committee. (2017). Concluding Observations on the Third Periodic Report on Serbia. CCCPR/C/SRB/CO/3.

Kakosimou, V. (2017). Non-Refoulement and Access to Asylum. *International Journal of Social Sciences*. 3 (2). 167-179.

Kim, S. (2017). Non-Refoulement and Extraterritorial Jurisdiction: State Sovereignty and Migration Controls at Sea in the European Context. *Leiden Journal of International Law*. 30. 49-70.

Krstić, I. (2018). Handbook on Migrant Protection in the Republic of Serbia. Belgrade: IOM.

Mole, N., Krstić, I., Papadouli, M., Čučković, B., Tidona, A., Valperga, B. (2019). Handbook on International and European Standards Relating to Asylum and Migration – A Closer Look at Certain Issues. Belgrade: AIRE Center and International Organization for Migration.

Oudejans, N. (2018). Protecting the EU External Borders and the Prohibition of Refoulement. *Melbourne Journal of International Law*. 19 (2). 614-638.

Ristik, J. (2017). The Right to Asylum and the Principle of Non-Refoulement under the European Convention on Human Rights. *European Scientific Journal*. 13 (28). 108-120.

Scuto, F. (2018). Alien's Protection against Expulsion and Prohibition of Collective Expulsion by the Jurisprudence of the European Court of Human Rights. *Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*. 1. 2-17.

Thym, D. (2020). The End of Human Rights Dynamism? Judgments of the ECtHR on 'Hot Returns' and Humanitarian Visas as a Focal Point of Contemporary European Asylum Law and Policy. *International Journal of Refugee Law*. 32 (4). 569-596.

Von Sternberg, M. (2014). Reconfiguring the Law of Non-Refoulement: Procedural and Substantive Barriers for Those Seeking to Access Surrogate International Human Rights Protection. *Journal on Migration and Human Security*. 2 (4). 329-360.

Wissing, R. (2020). *Push backs of 'badly behaving' migrants at Spanish border are not collective expulsions (but might still be illegal refoulements)*. Retrieved 17 March 2023, <https://strasbourgobservers.com/2020/02/25/push-backs-of-badly-behaving-migrants-at-spanish-border-are-not-collective-expulsions-but-might-still-be-illegal-refoulements/>

Case law

Constitutional Court RS decision Už-1823/2017, 29 December 2020.

ECtHR, *Andric v. Sweden*, Application No. 45917/99, Decision on Admissibility of 23 February 1999

ECtHR, *Čonka v Belgium*, Application No. 51564/99, Judgment of 5 February 2002

ECtHR, *Sultani v. France*, Application No. 45223/05, Judgment of 20 September 2007

ECtHR, *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*, Application No. 27765/09, Judgment of 23 February 2012

ECtHR, *Sharifi et autres c. Italie et Grèce*, Requête no 16643/09, Jugement de 21 Octobre 2014

ECtHR, *Khlaifia and Others v. Italy*, Application No. 16483/12, Judgment of the Grand Chamber of 15 December 2016

ECtHR, *M.A. and Others v. Lithuania*, Application No. 59793/17, Judgment of 11 December 2018

ECtHR, *N.D. and N.T. v. Spain*, Applications Nos. 8675/15 and 8697/15, Judgment of the Grand Chamber of 13 February 2020

ECtHR, *Assady and Others v. Slovakia*, Application No. 24917/15, Judgment of 24 March 2020

ECtHR, *M.K. and Others v. Poland*, Applications Nos. 40503/17, 42902/17 and 43643/17, Judgment of 23 July 2020

ECtHR, *D.A. and Others v. Poland*, Application No. 51246/17, Judgment of 8 July 2021

ECtHR, *Shahzad v. Hungary*, Application No. 12625/17, Judgment of 8 July 2021

ECtHR, *M.H. and Others v. Croatia*, Applications Nos. 15670/18 and 43115/18, Judgment of 18 November 2021

ECtHR, *A.A. and Others v. North Macedonia*, Applications Nos. 55798/16 and 4 others, Judgment of 5 April 2022

Др Бојана Чучковић,
Ванредни професор,
Правни факултет, Универзитет у Београду,
Република Србија

**ОДНОС ИЗМЕЂУ ЗАБРАНЕ ПРОТЕРИВАЊА И ЗАБРАНЕ
КОЛЕКТИВНОГ ПРОТЕРИВАЊА У КОНТЕКСТУ ПРИСТУПА
ТЕРИТОРИЈИ: СТАНДАРДИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА
И ЊИХОВ ЗНАЧАЈ ЗА ПРАВНИ СИСТЕМ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ**

Резиме

Члан 3. ЕКЉП дуго је доминирао у случајевима који су се тицали ускраћивања приступа територији држава уговорница лицима којима је потребна међународна заштита. Међутим, последњих година је за изградњу стандарда у вези с приступом територији од све већег значаја и пракса Европског суда у вези с чланом 4 Протокола број 4. С обзиром на околност да услови за приступ територији нису истоветни када се представка разматра у вези са чланом 3. или чланом 4. Протокола бр. 4, поставља се питање њиховог међусобног односа. Ауторка је била подстакнута да испита ово питање кратком констатацијом Суда у предмету Шарифи да однос између тумачења поља примене члана 4. Протокола бр. 4 и домашаја начела *non-refoulement* није без значаја и накнадним редовним укључивањем разматрања члана 3. у контексту испитивања доступности начина легалног уласка, новог стандарда уведеног у контроверзној пресуди Великог већа у случају Н.Д. и Н.Т.. Након излагања основних и добро познатих разлика између начела *non-refoulement* и забране колективног протеривања, у раду се испитује тврдња да су забрана протеривања и забрана колективног протеривања одвојене забране које имају самостално постојање, али које су, у специфичном контексту приступа територији, међусобно вишеструко повезане. У раду се износи и критика појединих стандарда које је у вези с приступом територији изнедрила скорија пракса Суда у случајевима колективног протеривања, те указује на корективни значај начела *non-refoulement*. Такође, у раду се пружа преглед правног оквира Републике Србије релевантног за приступ територији

и указује на то како треба тумачити поједине одредбе српских прописа да би њихова примена била у складу с међународним стандардима.

Кључне речи: *протеривање, колективно протеривање странаца, приступ територији, Европски суд за људска права, начини легалног уласка, праксе на граници, Србија.*

Dubravka Klasiček*, LL.D.,

Associate Professor,

Faculty of Law, J. J. Strossmayer University in Osijek,

Tomislav Nedić*, LL.D.

Teaching Assistant,

Faculty of Law, J. J. Strossmayer University in Osijek,

Vlasta Budiša*. LL.M.,

PhD Student,

Faculty of Law, J. J. Strossmayer University in Osijek,

Republic of Croatia

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД

10.5937/zrpfno-46004

UDK: 351.853(497.5+497.11)

Рад примљен: 15.08.2023.

Рад прихваћен: 12.10.2023.

PROTECTION OF CULTURAL GOODS IN CROATIA AND SERBIA, WITH REFERENCE TO RESTRICTIONS OF OWNERSHIP RIGHTS**

*“Those who cannot remember the past
are condemned to repeat it.”*

*(George Santanaya, The Life of Reason, 1905,
from the series Great Ideas of Western Man)*

Abstract: *In the Article 52 of the Constitution of Croatia, cultural goods are declared as goods of special interest to the Republic of Croatia that enjoy the special protection of the state. Article 69 of the Constitution stipulates that, among other things, the state protects cultural goods as spiritual national values. Article 89 of the Constitution of Serbia determines the obligation of every person to preserve, among other things, cultural heritage as an asset of general interest. The authors believe that something similar exists in most modern legal systems. Various legal subjects own many cultural goods. Still, given their status and the special protection they enjoy, the owners of such goods are subject to certain ownership restrictions and have obligations that owners of most other things do not have. In this paper,*

* dklasicsek@gmail.com

* tnedic@pravos.hr

* vlasta.Budisa@min-kulture.hr

** This paper is a result of research within the project “Civil law and civil procedural law in the 21st century - current situation and future tendencies“, supported by the Faculty of Law, Josip Juraj Strossmayer University of Osijek, under the project nr. IP-PRAVOS-7.

** This paper was presented at the International Scientific Conference “Law and Social Values“, held at the Faculty of Law in Niš on 21 April 2023.

the authors will analyze Croatian and Serbian legal acts that regulate the protection of cultural goods with special reference to restrictions of ownership rights over cultural goods in these two countries. There are certain similarities but also some differences in how the protection of cultural goods is regulated in Croatia and Serbia. The types of cultural goods and their protection vary in certain ways, as well as the rights and obligations of owners of cultural goods.

Keywords: *cultural good, protection of cultural goods, ownership restrictions, owner's rights and obligations.*

1. Introduction

In most of the world, cultural goods are a special category of property. They are given enhanced protection precisely because of the characteristics that set them apart from all other things that can be objects of ownership. The reason for this is that such goods represent the identity of a country, its history and tradition. Still, they are also of exceptional importance for its future, directly referred to in the quote cited at the beginning of this paper. If a country were to allow the destruction or damage of cultural goods that form the core of its heritage, that country would surely deserve to go through all that happened to it in the past; by allowing the destruction of such goods, it loses something irreplaceable.

Cultural goods are destroyed and damaged in different situations and in different ways, but the person who owns these goods can perhaps harm them most. If the owners decide it is not in their interest to preserve and take care of a cultural good, they can destroy it in many ways. For example, the owners of a cultural good can stop taking care of it and allow its destruction, or can intentionally destroy or damage it. They can prohibit experts from studying cultural goods or the public from accessing and enjoying them. If allowed, all this could seriously damage that country's culture. It is precisely for this reason that numerous restrictions and obligations are imposed on the owners of cultural goods that do not exist for the owners of other things.

In this paper, the authors will discuss the legal acts related to the protection of such goods in Croatia and Serbia, by focusing on the provisions that regulate the rights and obligations of the owners of cultural goods in each of these countries. This comparison can be useful to everyone who is already an owner of such goods, but especially to those who will become owners, like collectors, investors or heirs of such things. In the first part of this paper, the authors consider the limitations imposed on the ownership of cultural assets, their purposes and the goals they are meant to achieve. In the second part of the paper, the authors pro-

vide an overview of the Croatian Act on Protection and Preservation of Cultural Goods, emphasizing the owner's duties and the limitations of their ownership. In the third part, the authors examine the Serbian Cultural Heritage Act to reveal the similarities and differences between these two acts.

2. Limitation of ownership in the context of cultural property protection

The concept of ownership is the basis not only of private (civil) law and law in general but also of the modern social and state order, which protects ownership and all its factors in the form of inviolability of (private) ownership with a wide range of instruments, measures and possibilities. In the Croatian constitutional order, the inviolability of property ownership is one of the highest values and the basis for the interpretation of the Constitution¹ (Art. 3 of the Constitution). Although exclusivity (Penner, 2021:277-292) is one of the fundamental characteristics of property rights, the constitution and the law precisely define the situations when ownership can be limited.

The Constitution of Croatia (hereinafter: Constitution Cro) stipulates that the right to property ownership is inviolable (Art. 3) and that it is a guaranteed right (Article 48). However, Article 48 of the Croatian Constitution specifies that property ownership entails obligations and that holders of proprietary rights and users are also bound thereby. The Constitution also determines that the right to property can be limited or taken away, if it is in the interest of the Republic of Croatia (Article 50 Constitution Cro). Thus, although ownership is an absolute right that occupies a central place in every legal order, it is always limited by the public interest. In Croatia, there are objects (things) that cannot be objects of ownership (*res extra commercium*), those that are owned by the state (public goods) and things of interest to the Republic of Croatia that enjoy special protection (Gavella, 2007:136-144; Gavella, 2019:183-184).

Things of interest to the Republic of Croatia may be common goods but also things that are objects of ownership (Gavella, 2007:136-144; Gavella, 2019, 183-184). They are primarily determined by the Constitution, which states that: "... real estate and items of particular cultural, historical, economic or ecological significance which are specified by law to be of interest to the Republic of Croatia shall enjoy its special protection" (Article 52 para.1). The Constitution also specifies that restrictions, ways of exploitation and use of these things by their owners and holders are determined by law (Article 52 para.2 Constitution Cro).

1 Constitution of the Republic of Croatia, *Official Gazette* (Croatia), nos. 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, and 05/14.

In the Act on Protection and Preservation of Cultural Goods² (hereinafter: PPCG Act), cultural goods are defined as things of interest to the Republic of Croatia which enjoy its special protection and which, along with all preventively protected goods, represent a national treasure (Article 2 PPCG Act). According to the provisions of Articles 2 and 4 of this Act, their owners are responsible for their protection and preservation. A similar provision is envisaged in the Constitution of Serbia³ (hereinafter: Constitution Srb), which states that cultural heritage is a good of general interest that everyone must protect and that the state takes special care of such things (Articles 89 and 97 of the Constitution Srb)⁴. In addition, Article 72 of the Serbian Cultural Heritage Act⁵ (hereinafter: CHA Srb) determines that the activity of cultural heritage protection is of general interest for the Republic of Serbia.

As far as the status of cultural property is concerned, similar legislation probably exists in most modern legal systems. States are interested in ensuring special protection of cultural goods and their preservation for future generations. Hence, the owners of cultural goods are subject to certain restrictions, the purpose of which is the protection and preservation of these goods in the public interest (Đukić, 2020:94; Ivanc, 2014:399). The owner's freedom should not endanger the interests of other members of the community, which would happen in case of damage and destruction of cultural property by the owner's will or carelessness (Čelić, 2021:546-547).

Thus, in the protection of cultural property, there is an evident conflict between the public and the private interest (Francioni, 2012:374-392; Gliha *et al.*, 2021:64; Ivanc, 2014:400). In certain ways, public interests violate the exclusive ownership of cultural goods, and they are reflected in numerous factors that stem from cultural rights as one of the fundamental human rights. For example, can the owner of a painting painted by Rembrandt deny a person to see it? If it can, is that not a violation of the cultural rights of that particular person?

2 Act on Protection and Preservation of Cultural Goods, *Official Gazette (Croatia)* 69/99, 151/03, 157/03, 100/04, 87/09, 88/10, 61/11, 25/12, 136/12, 157/13, 152/14, 98/15, 44/17, 90/18, 32/20, 62/20, 117/21, 114/22

3 Constitution of the Republic of Serbia, *Official Gazette of the Republic of Serbia*, 98/2006 and 115/2021; <http://www.ustavni.sud.rs/page/view/en-GB/235-100028/constitution> (accessed on 15 August 2023).

4 "Everyone is obliged to protect natural rarities and scientific, cultural and historical heritage, as well as goods of public interest, in accordance with the law" (Article 89 of the Constitution Srb). Article 97 (10) stipulates that the Republic of Serbia shall organize and provides for "(10) system in the areas of health, social welfare, protection of war veterans and disabled persons, child care, education, culture and protection of cultural goods, sports, public information; and system of public services" (Article 97 of the Constitution Srb).

5 The Cultural Heritage Act, *Official Gazette (Serbia)* 129/2021

Or, can the owner deny the use of certain scientific tests that might be crucial for preserving a cultural good (Francioni, 2018:374-392)? For this reason, the protection of cultural property is guaranteed by numerous provisions of public law, constitutional law, criminal law⁶ and international law.⁷

In Croatia, there is often an assumption (based on the PPCG Act) that cultural goods are in public ownership (Ernst, Poljanec, 2017:201). In fact, many cultural goods are privately owned, which can be a potential danger to cultural goods. Of course, the danger comes not only from the owner or holder, but also from third parties (e.g. thieves and smugglers), from *force majeure*, extreme weather conditions, wars, riots, etc. However, most harm and damage to cultural property is probably caused by the owner or holder who is obliged to take care of it. Thus, in order to protect cultural property, legislations worldwide impose various restrictions on their owners (Đukić, 2020:85). It should be emphasized that, as a rule, many owners take extremely good care of cultural goods in their possession, which is often much better than the care provided by the state, particularly considering that the state is not omnipotent in taking care of things in its possession (Đukić, 2020:88). Yet, some owners may have no interest in providing such care

The reason for the limitation of ownership of such goods lies in the purpose of protecting such goods. Cultural goods must be protected and preserved in their original and unspoiled state and passed on to future generations.⁸ Efforts are also being made to create more favorable conditions for cultural goods' survival and take measures necessary for their regular maintenance. The protection of such goods also aims to prevent all actions that could directly or indirectly chan-

6 The Croatian Criminal Act (*Official Gazette*, no. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19, 84/21, 114/22) protects cultural property in several articles: Art. 212 (criminal act of illegal building on cultural property), Art. 319 (criminal offense of damage and illegal export of cultural property), Art. 320 (criminal offense of illegal research and misappropriation of cultural property)

7 e.g. the UN Convention for the Protection of Cultural Property in the event of Armed Conflict, 1954; the UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property, 1970; the UNESCO Declaration concerning the Intentional Destruction of Cultural Heritage, 2003; the European Cultural Convention, Council of Europe, 1954.

8 Art 7 (on Cultural diversity and cultural heritage) of the UNESCO Declaration on the Responsibilities of the Present Generations Towards Future Generations (Paris, 1997) states: "With due respect for human rights and fundamental freedoms, the present generations should take care to preserve the cultural diversity of humankind. The present generations have the responsibility to identify, protect and safeguard the tangible and intangible cultural heritage and to transmit this common heritage to future generations." (See: <https://en.unesco.org/about-us/legal-affairs/declaration-responsibilities-present-generations-towards-future-generations>)

ge cultural goods' properties, form, meaning and appearance and, thus, endanger its value (Klasiček, 2008:107-139). Efforts are also being made to prevent illegal treatment and trafficking in these goods, and to establish supervision over their export and import. The protection ensures relevant conditions for the cultural property to serve the needs of the individual and the general interest, according to its purpose and meaning (Art. 5 PPCG Act).

When limiting the ownership of cultural goods, despite the public interest in preserving these goods for future generations, care should be taken that these restrictions do not become particularly difficult for the owner. For example, care and protection of cultural goods, especially real estate, requires significant financial resources, knowledge and equipment, which can become an insurmountable and disproportionate burden for its owner (Čelić, 2021:549). Cultural goods can be sold, but the pre-emptive purchase right in favor of the state limits their sale. So, one may pose a question: if the owner of a cultural good wants to sell it and offers it to the state, and the state refuses to buy it, should that thing still retain the status of a cultural good? If the state has no interest in acquiring the said item, should the status of cultural good continue to burden and limit the old or new owner in exercising their rights (Klasiček, 2008:136-138)? Thus, in the case of such assets, it should be taken into account that property restrictions should strike a fair balance between the general interest of the community and the interests of private owners, so that the ownership of cultural goods does not become meaningless (Nikolić, Midorović, 2021:82-83).

2.1. Examples of restrictions imposed on the ownership of cultural goods

Some authors believe that one of the most significant restrictions on the ownership of cultural goods is the rule that such goods can only be used in accordance with their title (Đukić, 2020:88). Such a restriction may seem unusual, considering that the obligation to use the thing exclusively in line with its intention exists, as a rule, only on the part of the person who uses another's thing (e.g. persons that lease, rent or loan other peoples' things (Klarić, Vedriš, 2014:517, 526, 535). The owners are usually free to use their things as they wish, even to destroy them if they want. From the previous part, it is obvious that this cannot apply to all objects of ownership because there are things that the state takes special care of. As the state has a special interest in protecting them, there are some common restrictions regarding their owners.

Moreover, if the owner generates income from cultural property, this income should be directed to its protection and maintenance. There can be restrictions on the disposal of such goods, sometimes even to the extent that some cultural goods are declared *res extra commercium*. Establishing a lien on such goods may

also be prohibited, and the owner is especially prohibited from destroying, processing and damaging cultural goods. Furthermore, given that cultural goods are goods that the public is interested in seeing and enjoying, there is often an obligation imposed on the owner to enable display, study (etc.) of such things. There are also restrictions regarding the acquisition of such things, both in the case of original and derivative acquisition. Acquisition by occupation or discovery is often not possible. At the same time, in the case of purchase and sale, the owner's ability to sell cultural goods is often limited by the pre-emptive purchase right in favor of the state (Đukić, 2020:85-86).

3. Protection and preservation of cultural goods in Croatia

In Croatia, the Act on Protection and Preservation of Cultural Goods (PPCG Act) was initially adopted in 1999 but, over time, there was a need to introduce numerous amendments and additions. The latest amendment entered into force in 2023, on the day when Euro was introduced as the official currency in Croatia. The main goal of the PPCG Act is protect and preserve cultural goods as valuable parts of Croatia's cultural heritage and national identity. It prescribes measures for the protection, supervision and management of cultural assets and the procedures for identifying and registering cultural assets in the Register of Cultural Assets (Articles 2-16 PPCG Act). In addition to the possibility of declaring individual cultural property protected, it prescribes special protection measures (Articles 44-61b PPCG Act) and regulates issues of cultural property protection in case of extraordinary events, such as natural disasters, war, etc. (Art. 75-76 PPCG Act). The PPCG Act enacts provisions on financing the protection and preservation of cultural goods (Articles 108-114c PPCG Act) and sanctions in cases of violation of these provisions (Articles 115-119 PPCG Act). It also envisages the procedure for expropriation of cultural property in case of necessity (Britvić Vetma, 2009:201-208).

In Croatia, cultural goods can be: movable, immovable and intangible (Art. 7, 8 and 9 PPCG Act). As for the protection over these goods, some of them enjoy preventive protection (things which are presumed to have the property of cultural goods, Art. 10-11 PPCG Act); some assets are designated as cultural goods (Art. 12 PPCG Act), and some cultural goods are declared goods of the most significant national importance (Art. 13 PPCG Act).⁹

⁹ Goods of local importance may be protected on the basis of Art. 17 PPCG Act, which refers to protection in cases where there are no elements for making a decision on the protection of cultural good but there are elements that may be considered important by the local community which may decide to protect such goods.

In Croatia, cultural assets are registered in the Register of Cultural Assets (Article 19 PPCG Act). Three lists of cultural assets are kept in this public register:

1. The List of protected cultural properties
2. The List of preventively protected cultural asset,
3. The List of cultural assets of national importance.¹⁰

3.1. Ownership and limitations of ownership of cultural goods in Croatia

In Croatia, ownership must be determined for all cultural goods. If this is not possible for some reason, the state will become the owner (Article 18, PPCG Act). It should be noted that slightly different rules apply in the case of cultural goods than those that apply to things that do not have that status. In case the good is originally nobody's property and abandoned asset, ownership of movable property can be acquired by any person who takes it into possession with intention to appropriate it (Article 131 of the Ownership Act (OA)¹¹, (Klasiček, 2008:111-112), while only immovable assets become the property of the state (Article 133 OA). In this regard, it is clear that the PPCG Act makes it impossible to acquire ownership of such goods by occupation or discovery, as is otherwise possible for movable things that are not cultural goods.

According to Article 20 of the PPCG Act, the owner of cultural goods is obliged to take special care of preserving and protecting cultural goods. Thus, for example, the owner must treat the cultural good with due care, protect and maintain it regularly. Each owner is obliged to implement the established protection measures and notify the competent authority immediately of any changes to the cultural good, damage or destruction, disappearance or theft.¹² When necessary, the owner must allow professional and scientific research, technical and other recordings, and implement technical protection measures over a cultural good. The owner is obliged to enable the availability of cultural goods to the public and also to take care to preserve the integrity of protected collections of movable cultural property (Article 20 PPCG Act). In case the owner does not implement the established protection measures, the competent authority will enforce those

10 See: Registar kulturnih dobara Republike Hrvatske (Register of Cultural Assets of the Republic Of Croatia), <https://registar.kulturnadobra.hr/#/> (accessed on 15 August 2023).

11 Art. 131 of the Ownership and Other Proprietary Rights Act, *Official Gazette* (Croatia) 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14, 81/15, 94/17

12 Pursuant to Art. 6 (12) of the PPCG Act, the competent authority is the Conservation Department of the Ministry of Culture in whose area the cultural good is located; for the area of the City of Zagreb, the competent authority is the City Institute for the Protection of Cultural and Natural Monuments in Zagreb.

measures, at the owner's expense, considering that the owner is obliged to bear all the costs of preserving, maintaining and protecting the cultural goods in their possession (Articles 21 and 22 PPCG Act).

Sale, possession and use of cultural property may also be restricted for preservation and protection purposes, and these restrictions will apply to the owner and any other holder of rights over cultural goods (Articles 27 -29 PPCG Act). The expropriation procedure may be instituted: a) if there is a threat of damage or destruction of the cultural good, and the owner does not have the ability or interest to ensure the implementation of all specified protection and preservation measures; b) if it is not possible to ensure the performance of archaeological research and excavations or the implementation of measures in other ways; and c) if it is not possible to ensure the availability of the cultural property for the public in another way or to establish a lien (Articles 27 and 41 PPCG Act). Restrictions on ownership may also be imposed in order to document and research cultural goods, to implement protection and preservation measures, and to make cultural goods accessible to the public. The use of a cultural good may be limited if it is estimated that the change of its purpose would put the cultural good in direct danger (Article 28 PPCG Act). Regarding the sale of cultural goods, Article 28 of the PPCG Act envisages that the seller, the intermediary and the buyer has certain obligations (which will be discussed later). There is also the pre-emptive purchase right, the obligation to return budget funds before the sale (if they were invested in the restoration and/or preservation of cultural goods), and restrictions on the import and export of cultural goods.¹³

As for the restrictions on possession, owners are obliged to enable research, documentation, and the implementation of measures to protect and preserve cultural property, for which they will be entitled a remuneration only if they prove that these actions caused damage (Article 30 PPCG Act). Possession restrictions are also implemented in cases where the competent authority determines that the cultural good is not handled in accordance with the provisions of the PPCG Act, or not handled with due care. If, as a result, cultural good is in danger of being damaged or destroyed, a temporary guardian will be appointed for the cultural good under Article 31 PPCG Act. At the owner's expense, the guardian will take measures to protect and preserve the cultural good (Mihelčić, Marochini Zrinski, 2019:212-214).¹⁴ It should be noted that it is also possible to establish a legal lien

13 For more, see: E-Gradjani (2023): Izvoz i uvoz kulturnih dobara (Export and import of cultural goods), <https://gov.hr/en/export-and-import-of-cultural-goods/1536> (accessed on 15 August 2023).

14 For example, see: Grad Rijeka (2007): The City of Rijeka is the temporary guardian of the SFRY Navy training ship *Galeb*, <https://www.rijeka.hr/grad-rijeka-privremeni-skrbnik-broda-galeb/> (accessed on 15 August 2023); and

in favor of the city or municipality that paid the costs to ensure reimbursement of paid expenses (Article 31 PPCG Act), which applies to cases when the owner abandoned a cultural good. A cultural good is considered temporarily abandoned if the owner's residence is unknown and there is no authorized representative, so that the competent authority cannot notify them of their obligations within 6 months from the date of the first attempt to deliver the letter (Article 32 PPCG Act). A cultural good will be considered permanently abandoned under the same conditions if the owner could not be notified within 10 years (Article 32 PPCG Act). If the owner permanently abandons the cultural property, it becomes the property of the state (Mihelčić, Marochini Zrinski, 2019:213, footnote 65).

Another limitation refers to the owner's duty to temporarily hand over the possession of the movable cultural good for exhibition purposes. The exhibition organizer concludes a contract with the owner which regulates their obligations and the manner of handling the cultural good, provides guarantees in case of damage, destruction, theft or disappearance of the asset, as well as the obligation to insure it with the insurance company. As a rule, the organizer covers all exhibition-related costs unless the contracting parties determined otherwise (Art. 33 PPCG Act).

There are also restrictions on the use of cultural goods. The use is limited in such a way that the purpose and method of use is determined by the decision of the competent authority based on the previously obtained opinion of the mayor or head of the municipality. As a rule, use is determined for immovable cultural property but, in exceptional situations, when the competent authority determines that the purpose and method of use is necessary, it is possible to determine the use for movable cultural goods as well (Article 34 PPCG Act).

If the owner wants to change the purpose of a cultural good, he/she must obtain a prior approval from the competent authority (Article 34 PPCG Act). If the owner uses a cultural good contrary to its intended purpose and damages it, the competent authority can order the return to its previous state, if it is possible to eliminate the resulting damage in this way (Art. 35 PPCG Act). A prior approval of the competent authority is also required for any change in business conducted within the immovable cultural good or protected cultural-historical entity. The approval is also required for any change of purpose of business premises or change of business activity within the protected cultural good (Article 65 PPCG Act).

Grad Sisak (2020): Rješenja o imenovanju privremenog skrbnika 1421 i 1422)(Mayor Decisions on appointing the temporary guardians 1421 and 1422), *Službeni glasnik Sisačko-moslavačke županije*, br. 32, 28. listopada 2020, <https://sisak.hr/wp-content/uploads/2020/11/SGSMZ%CC%8C-32.pdf> (retrieved 15 August 2023).

In case of sale of cultural goods, there is a pre-emptive purchase right in favor of the state. This means that cultural good must be offered, at the same price and under the same conditions, first to the city or municipality, then to the county or the city of Zagreb in whose area the cultural good is located, and after all of them, to the state. These legal entities must declare themselves within 60 days of receiving the offer. If the entity with the pre-emptive purchase right does not intend to exercise its right, it is obliged to inform the other legal entities with the same right, and the owner within 30 days (Art. 37 PPCG Act; Josipović, 2011:389). If the cultural property is sold without first being offered to those who have the pre-emptive purchase right, those persons have the right to request the annulment of such a contract within 90 days of learning that a sales contract was concluded, and no later than 5 years from the conclusion of the contract (Article 39 PPCG Act).

The pre-emptive purchase right in favour of the state also exists if the cultural good is sold at an auction (Ernst, Poljanec, 2017:202-203). The auction organizer is obliged to inform the holders of pre-emptive purchase right, 30 days before the auction, about all the initial conditions for the sale of a cultural good, about the place and time of the auction sale (Article 37 a, PPCG Act). The pre-emptive purchase right also exists in case of a foreclosure sale of cultural property, according to the conditions of the offer in the foreclosure procedure, which is the most favorable for the owner of the cultural good. The person carrying out the foreclosure procedure is obliged to inform the holders of the pre-emptive purchase right that a sale has been ordered, and to submit the written conditions of the offer determined for the sale of a cultural good (Article 38 PPCG Act).

As already noted, during the sale of a cultural good, the seller, the intermediary and the buyer of cultural property have certain obligations. The seller and the intermediary are obliged to inform the buyer that the object of sale is a thing that is a cultural good, to present proof of ownership and documents on the waiver of the pre-emptive purchase right. The buyer is obliged to inform the competent authority of the area where the cultural property will be located (Art. 36 PPCG Act).

Under the PPCG Act, the owners of cultural property also have certain rights. The owners have the right to compensation due to the limitation of ownership, the right to tax and customs reliefs, and the right to professional assistance from the competent authority for the proper protection and preservation of the cultural property (Article 24 PPCG Act). They also have the right to exemptions and privileges prescribed by special law, if they act in accordance with the provisions of the PPCG Act and implement the protection measures (Article 25 PPCG Act). All owners and possessors also have the right to receive free advice from

the competent authority on the measures for the protection and preservation of cultural goods (Article 26 PPCG Act).

4. Protection and preservation of cultural assets in Serbia

In Serbia, the Cultural Heritage Act (CHA)¹⁵ has been in force since 6 January 2023. The CHA replaced the Cultural Goods Act¹⁶, which was adopted in 1994. Like the Croatian PPCG Act, the Serbian CHA refers to protecting and preserving cultural goods. According to Article 2 of the CHA, the goals of this act are to establish a legally regulated and organized system of protection and preservation of cultural heritage through discovery, collection, research, documentation, study, evaluation, protection, preservation, presentation, interpretation, use and management of cultural heritage. Cultural heritage is defined as a set of tangible and intangible resources, which have been inherited from the past, and are recognized as a reflection and expression of continuously evolving values, beliefs, knowledge and traditions that were created by the interaction of man and space over time (Article 3 CHA).

The CHA consists of several parts which refer to: the types of cultural heritage and objectives of protecting and preserving cultural heritage (Art. 1-12 CHA); provisions on tangible and intangible cultural goods (Art. 13-25 CHA); the method of valuing cultural goods (Art. 26-40 CHA); establishing of the status of different types of cultural goods (Art. 41-54 CHA); provisions on the registration of cultural goods (Art. 55-68 CHA) provisions on the protection and preservation of these goods and scientific research and educational activities related to the protection and preservation of cultural goods (Art. 69-98 CHA); provisions on the rights and obligations of owners and other possessors of cultural goods, the circulation, use and expropriation of these goods and the import, export and return of illegally removed cultural goods (Art. 99-129 CHA), and provisions related to criminal sanctions (Art. 130 CHA).

Similar to the division in Croatian law, the cultural heritage in Serbia is divided into tangible and intangible cultural goods. Pursuant to Article 13 of the CHA, tangible heritage is divided into: a) immovable; b) movable cultural goods; c) goods that enjoy prior protection (things and creations that are assumed to possess cultural values specified in the law and represent cultural heritage and enjoy the same protection as cultural goods (Art. 29-33 CHA); and d) goods

15 Zakon o kulturnom nasleđu (Cultural Heritage Act, Serbia), *Službeni glasnik RS*, 129/2021; <https://www.propisi.net/zakon-o-kulturnom-nasledju/> (accessed on 15 August 2023).

16 Zakon o kulturnim dobrima (Cultural Goods Act, Serbia), *Službeni glasnik RS*, br. 71/94, 52/2011- dr. zakoni, 99/2011- dr. zakon, 6/2020 - dr. zakon, 35/2021- dr. zakon i 129/2021- dr. zakon.

under prior protection (goods in respect of which legal actions have been taken to identify them as goods that are believed to possess the properties of tangible or intangible cultural heritage. This status ceases if it is established that they are cultural goods, if previous protection expires, or if it is determined that the thing has no cultural value (Art. 34-35 CHA)). Intangible heritage is embodied in oral traditions and expressions: language as a carrier of intangible cultural heritage; performing arts; social customs, rituals and festive events; knowledge and customs concerning nature and the universe; traditional crafts and skills (Art. 25 CHA). Cultural goods are, therefore, part of the tangible cultural heritage and are divided into cultural goods, cultural goods of great importance, and cultural goods of exceptional importance (Art. 36 CHA).¹⁷

Like in Croatia, when it comes to discovery of goods that enjoy prior protection as cultural heritage assets, such a discovery has to be reported to the competent authority and the goods have to be handled with special care (Article 31 CHA). If such a good is located in land or water, or has been removed from land or water, it is the ownership of the state (Article 33 CHA). It should certainly be mentioned that, according to the Serbian Public Ownership Act (PO Act), state-owned cultural property cannot be subject to enforcement, lien or be acquired by *usucapio* (Articles 16 and 17 PO Act). Also, if the procedure for prior protection of a privately owned asset has already been initiated, which will eventually be declared a cultural good, that ownership is not called into question; thus, the ownership right does not cease to exist, and the asset does not become the ownership of the state (Čelić, 2021:555; Judgment of the Court of Appeal in Novi Sad, Gž 2764/16).¹⁸

Notably, in Serbia, there was an idea of creating a special branch of law which would specifically deal with the protection and preservation of cultural goods (Čelić, 2021:548; Đukić, 2020:80-98). One of the main proponents of this idea was Vladimir Brguljan, who defined this new branch of law as a set of legal norms that regulate social relations regarding cultural monuments in a special way (Brguljan, 2006:15). The opponents of this idea stated that provisions related to cultural goods are scattered across all branches of law and that this area is too small (insignificant) to deserve its own special branch. However, it seems that these arguments no longer stand today (Đukić, 2020:84). The first argument in

17 The fourth category includes the cultural assets of exceptional value which are included in the UNESCO World Heritage List, because they meet the conditions prescribed by the UN Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage (1972); See: <https://whc.unesco.org/archive/convention-en.pdf>. This fourth category is not mentioned in the CHA but exists in the legal order of the Republic of Serbia (and Croatia) because it ratified this convention (Čelić, 2021:552, Krstić, 2013:106-107).

18 Judgment of the Court of Appeal in Novi Sad (Serbia), Gž 2764/16 of 17.11.2016

favor of creating a special branch of law is certainly the need to bring together (in one place) all the provisions concerning the protection and preservation of cultural goods. The second argument is the growing awareness of the importance and need for stronger protection and preservation of cultural goods (Đukić, 2020:84). The authors have not come across similar initiatives in Croatia.

4.1. Ownership and limitations of ownership of cultural property in Serbia

In Serbia, like in Croatia, the owners of cultural goods are also limited in various ways. Some restrictions are valid for all types of cultural goods, while others are valid only for certain types of such property (Nikolić, Midorović, 2021:79-80). Similarly as in Croatia, the owner and holders of cultural property is obliged to preserve and maintain that property, and without delay notify the competent authority dealing with the protection of cultural goods about all legal and physical changes that have occurred in connection with the asset. The owner/holder is also obliged to allow scientific and professional research, technical and other recordings, to facilitate the implementation of technical protection measures on the cultural property, and to make the cultural property available to the public. The owner/holder is also obliged to bear the costs of fulfilling these obligations up to the amount of income generated from cultural goods and goods under prior protection (Art. 101 CHA).

In addition, the owner/holder is prohibited to use cultural goods for purposes that are not in accordance with their nature, purpose and significance, or in a way that can lead to damage to a cultural good. This is also similar to Croatian provisions. The owner/holder must not excavate, demolish, rebuild, modify or do any work that may impair or damage the specific features of a cultural good and property under prior protection without meeting certain conditions and without the consent of the competent authority. The owner/holder is also prohibited from dismembering collections and funds of cultural goods, without meeting certain conditions and without the consent of the competent authority (Art. 102 CHA).

The owner or holder of cultural property in Serbia is also entitled to certain rights. In addition to being able to use a cultural good in a manner that is in accordance with the law and protection measures, the owner/holder is entitled to a fair compensation in case of a ban on the use or restrictions of the use of a cultural good. The owner/holder also has the right to compensation for damage sustained during the implementation of technical protection measures on a cultural good or as a result of having to make a cultural good available to the public. The owner/holder is exempt from paying fees, taxes and other duties related to protection, use and disposition of the cultural asset in compliance with

tax legislation. The owner/holder is also entitled to seek reimbursement of paid customs duties and other import duties in case of permanent import of cultural goods into Serbia. If the owner/holder has donated a cultural good or artwork to the state or to an institution to protect cultural heritage, they have the right to be exempt from paying taxes. The tax and customs reliefs obtained by the owner/holder are regarded as the participation of the state in the protection of cultural goods (Art. 100 CHA).

The owner or holder is free to use the name and likeness of a cultural good for commercial purposes (to make a profit), while other persons can do that only with the consent of its owner and upon obtaining the approval of the competent protection institution in charge of protection and preservation of that cultural good, or the competent ministry in case of a cultural asset of exceptional importance. The CHA also stipulates that the cultural-historical value and identity of the asset must not be impaired or damaged due to its commercial use. The owner, holder and public institutions in charge of cultural heritage protection have the right to make reproductions, casts, copies, facsimiles and phototype editions of cultural goods of great and exceptional importance in accordance with the prescribed protection measures, always crediting the name of the cultural property, its location, period of creation and the name of the author (Art. 105 CHA).

As in Croatia, if the owner in Serbia wants to sell a cultural good, he/she must first offer it to the state, given that the state has the pre-emptive right to purchase the cultural good in private ownership before it is offered to others (Art. 103 CHA). Within 30 days of receiving the owner's notification of the intention to sell the property, the competent authority is obliged to inform the owner whether or not it will exercise this right. According to the provision of the former Cultural Goods Act, the deadline was 15 days which was certainly too short, particularly considering the fact that, due to the importance and value of the real estate or cultural good that is offered for sale, it might be necessary to engage significant funds from the public budget (Čelić, 2021: 560). If the state refuses to buy the cultural good, does not respond to the offer or waives the pre-emption right within the time limit, the owner is free to sell the property to another person under the conditions that cannot be more favorable than those offered to the state (Art. 103 CHA).

Unlike the Croatian PPCG Act, the Serbian CHA does not envisage the possibility of sequestration, i.e. appointing a temporary guardian for a cultural good whose owner does not take good care of the property or temporarily abandons it, and thus exposes the property to the risk of damage and destruction. This provision was prescribed in the former Cultural Goods Act (in Art. 33). The authors also believe that the provision on the possible expropriation of cultural goods was

much more detailed in the former Cultural Goods Act (Art. 121), which stipulated that there was a danger of destruction of the cultural good if the owner did not have the ability or interest to ensure the implementation of protection measures. Expropriation was also possible if archaeological excavations could not be carried out in any other way, or if the protection measures on the cultural goods could not be implemented. Expropriation was also possible if there was no other way to ensure the public availability of cultural goods of great or exceptional importance (Đukić, 2020:91). Article 106 of the CHA relating to expropriation only states that the expropriation of immovable cultural property will be carried out in accordance with the regulation governing expropriation.

5. Conclusion

In this paper, the authors endeavoured to investigate and explain the reasons for ownership restrictions in case the object of ownership is a cultural good. Due to the basic characteristics of cultural goods, every country needs to protect such goods in every possible way. Considering that their owners or holders can cause their damage and destruction, cultural goods need to be protected from them as well. At the same time, each country's legislators should take care that such restrictions are not too severe, so as not to put the owners/holders of such goods in a worse position when compared to the owners of other kinds of property.

The authors researched the Croatian and the Serbian legislative acts related to the protection of cultural goods. The research shows that the restrictions on the ownership of cultural goods and protected cultural assets are regulated in a similar way in two countries. There are many similarities in the legal provisions governing the restrictions on ownership, possession and sale of cultural goods, as well as the rights and obligations of owners/holders of cultural goods. Despite these similarities, the authors have to note that the former Cultural Goods Act which previously regulated this area in Serbia seems to have contained much more similar provisions to the ones envisaged in the Croatian PPCG Act than the new (current) Cultural Heritage Act of Serbia. The most obvious differences between the Croatian PPCG Act and the Serbian CHA refer to the fact that the Serbian legislation no longer provides for the possibility to appoint a temporary guardian for the cultural good when the owner refuses to take care of it or abandons it, and to the fact that the Serbian CHA no longer explicitly enlists the cases that will lead to the expropriation of cultural property, as was the case in the former Serbian legislation and is currently the case in the applicable Croatian law.

References

- Brguljan, V. (2006). *Spomeničko pravo*. Beograd
- Britvic Vetma, B. (2009). Pravo izvlaštenja nekretnina u Hrvatskoj: Opći režim i posebni postupci. *Zbornik Radova Pravnog Fakulteta u Splitu*. 1. 201-218
- Gavella, N. et al. 2007. *Stvarno pravo*, Zagreb, Narodne novine
- Gavella, N. et al. 2019. *Privatno pravo*, Zagreb, Narodne novine
- Gliha, I., Josipović T., Bežovan G., Baretić M., Ernst H., Kanceljak I. (2021). Studija o imovinskopравnim modelima obnove u okviru rada na programu cjelovite obnove povijesne jezgre Grada Zagreba, Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet u Zagrebu. Retrieved 15.8.2023, https://www.zzpugz.hr/wp-content/uploads/2023/02/05_IMOVINSKOPRAVNI%20MODEL-Studija-svibanj-pravnici.pdf
- Đukić, D. (2020). Zaštita kulturnih dobara i imoviska prava crkava i vjerskih zajednica, *Harmonius, Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, 2020 (80-98)
- Ernst, H., Poljanec, K. (2017). Stvarnopravna i carinskopravna zaštita kulturnih dobara u svjetlu europske antiterorističke politike. *Zbornik Pravnog Fakulteta Sveucilista u Rijeci*. 1.(187-222)
- Ivanc, T. (2014). Aktualna pitanja zaštite kulturne baštine s naglaskom na ograničenje prava svojine. *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, Mostar.12 (398-407)
- Josipović, T. (2011). Posebno pravno uređenje za kulturna dobra i arhivsku građu, in: Gavlla, N. et al. *Stvarno pravo – posebna pravna uređenja*. Zagreb (373-399)
- Klarić, P., Vedriš, M. (2014). *Građansko pravo*. Zagreb, Narodne novine
- Klasiček, D. (2008). Neka pitanja zaštite kulturnih dobara s osvrtom na ograničenja vlasništva, in: Ernst, H et al. *Odabrane teme iz građanskog i obiteljskog prava*. Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb (107-139).
- Krstić, G. (2023) Suzbijanje nezakonite trgovine kulturnim dobrima. *Crimen*. 1/2023 (97-113)
- Mihelčić, G., Marochini Zrinski, M.(2019) Sekvestracija nekretnine u svjetlu zaštite prava na mirno uživanje imovine. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*. 1/2019 (201-236)
- Nikolić, D.Ž., Midorović, S. (2021). Razvoj posebnih svojinskopравnih režima. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*. 1/2021 (67-92)

Penner, J. E. (2020). *Property Rights, A Re-Examination*. Oxford University Press

Penner, J.E. (2021). Property in Gold A.S. et al. *The Oxford Handbook of the New Private Law*. Oxford University Press (277-293)

Francioni, F. (2012). Public and Private in the International Protection of Global Cultural Goods. *European Journal of International Law*. 3/2012 (719-730)

Francioni, F. (2018) Cultural property in international law in Graziadei, M., Smith, L. *Comparative Property Law, Global Perspective*. (374-392)

Čelić, D.M. (2021) Ograničenja prava svojine na nepoketnim kulturnim dobrima. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*. 2/2021 (545-569)

Legal documents

The European Cultural Convention (1954), Retrieved 15 August 2023 from <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=018>

UN Convention Concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage (1972) Retrieved 15 August 2023 from <https://whc.unesco.org/archive/convention-en.pdf>

UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property (1970), <https://en.unesco.org/about-us/legal-affairs/convention-means-prohibiting-and-preventing-illicit-import-export-and> (15 August 2023)

UNESCO Declaration concerning the Intentional Destruction of Cultural Heritage (2003), https://international-review.icrc.org/sites/default/files/irrc_854_unesco_eng.pdf (15.8. 2023)

UNESCO Declaration on the Responsibilities of the Present Generations Towards Future Generations (1997). Retrieved 15 August 2023 from <https://en.unesco.org/about-us/legal-affairs/declaration-responsibilities-present-generations-towards-future-generations>

Constitution of the Republic of Croatia (Ustav Republike Hrvatske), *Official Gazette of Croatia*, Nos. 56/90, 135/97, 08/98, 113/00, 124/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10, 85/10, 05/14; https://www.usud.hr/sites/default/files/dokumenti/The_consolidated_text_of_the_Constitution_of_the_Republic_of_Croatia_as_of_15_January_2014.pdf

Kazneni zakon (Criminal Code of Croatia), *Narodne novine* br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19, 84/21, 114/22č

Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (The Ownership and Other Proprietary Rights Act, Croatia), *Narodne novine R. Hrvatske*, br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14, 81/15, 94/17

Zakon o zaštiti i očuvanju kulturnih dobara (Act on Protection and Preservation of Cultural Goods, Croatia), *Narodne novine R. Hrvatske*, br. 69/99, 151/03, 157/03, 100/04, 87/09, 88/10, 61/11, 25/12, 136/12, 157/13, 152/14, 98/15, 44/17, 90/18, 32/20, 62/20, 117/21, 114/22

Ustav Republike Srbije (The Consitution of the Republic of Serbia), *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006 and 115/2021; <http://www.ustavni.sud.rs/page/view/en-GB/235-100028/constitution>

Zakon o javnoj svojini (Public Ownership Act, Serbia), *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 88/2013, 105/2014, 104/2016-dr. zakon, 108/2016, 113/2017, 95/2018, 153/2020

Zakon o kulturnim dobrima (Cultural Goods Act, Serbia), *Službeni glasnik RS*, br. 71/94, 52/2011-dr. zakon, 99/2011-dr. zakon, 6/2020-dr. zakon, 35/2021-dr. zakon, 129/2021-dr. zakon.

Zakon o kulturnom nasleđu (Cultural Heritage Act, Serbia), *Službeni glasnik RS*, 129/2021; <https://www.propisi.net/zakon-o-kulturnom-nasledju/>

Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu (Judgment of the Court of Appeal in Novi Sad, Serbia), Gž 2764/16 of 17.11.2016

Online sources

E-Građani (2023). Izvoz i uvoz kulturnih dobara (Export and import of cultural goods), <https://gov.hr/hr/izvoz-i-uvoz-kulturnih-dobara/1536>; <https://gov.hr/en/export-and-import-of-cultural-goods/1536> (accessed on 15 August 202).

Grad Rijeka (2007). Grad Rijeka privremeni skrbnik broda Galeb (The City of Rijeka is the temporary guardian of the SFRY Navy training ship *Galeb*), 4. prosinac 2007; <https://www.rijeka.hr/grad-rijeka-privremeni-skrbnik-broda-galeb/> (accessed 5 August 2023)

Grad Sisak (2020). Rješenja o imenovanju privremenog skrbnika 1421 i 1422 (Mayor Decisions on appointing the temporary guardians), *Službeni glasnik Sisačko-moslavačke županije*, br. 32, 28. 10. 2020; <https://sisak.hr/wp-content/uploads/2020/11/SGSMZ%CC%8C-32.pdf>

Registar kulturnih dobara Republike Hrvatske (2023). Register of Cultural Assets of the Republic of Croatia, <https://registar.kulturnadobra.hr/#/> (accessed on 15 August 2023).

*Др Дубравка Класичек,
Ванредни професор,
Правни факултет, Свеучилиште Ј. Ј. Штросмајер у Осијеку,
Република Хрватска*

*Др Томислав Недић,
Асистент,
Правни факултет, Свеучилиште Ј. Ј. Штросмајер у Осијеку,
Република Хрватска*

*Власта Будиша, Мастер правник,
Студент докторских студија,
Правни факултет, Свеучилиште Ј. Ј. Штросмајер у Осијеку,
Република Хрватска*

ЗАШТИТА КУЛТУРНИХ ДОБАРА У ХРВАТскоЈ И СРБИЈИ, С НАГЛАСКОМ НА ОГРАНИЧЕЊА ВЛАСНИШТВА

Резиме

У члану. 52. Устава Хрватске културна добра проглашавају се добрима од посебног интереса за Републику Хрватску која уживају посебну заштиту државе. Чланом 69. Устава прописано је да држава штити, између осталог, и културна добра као духовне националне вредности. Устав Србије, у члану 89, утврђује обавезу сваког лица да чува, између осталог, и културну баштину као добро од општег интереса. Аутори сматрају да нешто слично постоји у већини савремених правних система. Јасно је да су многа културна добра у власништву разних правних субјеката, али с обзиром на њихов статус и посебну заштиту коју уживају, власници таквих добара подлежу одређеним ограничењима својине и имају обавезе које власници већине других ствари немају. У овом раду аутори ће анализирати хрватске и српске правне акте који регулишу заштиту културних добара (Закон о заштити и очувању културних добара Републике Хрватске и Закон о културном наслеђу Републике Србије), са посебним нагласком на ограничења власништва над културним добрима у ове две земље. Постоје одређене сличности, али и неке разлике у томе како је регулисана заштита културних добара у Хрватској и Србији. Врсте културних добара и њихова заштита се на одређене начине разликују, а такође се разликују и права и обавезе власника културних добара у неким аспектима.

Кључне речи: *културно добро, заштита културних добара, ограничење својине, права и обавезе власника.*

Др Марко Димитријевић,*
Ванредни професор,
Правни факултет, Универзитет у Нишу
Република Србија

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-45419

UDK: 336.74

UDK: 336.711

Рад примљен: 10.07.2023.

Рад прихваћен: 28.08.2023.

МОНЕТАРНИ КРЕДИБИЛИТЕТ КАО ДРУШТВЕНА ВРЕДНОСТ У САВРЕМЕНОМ МОНЕТАРНОМ ПРАВУ И ПРАВУ ЦЕНТРАЛНИХ БАНАКА**

Апстракт: Предмет анализе у овом раду јесте утврђивање значаја и места концепта монетарног кредибилитета у нормама савременог монетарног права. У том контексту се у првом делу рада разматра појам монетарног кредибилитета, утврђују његова обележја и консеквенце на имплементацију стратегије монетарне политике коју утврђује и имплементира централна банка као основни субјект монетарноправних односа. У другом делу рада, указује се на импликације концепта монетарног кредибилитета на поверење које грађани (монетарни корисници) дају домаћим монетарним агентима приликом обликовања структуре и извора монетарне јурисдикције конкретне државе што је, према мишљењу аутора, у функцији заштите економских права какво је право на здраву и чврсту валуту, односно, право на монетарну стабилност која представља јавно добро од практичног значаја за животни стандард и уједно институционално обележје одрживог монетарног управљања.

Кључне речи: монетарно право, право централних банака, монетарна јурисдикција, монетарно управљање, монетарни кредибилитет.

*markod1985@prafak.ni.ac.rs

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

** Рад је саопштен на међународној научној конференцији „Право и друштвене вредности“, која је одржана на Правном факултету Универзитета у Нишу од 27. до 28. априла 2023. године.

1. Увод

Уколико пажљиво посматрамо узроке и последице трендова у актуелној нормативној регулацији јавних монетарних токова у европској и међународној пракси који чине *telos* позитивне монетарне легислативе, *можемо* јасно уочити да је аксиолошка матрица норми савременог монетарног права у годинама након глобалне финансијске кризе (2012) и, нарочито, постпандемијским околностима (2022) значајно редефинисана на начин који ову грану позитивног правног система приближава свакодневним потребама грађана и додатно практично осмишљава и оправдава њено постојање као самосталне правне дисциплине. Првобитни дискурс класичног монетарног законодавства недвосмислено усмерен на очување монетарне стабилности као јавног добра (која се првобитно тумачила у контексту очувања ценовне стабилности) се имплементирао на начин који је имао обележја једног хибридног и хетерогеног технократског обрасца ојачаног резултатима и предвиђањима макроекономских модела (у почетним истраживањима махом базираног на теорији игара), те су и деценијама уназад основни таргети монетарних стратегија били у функцији постизања ценовне стабилности која се дуго времена у монетарној литератури третирао као синоним монетарној стабилности што данас више није случај, јер је процес квалитативне и квантитативне дезинтеграције општег монетарног права резултирао и стварањем нових дисциплина попут права централних банака и права координације монетарне политике које представљају посебне монетарноправне дисциплине. Развој монетарног права је за релативно кратко време прошао завидан пут трансформације из једне готово апстрактне, помало нејасне, удаљене и „невидљиве“ дисциплине до врло конкретне и применљиве правне науке која има јасно мерљив утицај на квалитет живота грађана, обим и структуру личне и јавне потрошње, као и, генерално говорећи, осећај сигурности и поверења које грађани једне земље поклањају својој привреди, тј. степен задовољства који имају приликом коришћења сопствене валуте за задовољавање различитих преференција на тржишту.

У том контексту, поверење грађана није оригинарно, те се изводи и настаје као резултат кредибилитета (веродостојности) рада централне банке као врховне монетарне институције која сходно постулатима демократског легитимитета ужива легитимет поступка (*output* легитимитет), не легитимитет избора (*input* легитимитет који има парламент), што нам указује да је поверење грађана врло условљено понашањем централне банке која обавља улогу не само чувара монетарног суверенитета и монетарног законодавца већ и монетарног иноватора, који својим актима и односом према другим физичким и правним лицима, као и постулатима

усвојеног система друштвених вредности може (мора) заслужити, оправдати или изгубити поверење грађана (Dimitrijević, 2018: 90–100). То подразумева да неке универзалне компоненте личних вредности које се огледају у очекивањима грађана о томе шта би требало бити обухваћено радом централне банке и како би се централна банка требало опходити према грађанима морају бити (донекле) уткане у стратегије монетарне политике, јер она већ деценијама уназад није обичан сет административних активности највише монетарне власти, већ напротив, једна сврсисходна активност усмерена на подизање личног и општег друштвеног благостања. Наравно, на овом месту *морамо напоменути* да се рад централне банке и њена активност у процесу иницирања дерогације и аброгације решења садржаних у одредбама како чврстог, тако и меког монетарног законодавства не може заснивати само на чињеници шта општа друштвена јавност очекује и види као њен главни задатак и смисао постојања, већ се огледа у потреби да свој рад у очима монетарних корисника (мислимо на грађане који живе унутар граница монетарне јурисдикције где се примењује национална монетарна легислатива) појасни, оправда и доведе у јасну везу са њиховим хтењима, и то на начин који им доказује да је њено деловање предуслов легитимног подизања нивоа животног стандарда. Дакле, *полазимо од тезе* да је кредибилитет централне банке у монетарном праву вишедимензионална категорија која првенствено мора да задовољити стандарде струке, али уз одговарајући степен поштовања универзалних друштвених вредности, јер не смемо заборавити да на кредибилитет у раду централне банке као *sui generis* институције *de facto* утиче и лични интегритет појединаца који у њој обављају различите задатке (превасходно мислимо на позицију гувернера и других лица овлашћених за представљање и сарадњу са Међународним монетарним фондом и другим субјектима међународног монетарног права), утврђују приоритете тих задатака, начин реализације у пракси, преузимају одговорност за погрешке и изостанак одређених резултата, што имплицира и потребу јасног утврђивања граница мандата централне банке, као и подесног система деликтне одговорности у раду што је сложен процес који се у различитим монетарним јурисдикцијама није одвијао истом динамиком.

Услед наведеног, *сматрамо* да процес монетарног управљања као подсистем јавног државног менаџмента нема карактеристике ортодоксног готово „кафкијанског“ (из. аутора) управљања одвојеног од личности грађана који нису поданици централне банке, као што ни пословне банке нису њени монетарни хипоними, већ је реч о својеврсном *de lege artis* управљању које правила монетарноправне струке истовремено позиционира у исту

(дакле, не конкурентску и искључиву) раван са заштитом људских права и слободом пословања финансијских посредника, што процесу јавног монетарног управљања даје једну „хуманију димензију“ која у условима изванредних околности (какав је случај био са пандемијом) постаје примарна. Наведено се најбоље може приметити у структури стандардних и нестандартних мера које су Европска централна банка (ЕЦБ) и друге националне централне банке широм света примениле у циљу спречавања даљег ескалирања социјалних трошкова кризе и поступку конкретизације раније прокламоване апстрактне солидарности, дајући јој притом конкретно значање и смисао у пракси.

Кредибилитет као друштвена категорија у праву централних банака и монетарном праву је чврсто повезан са концептом солидарности и мандатом централне банке да врши накнадни (ванредни) одабир циљева и периоду спровођења већ раније усвојене и одобрене стратегије, тј. вршења парификације циљева *ex post*, али уз непрекорачење граница правног основа за реализацију већ усвојених циљева, односно, легално и легитимно усвајање нових ингеренција на надасве транспарентан начин који би требало да буде пропраћен одговарајућим благовременим обраћањем јавности у циљу пружања потребних појашњења, јер *не смемо заборавити* да монетарни прописи нису *lex certa* услед чега је њихово приближавање грађанима потребно спровести на непристрасан начин и језиком који они могу разумети и дати одговарајући вредносни суд или изразити став наспрам њих. Једино стварањем услова за кохерентну сарадњу и прокативни приступ базиран на синергији на релацији комуникационог механизма централна банка – пословна банка – појединац, норме монетарног законодавства постају веродостојан критеријум и мерило постизања монетарне стабилности као предуслова опште привредне стабилности уз истовремено очување права на чврсту, стабилну и здраву валуту.

2. Мандат централних банака у савременим друштвеним околностима и изазови кредибилитета

Кредибилитет у раду централних банака, *према нашем мишљењу*, представља значајану детерминанту легитимитета конкретног монетарног поретка под којим подразумевамо нормативно регулисање токова и маханизма реализације монетарне политике који се деривирају из преовлађујућих теорија о правном поимању новца (где институционална теорија о правном схватању новца интегрисана у уставе у форми државног номинализма због све више изражених екстерних ефеката принципа *lex*

monetae трпи одређена ограничења, јер своје место полако уступа тзв. *транснационалном правним теоријама новца*, јер делује, поготово на примеру монетарних унија и утицаја дигиталне револуције на развој монетарних иновација, да чин правног регулисања новца није само суверен акт државе у смислу њеног монопола на одређивање правног тендера, као и да се активности пословних банака и, генерално посматрано, учесника монетарног сектора, не могу игнорисати јер захтевају препознавање у одређеном степену који, свакако, није доминантан, али неизоставно постоји (Chadwick, 2022: 468–470). У уобичајеном значењу те речи, *можемо рећи* да се кредибилитет у монетарном праву и политици, превасходно, односи на поверење које грађани указују монетарним актерима сходно њиховој ефикасности и ефективности у раду на терену реализације ценовне стабилности и контроле инфлације, што је било уврежено схватање до избијања глобалне финансијске кризе (2008). Са стицањем неких нових ингеренција на терену очувања опште финансијске стабилности и релативизовања забране монетизације јавног дуга, као и тенденције ширења надлежности централних банка на неке нове системе јавне политике који у својој основи нису примарно економски, попут политике заштите животне средине, политике кохезије, борбе против финансијског криминалитета и политике технолошког развоја, структура и значење појма кредибилитета (као и његово мерење које је неопходно у пракси не само због оцене нормативне и економске ефикасности монетарних решења, већ и бољег разумевања реакција монетарних корисника) постаје значајно комплексније и мултидисциплинарно у правом значењу те речи, јер више није уско везано за област чисто нормативне регулације монетарног пословања. Са друге стране, монетарни кредибилитет представља интегрални део политичког кредибилитета и као такав је близак и појмовима репутације и одговорног јавног делања (Weber, 1994: 2–3).

Централна банка се динамичним и сложеним друштвено-економским односима мора благовремено прилагођавати, јер је кључна ставка која условљава настанак и опстанак сваког правног система, заправо, оличена у успону и постојаности корпуса техничких правних идеја које су директни одраз делања уско профилисаних правних стручњака који стварају и негују вредности и принципе независно од идентитета политичког система и његове идеологије и аспирација (Wigmore, 1928: 1129–1130). Из поменутог *можемо* још једном увидети јасну потребу стварања услова за независан рад централних банака где независност не сме остати симболична, на нивоу уставних и законских прокламација, већ се у друштву морају створити сви потребни и одрживи услови за изистинску институционалну,

персоналну, финансијску и функционалну независност у раду централних банака (Голубовић, Димитријевић, 2022: 89–90).

Појам и оцена кредибилитета у монетарном праву и праву централних банака је неодвојиво повезана са питањем независности и транспарентности рада централних банака, јер се само независно професионално поступање чији се узроци и последице *ex-ante* и *ex-post* јасно предочавају заинтересованој јавности може, условно речено, оценити као кредибилно, јер се ради о амбијенту у коме сви монетарни актери говоре оно што мисле и у то верују (Ji, De Grauwe, 2022: 1–2). Иако је веома тешко дати универзалне препоруке монетарном законодавцу за чињење монетарне политике кредибилном услед различитих фактора који утичу на одређивање граница мандата централе банке, ипак се могу препознати одређене опште смернице које подразумевају да сви субјекти монетарне политике у сваком тренутку морају бити безрезервно посвећени реализацији прокламованих циљева из јавно доступног системског акта (како закона, тако стратегије који морају бити међусобно формално и садржински конзистентни) уз истицање и прихватање чињенице о томе да инструменти и мере монетарне политике нису свемоћни у постизању сврсисходних решења (или, додали бисмо, нису *panacea* за све проблеме у привреди, што политичари и грађани понекад нереално очекују). Успешна имплементација наведених смерница је истовремено у функцији пружања заштите (осигурања) савесним монетарним актерима од распрострањених негативних популистичких идеја и ставова који у последње време грешке у поступању централних банака налазе и тамо где их нема, због чега је више него икада раније у развоју монетарноправне мисли битно да постоји довољан број правника који имају специјализована знања из дисциплине монетарног права и који грађане могу едуковати на адекватан начин о разлозима делања централних банака као и граница њихове (деликтне) одговорности. Такође, *мишљења смо да би јачању кредибилитета рада централне банке снажно допринела и примена постулата тзв. концепта универзалних интереса човечанства* (енг. *common concerns of humankind*) који инсистирају на заједничкој одговорности и дељењу проблема између институција и грађана, где монетарна стабилност добија и карактеристике социјалног феномена (Cottier, 2021: 387–388; Димитријевић, 2022: 53).

Питање кредибилног монетарног управљања је уско повезано са поверењем грађана у квалитет банкарског система, у извршну и судску власт, као и постојање свести о (не)стабилном окружењу у којем постоји (не) сумњива владавина права. Значај поверења се не истиче само у радовима из проблематике монетарног права, већ и у макроекономским моделима који се тичу активности централне банке на терену реализације жељених

инфлационих таргета (Ji, De Grauwe: 2022: 1–2). У том смислу се код анализе поверења истиче да оно има *две* димензије, прву, која је институционалне природе, и тиче се кредибилитета циљева које централна банка жели остварити и који морају бити реални, док се друга димензија односи на тзв. поверење у будућност које се мери степеном израженог оптимизма у погледу будућних економских активности, и то пуног оптимизма без икаквих задршки, јер у супротном, уколико постоји недовољно поклањање вере будућим активностима (које може представљати и монетарни песимизам), жељени кредибилитет ће изостати, што у крајњој линији може релативизовати правни и економски значај предузетих радњи централне банке (Ibid).

У испитивању обележја кредибилитета у раду централних банака, посебно се издвајају као корисни постулати тзв. теорије вето играча (енг. *veto players theory*), који се појављују као политичке партије или појединци који, хипотетички, могу блокирати одређене промене у начину имплементације акција монетарне политике и одлука централне банке, с тим што је у већини случајева (зависно од решења у домаћем правном систему) реч о политичкој институцији која може осујетити у већој или мањој мери (бити за монетарни статус *quid*) промене у правном регулисању и одвијању монетарних токова (Keefe, Stasavage, 2003: 407–409). Недоумице које постоје у овом сегменту тичу се и стабилности, а не само кредибилитета монетарне политике, што је битно нагласити, јер се не ради о синонимима. Битно је истаћи да је и учинковитост поменуте теорије у околностима великих привредних поремећаја значајно релативизована, јер се у таквим околностима, по правилу, тражи хитно делање (али легитимно, паметно и одрживо, што имплицира знање које стоји иза таквих одлука), услед чега је значај меког права у попуњавању правних празнина монетарног поретка посебно драгоцен. Такође, *сматрамо* да је претпоставка успешне примене постулата наведене теорије та да вето играч неупитно мора поседовати сва потребна знања (штавише пожељно је да има подједнако исти ниво знања и монетарне писмености, ако не и дубља сазнања о нужности одређене монетарне мере пре него одлучи да пружи подршку подређеној промени монетарне легислативе). То, наравно, не значи да не постоји ниједна друга подједнако способна институција која би правноваљано ценила акције централне банке, али се јасно мора нагласити да утемељење такве инстанце не може бити резултат политичког подилажења аспирацијама грађана да идентификују „главног кривца“ за све проблеме у економији једне земље, већ, напротив, рационално и добро аргументована одлука да се процес динамичног монетарног управљања подведе под широко постављен транспарентан образац. Истовремено, у пракси је нужно

направити дистинкцију између делања централних банака у којима се опажа потпуно одсуство кредибилитета у раду и оних у којима постоји ограничени (делимични) кредибилитет, што се мери и утврђује преко индекса вероватноће да ће доћи до непоштовања преузетих и датих обећања јавности, чији резултати представљају значајан допринос будућем моделирању оптималних и одрживих правних решења на терену монетарне политике (Chatelain, Ralf: 2018, 1–3).

На примеру Европске уније (ЕУ), можемо приметити да су све до глобалне финансијске кризе саопштења Европске централне банке о мерама монетарне политике имала третман задовољавајућих и кредибилних од стране већине учесника на финансијском тржишту, јавности и законодаваца. Ово се делимично заснивало на тзв. антиинфлаторном досијеу Европске централне банке и на широком прихватању институционалног дизајна организације и надлежности банке од стране држава чланица и њихових грађана, институција ЕУ и финансијског тржишта, који инсистира на принципу независности у раду централне банке. Овај институционални дизајн који је обликован у складу са тзв. „Тинбергеновим правилом“ једне агенције (на овом месту централне банке), једног примарног циља (стабилност цена) и једног главног инструмента (политика каматних стопа) – несумњиво је побољшао веродостојност монетарне политике и олакшао комуникацију са свим актерима (Lastra, Dietz, 2022: 3–11). Наведени модел организације централног банкарства је почев од раних 1990-их па до избијања дужничке кризе добио обележја једног општеприхваћеног (традиционалног) правила, и то не само у ЕУ већ и у многим другим земљама широм света, с обзиром на то да је успешно одолевао многим изазовима у одвијању и вођењу монетарних и финансијских токова.

Делимична деполитизација вођења монетарне политике добро је послужила владама и помогла им да се снађу у почетним годинама финансијске кризе, али се убрзо потом консензус око даљег ослањања на овај модел почео преиспитивати, јер су централне банке ушле на непознат терен (с обзиром на то да монетарни законодавац чак и када наступа са дужном пажњом због ограничене рационалности не може унапред да предвиди све околности које је потребно регулисати и подвести под монетарну норму) и ослониле се на екстензивно коришћење неконвенционалних мера монетарне политике. Том приликом, суочиле су се са изазовима без преседана с обзиром на сложену синтетичко-дијалектичку повезаност између монетарне, фискалне и политике државног дуга и инстирање на очувању опште финансијске стабилности. Поменути модел се показао сврсисходним и у почетним годинама кризног периода, али се „напетост“ у постојећим

каналима комуникације са јавношћу створила ширењем надлежности ЕЦБ на терену опште фискалне политике, заживљавањем концепта банкарске уније, вршењем супервизијске функције и макрупуденционе контроле због чега је било потребно надоградити преовлађујући модел централног банкарства новим елементима који поред примарног дозвољавају уважавање и новог секундарног мандата ЕЦБ (Ibid). Такође, недостатак транспарентности и јасноће код реализације концепта банкарске уније и нестандартних мера монетарне политике је имао директне последице у виду покретања судских поступака који су за предмет имали оцену законитости таквих акција (Zilioli, Woysik, 2022: 3–10). С тим у вези, *Ластра* (Lastra) у својим студијама из домена истраживања конзистентности легислативе и модела организовања централног банкарства истиче да су сам механизам и канали комуникације у праву централних банака доживели квалитативну трансформацију на начин да су постали медиј једноставног информисања јавности или учесника финансијских тржишта о томе шта је централна банка урадила у прошлости или најаве шта ће радити у будућности, те самим тим постала софистицирано средство за креирање правца и одређивање смера монетарне политике. Заправо, овај вид комуникације која се назива *навођено усмеравање* (енг. forward guidance) и сам представља неконвенционални инструмент монетарне политике који је почео да се примењује у околностима када су каматне стопе достигле нулти ниво и када су стандардни инструменти монетарне политике почели да заостају са резултатима. Поједини аутори овај облик комуникације еуфемистички ословљавају и „вербалном интервенцијом на пољу каматних стопа“ с тим што свака најаве монетарне власти претходно мора бити добро утемељена (Ibid), јер слично као што у пореском праву најаве измене закона могу проузроковати нове облике законите нелегитимне пореске евазије и штетно пореско планирање, тако и најаве у измени монетарних прописа могу бити сензационалистички третиране. Ипак, издавање наведених смерница имплицира претходно добру припремљеност и јасно идентификовање потенцијалних последица на финансијском тржишту, узимајући у обзир чињеницу да су актери финансијског тржишта веома осетљиви на најаву сваке нове мере или акта централне банке и да своје понашање и доношење пословних одлука планирају сходно обраћању централне банке, односно, њене најаве директно уграђују у своје пословне стратегије.

Најбољи пример последица најаве примене нестандартних мера монетарне политике имамо у случају мере ЕЦБ везаних за докапитализацију обвезница на секундарном финансијском тржишту које је било предмет оцене пред Немачким савезним уставним судом услед рекација јавности

(Selmayr, 2015: 1387). Свакако, на овом месту је значајно указати да се ради о *двосмерној комуникацији*, јер централна банка приликом доношења сваке нове мере или планирања усвајања новог акта меке монетарне легислативе (смернице, упутства, програма, плана) мора узети у обзир очекивања учесника на финансијском тржишту и уградити их у постојеће моделе, јер стратегија *per se* нема много смисла уколико не усмерава, уређује и поспешује доношење пословних одлука учесника на финансијском тржишту.

Кредибилитет централне банке у чијој основи је комуникација (дијалог) се у пракси може одвијати и ценити на различите начине, али се обично процењује у интеракцији са законодавцем, јавном управом и учесницима на финансијском тржишту. Функције комуникације у централном банкарству су бројне и могу се условно класификовати у *функцију рефлексије* (eng. reflection function), самоцењивања и самоодношења рачуна за сопствене задатке, где се у обзир узима развој њихове садржине кроз време и динамика, што подразумева самокритичност и самоодговорност где се поменута рефлексија, односно, “идентификовање сопственог одраза у монетарној политици” већ дуго времена успешно користи у пракси Система федералних резерви у САД); *функцију превођења* (eng. translation function), у контексту појашњавања и превођења сложених монетарних мера јавности, што подразумева коришћење савремених канала комуникације, какав је Твитер који се показао као врло захвално средство дисеминације у домену јавног монетраног пословања ЕЦБ; *функцију правременог управљања очекивањима* (eng. management expectations functions), која се тиче благовременог договарања, прикупљања и дељења информација са свим учесницима финансијског тржишта); *функцију слушања* (eng. listening function) која се тиче достојанственог уважавања потреба, хтења и стремљења учесника финансијског тржишта, и; *функцију легитимизације* (eng. legitimisation function), где централна банка објашњава и доказује да са сваком новом мером, програмом и, генерално посматрано, делањем није прекорачила границе својих овлашћења, тј. поштовање начела уставности и законитости у раду, што је *conditio sine qua non* кредибилне имплементације свих осталих мера (Lastra, 2020: 26–27).

Питање *locusa* парламентарне одговорности централне банке се у пракси различито уређује зависно од начина организације и уређења самог државног апарата, али независно од тога да ли се ради о акцијама националних или наднационалних централних банака, однос парламента и централне банке је одувек био веома специфичан због уставних гаранција њене независности у раду и питања стручности оцене њеног поступања од стране представника законодавне власти које због специфичне природе

монетарних норми може бити веома осетљиво питање у пракси. Без обзира на постојећи степен сарадње који постоји између парламента и централне банке, генерално посматрано, у монетарноправној емпирији се могу уочити *два начина* побољшања који се могу систематизовати на захтеве за суштинским редефинисањем унутрашње организације ових тела и на захтеве за омогућавањем бољег приступа информацијама о раду централне банке уз јасно дефинисање репера који објашњавају дискреционо понашање централне банке (Lastra, Siet: 2022: 18). На примеру монетарног права ЕУ то се може постићи формирањем посебних подкомитета који би били специјализовани искључиво за питања монетарне политике (и то монетарне сфере у најужем смислу, те се не би бавили новим задацима ЕЦБ на терену фискалне политике и финансијске супервизије), јер иако представници Европског парламента учествују у раду ЕКОФИН-а, њихов допринос кредибилном монетарном управљању остаје ограничен, јер је њихова надлежност превише широко постављена и захтева координацију са других комитетима, што може бити веома комплексно у пракси и самим тим утицати на изостанак конкретних резултата. *Мишљења смо* да се овај приступ може применити на нивоу националног монетарног права и да је заправо простор такве реорганизације рада мање захтеван, јер нема директних наднационалних реперкусија као у случају монетарног права ЕУ. Стварање услова за олакшан приступ информацијама је, такође, веома значајно и у пракси се успешно може реализовати складиштењем и објављивањем информација на званичним сајтовима централних банака и њиховом једноставном претрагом, могућношћу постављања питања путем електронске поште, честим одржавањем јавних трибина, тематских радионица и округлих столова који за циљ имају приближавање поља рада централне банке грађанима и који уједно показују да је свако њено поступање заправо у функцији служења интересима грађана.

Инструмент координације монетарне политике, који, *према нашем мишљењу*, није у потпуности искоришћен за постизање потребног степена кредибилног поступања у раду централних банака јесте *макроекономски дијалог* (као облик отвореног метода координације) који је дуго времена означавао својеврсну платформу за обезбеђивање информације посланицима (што је најбоље уочиво на примеру монетарног права ЕУ) и функционално правно концептуализовање инструмента за „продубљена саслушања“, те се трансформисао у јавни форум за разговор, оспоравање или одбрану, условно речено, контраверзних и нестандартних мера централне банке у добрим и лошим временима, али на начин који не угрожава њену институционалну и функционалну независност у раду (Ibid). Од суштинског је значаја напоменути да ови разговори не могу

да се воде у субординираном духу, јер посланици нису судије и таква „саслушања“ (или боље речено преиспитивања) нису пандан оним који се користе у истражним и кривичним поступцима, већ се ради о „разговорима између једнаких“ који да би били целисходни тако да се грађанима нешто појасни, захтевају да посланици имају барем елементарно образовање из домена монетарног законодавства како би могли да поставе права питања, разумеју одговоре и потом усмере комуникацију у смеру који је близак грађанима који прате такве седнице или читају извештаје са рада истих.

Када се ради о комуникацији за учесницима финансијског тржишта, у околностима када је централна банка постала надлежна за очување опште финансијске стабилности и почела да врши функцију банке последњег уточишта (енг. last bank resort), иста се за разлику од претходно наведених адреса најзахтевније спроводи у пракси. Упоредноправна пракса на терену разматрања концепта финансијске стабилности и одрживости јавног дуга у монетарним стратегијама се разликује, па тако, примера ради, централне банке Новог Зеланда, Велике Британије, Норвешке, Канаде, Шведске и Аустралије веома експлицитно узимају у обир ове концепције, где рецимо, енглеска централна банка утврђује децидне клаузуле које за циљ имају избегавање финансијске нестабилности (енг. financial instability exarining clause), док је став ЕЦБ дуго времена био такав да примарни циљ монетарне политике остаје монетарна стабилност (Bank of England, 2013: 1–10). Приметно је да и у домаћим оквирима, у структури монетарне стратегије постоји тенденција ширења броја елемената који све више поштују и аспекте који се тичу одређивања финансијске стабилности, што у крајњој линији и није толико изненађујуће, с обзиром да обе представљају јавна добра, па демаркација у суштинском смислу можда постаје помало излишна (иако *се слажемо* да у оперативно-административном и техничком контексту она мора бити наглашена). Шта више, разлог те наглашености је потребан не би ли се указало и на константну еволуцију регулаторних надлежности централне банке која понекад може осујетити реализацију њених примарних циљева уз истовремено преко потребно указивање на спремност да се зарад општих интереса друштва и заштите јавног поретка укључи у послове за које су примарно биле надлежне неке друге институције (какво је у овом случају очување финансијске стабилности, због чега њено „несебично прискакање у помоћ другим субјектима јавне управе“ и дељење одговорности итекако говори о једном широком поимању кредибилитета јавне власти). Истовремено, *мишљења смо* да таква демаркација остаје нужна и због *ax ante* или *ex post* модела позивања на одговорност за најављене и постигнуте резултате на терену финансијске стабилности, што с обзиром на претходно наведено мора

имати одређене задршке или да кажемо разумевање, јер се понекад у популистички обојеним расправама заборавља да је централна банка однедавно задужена за финансијску стабилност и да ту исту нестабилност уколико постоји у мањем или већем степену није она проузроковала својим (радом) већ се неретко ради о наслеђеним проблемима (назовимо је монетарном сингуларном сукцесијом) и затеченом стању, које централна банка адекватним усклађивањем акција монетарне и фискалне политике (енг. *fiscal-monetary policy mix*) жели регулисати и чији резултати захтевају одређени проток времена.

Пример добре праксе који се тиче релативизовања тајности у раду централних банака се тиче јавног публикавања извештаја са састанака о монетарној политици коју ЕЦБ примењује почев од јануара 2015. године. По правилу, извештаји се објављују најкасније четири недеље по окончању састанка који се усваја на седницама Генералног одбора ЕЦБ (Moschella, Romell, 2022: 59). Смисао кредибилног поступања и искрене комуникације централне банке са грађанима огледа се у приближавању мотива за последице одређених аката, ширења свести код адресата о њиховој нужности и корисности за друштво и добијања подршке за њихову адекватну имплементацију, што може бити осујећено уколико су адресати неуки, поготово када се ради о комуникацији са професионалим удружењима, што захтева, више него икада раније, *поново наглашавамо*, стицање академских и практичних знања из домена монетарног права било на правним факултетима у склопу специјално израђених силабуса на свим нивоима студија, било у виду одржавања продубљених курсева и тренинга за представнике јудикатуре, осталих органа власти и јавне управе. Занимљиво је напоменути да су раније студије о ефикасности механизма комуникације са општом јавношћу показивале незадовољавајуће резултате, без обзира на труд који је централна банка улагала у исте, али је са широм употребом дигиталних технологија дошло до значајних побољшања на том плану чиме су превазиђене раније баријере које су се тичале путева доласка информација до адресата (Wyplosz, 2022: 91). Ипак, новије студије ЕЦБ које су се бавиле испитивањем ефикасности транспарентног представљања нове стратегије путем екстензивног коришћења електронских медија показују да стратегија није дала очекиване резултате, јер се показало да велики број грађана уопште није посветио потребну пажњу упознавању са садржином стратегије, као и да они који то јесу учинили нису најбоље разумели које циљеве ЕЦБ жели да постигне њиховом применом (ECB, 2021: 9–10). Такође, студије ЕЦБ су потврдиле да је у успостављању транспарентнијег оквира пословања неопходно прво кренути од ценовне стабилности као приоритетног циља,

па се тек онда позабавити проблемом дигиталне и зелене економије, јер је први циљ ближи свакодневним потребама грађана (Ehrmann, Georgarakos, Kenny, 2023: 1–10). Упркос потенцијално пресудној улози кредибилитета у одређивању успеха концепта опште економске политике, значајно је указати да дуго времена концепт кредибилитета у монетарној економији није имао универзално значење, али да се данас практично може свести на опште тумачење у којој мери садашњи и будући токови одвијања економске политике у пракси са свим њеним подсистемима стоје усклађено са првобитним циљевима које је дефинисала влада у сарадњи са парламентом и централном банком (Blackburn, Christensen: 1989: 2–5).

У околностима еврокризе постало је јасно да и персонални састав централне банке итекако утиче на кредибилитет донетих одлука, па је тако *Марио Драги* (Mario Draghi) на челу ЕЦБ у периоду 2011–2019. године својим поступањем омогућио опстанак евра и добио поверење грађана у неким од најтежих момената са којима се Европска економска и монетарна унија (ЕМУ) својевремено суочила чиме је путем свој професионалног кредибилитета значајно унапредио и кредибилитет највишег европског монетарног законодавца на начин који инспирише и позитивно утиче и на друге не само европске, већ и ваневропске монетарне институције (Waibel, 2020: 345–347). Такође, с тим у вези се намеће и питање институционалних решења која се тичу поступка избора, реизбора и позивања на евентуалну одговорност у раду гувернера централних банака, јер уколико је регулатива таква да иде у прилог контроли рада и поступку смене на правно ефикасан начин, израженији ће, по правилу, бити и труд и залагање истих лица за боље резултате у обављању својих задатака. Такође, усаглашени банкарски систем, напредна технолошка инфраструктура и паметни стратегијски избори *de facto* утичу на коначно утемељење кредибилитета у пракси (Aguir, 2018: 109–110).

У разматрању кредибилитета у раду централних банака, може се направити дистинкција ставова између *теорије чврстих правила* и *теорије ограничења*, где је прва базирана на примени строгих правила у раду банака која би спречили појаву инфлације и ојачалатзв. антиинфлациони кредибилитет централне банке, али се ширењем поља њених надлежности и усложњавањем структуре већ постојећих, оваква схватања не могу подржати јер поред антиинфлационог кредибилитета постоје и други саставни елементи истог, због чега дискреционо одлучивање, ипак, делује подесније у околностима криза што се нарочито потврдило у постпандемијским околностима (Della Posta, Morroni, 2022: 78).

3. Осврт на јачање кредибилитета монетарног поретка ЕУ

У монетарној литератури је уобичајено да се под правом Европске централне банке подразумева целокупност правних норми којима се уређује организациона структура, надлежност, задаци и функције највише европске монетарне власти у националном, европском и међународном правном амбијенту, схваћеном у најширем значењу те речи (Gortsos, 2020: 1–5). Право ЕЦБ је као посебна грана монетарног права почела да се развија касних деведесетих година прошлог века чији је главни задатак у почетку био да обезбеди ценовну стабилност, али се у околностима након избијања дужничке кризе више усмерава на поље опште финансијске стабилности и монетарне супервизије у еврозони. Као и што сам назив упућује, ради се о праву које ствара и примењује Европска централна банка, али је генеза његовог дефинисања на начин у коме се данас сусреће у пракси везана и за допринос других комунитарних институција, националних субјеката и других учесника који су на мање или више непосредан или посредан начин утицали на формално и садржинско уобличавање предметне проблематике. Унификација националних монетарних система држава чланица ЕМУ је била предуслов делања савременог монетарног права ЕУ које се, посматрано са аспекта централизоване монетарне политике, може дефинисати као сет примарних и секундарних правних извора који нормативно регулишу „М” (монетарна политика) у „ЕМУ” и омогућавају заштиту јединствене монетарне валуте (Gordon, 2022: 254–257).

Процес развијања и ширења транспарентности у раду централних банака је означио квалитативну прекретницу ка ефикаснијем и ефективнијем обављању задатака. Заправо, транспарентност је нешто што повлачи јасну дистинкцију између рада садашњих централних банака од поступања централних банака из ранијих периода када је њихов задатак био повезан са ригидним пословањем налик на чување пословне тајне и неодавања службених информација, због чега је сама банка била веома удаљена од свакодневних и конкретних потреба (проблема) монетарних корисника (Dimitrijević, 2023: 2–5). Ипак, традиционално поимање задатака и функција централне банке на један, додали бисмо, од јавности помало „скривен и удаљен начин (енг. *stealth central banking*)“ је доживело праву ренесансу у савременом европском монетарном законодавству у последњих десетак година. Видљивост у раду јесте елемент кредибилитета, као и веровање струци и поступање *de lege artis*, где опречни ставови, питања и евентуалне недоумице јавности о предузетим корацима (акцијама монетарне политике) само представљају погодну прилику да тај исти ауторитет који је иницирао и применио мере може још једном на великој сцени да их формално и суштински оправда, покаже, докаже и бираним

лепим и примереним аргументима „осмислени“ онолико пута колико се тај захтев постави у друштву.

Штавише, отварање врата јавности у раду једне институције, *према нашем мишљењу*, само представља неупитан доказ стручног веровања у принципе организације рада исте, њене непоколебљивости на том путу, етичког приступа, поуздања у методологију и високог степана културе пословања, у којој (иако увек има простора за додатна побољшања) нема места сумњи и бојазни да ли је требало применити одређену меру, јер је неретко неоткривање аката и поступања повезано са бојазношћу и страхом који може бити проузрокован недовољним знањем што на терену правног нормирања монетарног поретка може имати озбиљне политичке, правне, економске, демографске и друге последице. На овом месту, *морамо нагласити* чињеницу да ниједна централна банка није лишена погрешака у свом раду што најбоље показују широко усвојена правила о одштетној одговорности централних банака која су усвојена у свим монетарним јурисдикцијама у свету (са различитим моделима објективне или субјективне одговорности) и да, свакако, иако нису непогрешиве у раду, то и није потребно да би се осигурао квалитетан и одржив јавни монетарни менаџмент (Zilioly, Selymar, 2011: 200). Транспарентност на овом месту само појачава правну систематичност, пажљивост и анализу у изградњи што ефикаснијег законског и подзаконског инструментаријума, али он никад није био, нити може бити, *панацеа* за све проблеме монетарне збиље.

Европска централна банка је још почетком 2004. године усвојила одлуку којом се омогућава широк и отворен приступ заинтересованој јавности њеним одлукама без посебних ограничења свим заинтересованим субјектима чиме је (заправо) учињено много више од пуког омогућавања једноставног техничког приступа информацијама од јавног значаја који се гарантује чл. 15 Уговора о функционисању ЕУ. Овим чланом се утврђује обавеза институција да омогуће приступ сваком заинтересованом грађанину Уније, тј. свим физичким и правним лицима са боравиштем или седиштем у некој држави чланици званичним документима институција, тела, канцеларија и агенција Уније независно од чињенице у ком облику су сачињени и у складу са начелима и условима прописаним оснивачким актом. Овако широко поимање транспарентности, *према нашем мишљењу*, рефлектује озбиљну намеру европског монетарног законодавца да свој рад учини коначно јасним свим грађанима чиме гарантовање и одржавање монетарне стабилности као значајног јавног добра прелази из сфере филозофских, помало идеалистичких категорија, у свакодневну животну раван људи за које је та стабилност *conditio sine qua non* структуре и достигнутих горњих граница личне и јавне потрошње (која се стално мора

мењати на боље) и темеља стабилне и здраве привреде на коју се ослања читав низ савремених социјалних и економских права.

Става смо да право Европске централне банке, такође, своју оправданост налази у чињеници да поред монетарног права као позитивне научне дисциплине, постоји и посебна категорија економских права какво је право на чврсту и солидну валуту коју гарантује управо централна банка (односно ЕЦБ на подручју ЕУ). Висок степен транспарентности у раду ЕЦБ недвосмислено потврђује изузетно прегледни званични сајт институције, где се могу видети сви релевантни подаци и информације о њеном раду који систематично покрива све битне сегменте рада, почев од састанака (календара) чланова Извршног одбора и осталих тела унутар њене организационе структуре, саопштења са редовних и ванредних конференција за медије, међународних конгреса, стручних семинара, научних конференција, састанака са другим комунитарним органима и представницима држава чланица, до недавно установљене праксе публиковања (завршних) рачуна о одржаним монетарним расправама који имају облик поднесака о финалној оцени акција монетарне политике за одређени временски период. *Ratio* ових докумената је у директној вези са подизањем степена финансијског легитимитета и представља израз савесног и правноваљаног поступања највише монетарне власти ЕУ да створи оптималне услове за фер и избалансирани делиберациони консензус о потребним монетарним таргетима (Zilioli, 2019: 6–11).

Корисна аналогија о путу настанка права Европске централне банке јесте (а која истовремено најбоље осликава њен кредибилитет *према нашем мишљењу*) она коју у својим радовима користи председница Удружења за међународно монетарно право (eng. The Committee on International Monetary Law of the International Law Association – MOCOMILA), *Кјара Зилиоли (Ciara Zilioli)* упоређујући пут уобличавања и коначног настанка права ЕЦБ са техником неимара у грађењу и одржавању мостова који треба да буду дуготрајни и да издрже различите потресе (на овом месту мисли се на монетарне шокове), где термин мостова није насумично изабран је су управо ови грађевински објекти били графички приказани на првим одштампаним новчаницама евра (Ibid). Тиме се још једном показује да понекад једноставне аналогије из свакодневног језика у праву можемо користити да бисмо рекли више и објаснили много боље него употребом сложених правничких термина. Тако, суптилне и дуготрајне нормативне процесе можемо објаснити свим грађанима да их разумеју на начин (који иако на први поглед једноставан) говори много више о животном значају правних дисциплина које све у крајој линији за циљ треба да имају да живот учине достојанственим, лакшим, уређенијим, квалитетнијим, предвидљивијим и сигурнијим

за све чланове друштва. *Мишљења смо* да монетарно право ЕУ и Право Европске централне банке ту функцију остварују и оправдавају у пуном значењу те речи у сваком историјском тренутку (поготово оним ризичним и преломним не само у егзистенцијалном смислу, већ и у смислу академског преиспитивања постојећих подела и азбуке права у најширем значењу и када постоји опасност да грађани изгубе веру у монетарне институције и смисао делокруга њиховог рада и надлежности јер не схватају и не виде делотворност истих за живот обичног човека – што може обесмислити и постигнуте резултате у процесу дезинтеграције).

4. Закључна разматрања

Истицање значаја кредибилитета у јавном монетарном пословању присутно је као базична аксиолошка одредница норми монетарног права и права централних банака од тренутка њиховог уобличавања као самосталних и независних грана правног поретка. Занимљиво је истаћи да иако су се садржај и смер монетарних активности централне банке као основног субјекта монетарног права временом мењали и прилагођавали новонасталим приликама, што је резултирало ширењем поља њихових регулаторних надлежности, појавом нових теорија о правном одређењу појма новца и дилемама у утврђивању граница правне одговорности у раду монетарних агената, кредибилитет у свом значењу остаје исти попут константе монетарноправне мисли сваке еопхе и као идеал и потврда коначне сврхе ових грана права са свим својим институтима, принципима и категоријама. Савремено монетарно право има *sui generis* правне изворе и у данашњим нестабилним друштвеним приликама се показује као изузетно флексибилно и захвално за преображај у право нужности онда када ванредне околности то захтевају, али у вредносном контексту то не значи релативизовање кредибилитета као исконске вредности јавног управљања сваке институције који и даље остаје чврсто позициониран на свом месту. Тиме се на својеврстан начин мире понекад противуречни захтеви за обликовањем иновативних, модерних и савремених решења која прате развој духа правничке професије и специјализације знања са темељним друштвеним вредностима која имају карактер непролазних те увек и свагда представљају обележје једног добро уређеног, сигурног и сврсисходног друштвеног система. У тренутним друштвеним приликама сматрамо да је потребно пажљиво дефинисати доњи и горњи праг одговорности у раду централне банке и коначно идентификовати јасну границу њене надлежности, јер константно додавање нових активности отежано утиче на поимање веродостојности у раду, што би значило да би прво требало обезбедити веродостојност примарним циљевима, па тек онда

евентуално започети рад на промоцији нових надлежности. Ипак, морамо бити свесни да сложеност монетарних токова захтева од централних банка да понекад делују брзо и истовремено у више различитих праваца, због чега обезбеђивање транспарентности постаје дугорочни циљ сваке монетарне јурисдикције.

Литература/References

Aguir, A. (2018). Central Bank Credibility, Independence, and Monetary Policy. *Journal of Central Banking Theory and Practice*. 3(1). 91–110.

Bank of England (2013b). Monetary policy trade-offs and forward guidance.

Blackburn, K., Christensen, K. (1989). Monetary Policy and Policy Credibility: Theories and Evidence. *Journal of Economic Literature*. Vol. XXVII. 1–45.

Blair, W., Gortsos, C., Zilioli, C. (2023). International Monetary and Banking Law post COVID-19. Oxford: Oxford University Press.

Chadwick, A. (2022). Rethinking the EU's 'Monetary Constitution': Legal Theories of Money, the Euro, and Transnational Law. *European Law Open*. 1. 468–509.

Chatelain, J. B., Ralf, K. (2022). *Imperfect Credibility versus No Credibility of Optimal Monetary Policy*. Working Paper 38, Paris School of Economics, Hal. 1–22

Cottier, T. (ed). (2021). *The Prospects of Common Concerns of Humankind in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.

Della Posta, P., Morroni, M. (2022). The credibility of monetary policy and the fiscal response to the pandemic in the Eurozone. *Evolutionary and Institutional Economics Review*. 19. 77–96.

Dimitrijević, M. (2018). *Institucije međunarodnog monetarnog prava*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu.

Dimitrijević, M. (2022). Aksiologija monetarnog prava u vanrednim okolnostima: primer prava nužnosti. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 95 (3). 43–60.

Dimitrijević, M. (2023). *Pravo Evropske centralne banke*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu.

ECB (2021d). *ECB Consumer Expectations Survey: An overview and first evaluation*. ECB Occasional Paper No. 287.

Ehrmann, M., Georgarakos, D., Kenny, G. (2023). *Credibility gains from communicating with the public: evidence from the ECB's new monetary policy strategy*. ECB Working Paper Series No 2785.

Golubović, S., Dimitrijević, M. (2022). *Poslovne i bankarske finansije za pravnike*. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu.

Gordon, B. (2022). *The Constitutional Boundaries of European Fiscal Federalism*. Cambridge: Cambridge University Press.

Gortsos, C. V. (2020). *European Central Banking Law: The Role of the European Central Bank and the National Central Banks under European Law*. New York: Palgrave Macmillan.

Javier García-Cicco. (2022). *Alternative monetary-policy instruments and limited credibility: an exploration*. Monetary and Economic Department. Basel: Bank for International Settlements.

Keefe P., Stasavage, D. (2003). The Limits of Delegation: Veto Players, Central Bank Independence, and the Credibility of Monetary Policy. *American Political Science Review*. Vol. 97, No. 3. 407–423.

Kliesen, K. L. (1996). *A Recipe for Monetary Policy Credibility*. Federal Reserve Bank of St. Louis.

Lastra, M. R. (2020). *Accountability Mechanisms of the Bank of England and of the European Central Bank*. Study for the Committee on Economic and Monetary Affairs, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies. European Parliament, Luxembourg.

Lastra, M. R., Dietz, S. (2022). Communication in monetary policy. in: *Communication, complexity and credibility of monetary policy - Collection of Papers, STUDY Requested by the ECON committee Monetary Dialogue*, European Parliament. 1–12.

Moschella, M., Romell, D. (2022). ECB communication and its post-pandemic challenges. in: *Communication, complexity and credibility of monetary policy - Collection of Papers, STUDY Requested by the ECON committee Monetary Dialogue*. European Parliament, Luxembourg. 42–59.

Selmayr, H. (2015). § 23 Das Recht der Europäischen Währungsunion. In: *Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht* (ed. by Müller-Graff). Nomos: Baden-Baden. 1387–1624

Waibel, M. (2020). The EU's Most Influential Economic Policy-maker: Mario Draghi at the European Central Bank. *The European Journal of International Law*. Vol. 31 no. 1. 345–352.

Weber, A. (1994). *Monetary Policy and Credibility - A Theoretical and Empirical Analysis*. habilitation, Department of Economics, University of Siegen.

Wigmore, J. H. (1928). *A Panorama of the Worlds Legal Systems-Volume III*. Saint Paul: West Publishing, Company.

Wyplosz, C. (2022). Communication is not just talking, in: *Communication, complexity and credibility of monetary policy- Collection of Papers, STUDY Requested by the ECON committee Monetary Dialogue*. European Parliament. Luxembourg. 91–114.

Yuemei, J., De Grauwe, P. (2023). *Trust and Monetary Policy*, dostupno na: <https://cepr.org/voxeu/columns/trust-and-monetary-policy>, last retrived, 05.07.2023.

Zliloli, C., Selmayr, M. (2001). *The Law of European Central Bank*. Oxford: Hart Publishing.

Ziloli, C. (2019). Twenty Years of Building Bridges: The Process of Legalisation of European Central Banking. in: *Building Bridges: Central Banking Law in an Interconnected World*, ECB Legal Conference 2019. ECB, Frankfurt am Mein.

Zilioli, C., Wojcik, K. P. (eds). (2021). *Judicial Review in the European Banking Union*. Elgar Financial Law and Practice series. Cheltenham: Edwarad Elgar Publishing Inc.

Marko Dimitrijević, LL.D.,
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš,
Republic of Serbia

MONETARY CREDIBILITY AS A SOCIAL VALUE IN THE CONTEMPORARY MONETARY LAW AND CENTRAL BANKING LAW

Summary

The subject matter of analysis in this paper is the concept of monetary credibility and its important place in the normative framework of contemporary monetary law. The emphasis on the importance of credibility in public monetary management has been present as a basic axiological subordinate to the norms of monetary law since it was established as an independent and independent branch of the legal order. The content and direction of the monetary activities of the central bank, as the basic subject of monetary law, were mixed over time and adapted to new circumstances, which resulted in the expansion of the regulatory competences of the central bank, the emergence of new theories about the legal custody of money and establishing limits of legal responsibility in the work of monetary agents. Notably, the meaning of credibility has remained the same, being the final monetary legal thought of each epoch, the ideal and the ultimate purpose of this branch of law with all its institutes, principles and categories. Contemporary monetary law, which has sui generis legal sources, proves to be extremely flexible even in today's unstable social conditions and suitable for transformation into the law of necessity. In extraordinary circumstances, when it is required in a value context, it does not make credibility the primordial value of public management of every institution. Thus, the central bank remains in the central position.

Keywords: *monetary law, monetary jurisdiction, monetary management, monetary credibility, lex monetae.*

Др Марија Драгићевић,*
Доцент,
Правни факултет, Универзитет у Нишу
Република Србија

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-45874

UDK: 349.2:347.15-057.15
Рад примљен: 07.08.2023.
Рад прихваћен: 29.08.2023.

РАДНОПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ СМРТИ И ГУБИТКА ПОСЛОВНЕ СПОСОБНОСТИ ПОСЛОДАВЦА СА СВОЈСТВОМ ФИЗИЧКОГ ЛИЦА**

Апстракт: У улози послодавца може се наћи физичко или правно лице. У првом случају, као субјект радног односа појављује се физичко лице као такво или физичко лице са својством предузетника или припадника слободне професије. Будући да се у потоњем случају физичко лице идентификује са својим предузећем (они чине једно тело), поставља се питање шта се дешава у случају губитка или промене правног статуса самог физичког лица које је послодавац (носилац предузетничке радње), а то ће, пре свега, бити у случају његове смрти или губитка пословне способности. Будући да радно законодавство Републике Србије не даје (изричит) одговор на ово питање, аутор ће у раду трагати за одговором на ово питање у склопу општих правила радног, наследног, породичног и компанијског права. У том смислу, у раду ће, пре свега, бити анализирани последице смрти и губитка пословне способности послодавца као физичког лица на постојеће радне односе, и то кроз одговор на питање да ли смрт послодавца нужно изазива престанак радног односа или се он може наставити са наследницима послодавца (у ком случају се може говорити о промени послодавца). Посебну пажњу у раду аутор ће поклонити одредбама Закона о привредним друштвима посвећеним могућности настављања обављања делатности у случају смрти или губитка пословне способности предузетника, указивањем на њихове мањкавости, нејасноће и проблеме које изазивају у тумачењу и практичној примени.

Кључне речи: послодавац, смрт, физичко лице, предузетник.

* marijad@prafak.ni.ac.rs

** Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства науке, технолошког развоја и иновација РС, према уговору евиденциони број 451-03-47/2023-1/200120 од 03.02.2023. године

** Рад је саопштен на међународној научној конференцији „Право и друштвене вредности“, која је одржана на Правном факултету Универзитета у Нишу 21. и 22. априла 2023. године.

1. Увод

Индивидуални радни однос настаје и постоји између запосленог (физичког лица) и послодавца (државе, привредног субјекта или другог правног или физичког лица). За овај однос је увек карактеристично да је један од његових субјеката (или оба), приликом његовог заснивања, посебно имао на уму одређено лице или одређена лична својства тог лица. У противном, не би дошло до заснивања радног односа (уопште или са одређеним лицем) (Тинтић, 1955: 374). По томе је радни однос правни однос *intuitu personae*. У таквом односу запослени је обавезан да лично и само он врши одређену (уговором о раду, решењем о пријему у радни однос или решењем о премештају) радну функцију (Балтић, 1963: 29). Отуда престајања рада у радноправном односу носи обележја строго личне (и „главне“) обавезе запосленог (Тинтић, 1955: 357), па самим тим смрт запосленог нема за последицу пренос права и обавеза на његове наследнике, као што је то, по правилу, случај код облигационих односа. За разлику од запослених којима је пренос права и обавеза на друго лице забрањен у сваком случају, послодавац може да пренесе своја права и обавезе из радног односа на треће лице. Настојећи да ограничи несигурност запослења и „да спречи да запослени остану без посла или буду доведени у неповољнији положај сваки пут када се деси промена правног идентитета послодавца, и то само зато што је дошло до ове промене“ (Ковачевић, 2013: 272) радно законодавство већине савремених држава допушта пренос (уступање) уговора о раду са послодавца (претходника) на треће лице (послодавца следбеника) у свим случајевима реорганизације послодавца који имају за последицу промену његовог правног идентитета. Штавише, до овог преноса не долази вољом (уговором) послодавца и његовог правног следбеника, већ он наступа *ex lege*, односно на основу одредаба самог закона. Осим што је увођење могућности промене послодавца мотивисано заштитом запослења, у прилог оваквом законодавном решењу наглашава се „асиметрија“ која одликује радни однос, а која се очитује у ставу да основна обавеза послодавца није „строго лична“, већ се састоји у исплати зараде (Veneziani, 2014: 48). Зато се у савременом радном праву лична својства послодавца стављају у други план у односу на сигурност запослења (иако се не искључује њихов значај), посебно ако се има у виду да ће слобода избора послодавца практично, најчешће, значити престанак радног односа запослених и, самим тим, бити на њихову штету. Стога, радно законодавство дозвољава промену послодавца (као правног лица), предвиђајући чак да до исте долази по сили закона (без обзира на вољу уговорних страна), и то даном наступања правних последица реорганизације послодавца (статусне промене, преноса предузећа) која је имала за резултат промену

његовог правног идентитета (Драгићевић, 2022: 124). У одсуству изричитих одредби радног законодавства већине савремених држава, оправдано се поставило питање да ли наведено правило вреди и за послодавце који имају својство физичког лица? Другим речима, да ли губитак или промене правног статуса послодавца са својством физичког лица (његова смрт или губитак пословне способности) представљају основ за престанак радног односа (по сили закона или отказом уговора о раду од стране наследника) или се радни однос наставља са наследником преминулог послодавца, у ком случају долази до промене послодавца?

2. Послодавац са својством физичког лица

Један од основних предуслова за постојање радног односа јесте потреба једног лица да ангажује другога да за његов рачун обави одређени посао. То лице је послодавац, који се, најшире посматрано, може дефинисати као „било које лице, партнерство, привредно друштво или непрофитно удружење које запосли једно или више лица на основу уговора о раду“ (Selwyn, 1978: 20–21). Реч је, дакле, о сваком лицу коме правни поредак признаје својство правног субјекта (Ивошевић, Ивошевић, 2016: 42) под условом да запошљава или радно ангажује другога да, под његовом управом и за његов рачун, обавља одређени рад. Док је запослени увек физичко лице, послодавац то може, али не мора бити, па је у пракси то неретко привредно друштво или друго правно лице (Adlercreutz, Nyström, 2015: 35). *Физичко лице*, као такво, појављује се у улози послодавца код, примера ради, радног односа са кућним помоћним особљем (Ковачевић, 2021: 426). Код ове врсте радног односа послодавац може бити физичко лице као појединац, супружници или читава породица, а има и правних система у којима се послодавцем ових радника сматрају држава или органи јединица локалне самоуправе, ако је реч о радницима који обављају послове у домаћинству лица зависних од туђе неге и помоћи која остварују престације из социјалног осигурања/социјалне заштите, јер се у одређеним државама то право остварује у облику услуга које се пружају у кући корисника престација.¹ Битно је само да је у питању пословно способно лице које има способност да самостално, својом изјавом воље закључује све правне послове и предузима друге правне радње.

Послодавац може бити и *физичко лице са својством предузетника или припадника слободне професије*. У вези са овом врстом послодавца, ваља поменути да је у теорији компанијског права једно од основних

1 International Labour Conference, 99th session, Report IV(1), Decent work for domestic workers, International Labour Office, Geneva, 2010, стр. 25–26 и 291.

разграничења привредних субјеката на индивидуалне и колективне форме обављања привредних делатности. У индивидуалне форме се, тако, сврставају трговац појединац – предузетник и једночлано трговачко друштво (друштво са ограниченом одговорношћу и акционарско друштво), док колективне форме представљају форме привредних друштава уговорног типа са правним субјективитетом или без њега, као и форме грађанских друштава лукративног типа (уговор о грађанском ортаклуку више лица) (Васиљевић, 2013: 40). За разлику од једночланог привредног друштва које, упркос чињеници да има једног оснивача (и члана односно акционара), стиче својство правног лица, а тиме и одвојену правну егзистенцију (као и свако друго привредно друштво), индивидуални трговац – предузетник се карактерише одсуством посебне правне структуре и правне независности. Наведена разлика утиче и на промене у правном статусу ових привредних субјеката, тако да се оне код једночланих привредних друштава догађају у свим оним случајевима у којима долази до промене било којег колективног привредног друштва (статусне промене, пренос предузећа правним послом), док код послодаваца са својством физичког лица важе другачија правила.

Наиме, индивидуално предузеће (предузетник – трговац) представља правну форму обављања привредних делатности код које једно физичко лице обезбеђује директно или индиректно све елементе потребне за функционисање таквог предузећа: рад (ради сам и/или ангажује другог запосленог), капитал (финансира се сам или уз помоћ кредита) и управљање (по правилу сам или преко пословође²) (Васиљевић, 2013: 40). У случају када извршава рад самостално, предузетник није субјект индивидуалног радног односа, нити се на њега примењује радно и социјално законодавство. Он се, тада, сматра независним радником (самозапосленим лицем), а његов рад је регулисан нормама пословног права. Међутим, уколико предузетник ради обављања своје профитне

2 Једна од специфичних новина домаћег Закона о привредним друштвима (*Сл. гласник РС*, 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон, 5/2015, 44/2018, 95/2018, 91/2019 и 109/2021) је увођење института пословође. Пословођа је пословно способно физичко лице које је у радном односу код предузетника и коме је писаним овлашћењем поверено пословођење над предузетничком делатношћу (члан 89, ст. 1 и 3). Он има својство заступника у складу са законом (члан 89, став 5), али није заступник предузетника као физичког лица, већ га заступа искључиво у домену обављања предузетничке делатности. Уколико предузетник нема пословођу, а привремено је одсутан из оправданих разлога (болест, школовање, избор на функцију и сл.), он може опште пословођење поверити члану свог породичног домаћинства за време тог одсуства, без обавезе да га запосли (члан 89, став 4).

делатности ангажује рад другог лица, он постаје субјект индивидуалног радног односа у својству послодавца.

У домаћем праву, престанком важења Закона о приватним предузетницима³, престала је могућност да чланови породичног домаћинства раде код предузетника без заснивања радног односа. Новим правилима Закона о привредним друштвима као опште правило предвиђено је да „лица која раде за предузетника морају бити у радном односу код предузетника или ангажована од стране предузетника по другом основу у складу са законом“.⁴ Само изузетно, „члан породичног домаћинства предузетника може радити код тог предузетника без заснивања радног односа: 1) повремено током дана и то искључиво у седишту, ако је његово присуство неопходно због природе делатности предузетника (да се трговачка радња предузетника не би затварала током радног времена, да би се утоварила роба, да би се очистио пословни простор и сл.); 2) привремено током оспособљавања за обављање делатности старих и уметничких заната, односно послова домаће радиности, ако предузетник обавља ту делатност; 3) у време када предузетник користи годишњи одмор у складу са законом“.⁵

Без обзира да ли се појављује у улози samozапосленог или послодавца, индивидуални трговац – предузетник искључиво може бити пословно способно физичко лице које је уписано у одговарајући регистар ради обављања одређене делатности у циљу остваривања прихода.⁶ Пошто моменат уписа нема конститутивно дејство са аспекта правног субјективитета, индивидуално организовано предузеће није посебан субјект у праву, већ предузеће чини јединство са предузетником (трговцем) (Васиљевић, 2013: 43–44). Отуда нема посебне имовине овог предузећа и имовине предузетника, те сва права, обавезе и имовина стечени путем ове форме привредног организовања припадају предузетнику. Осим тога, предузетник лично, директно и неограничено целокупном својом имовином одговара за обавезе које настану из обављања индивидуално организованог предузећа.⁷ Будући да се предузетник идентификује са својим предузећем (они чине једно тело), поставља се питање шта се дешава ако дође до губитка или промене правног статуса самог физичког лица које је носиоца предузетничке радње, а то ће, пре свега, бити у случају

3 Закон о приватним предузетницима, *Сл. гласник СРС*, 54/89 и 9/90 и *Сл. гласник РС*, 19/91, 46/91, 31/93 – одлука УСРС, 39/93, 53/93, 67/93, 48/94, 53/95, 35/2002, 101/2005 – др. закон, 55/2004 – др. закон, 61/2005 – др. закон и 36/2011 – др. закон.

4 Чл. 89, ст. 8 Закона о привредним друштвима.

5 Чл. 89, ст. 9 Закона о привредним друштвима.

6 Чл. 83, ст. 1 Закона о привредним друштвима.

7 Чл. 85, ст. 1 Закона о привредним друштвима.

његове смрти и губитка пословне способности: да ли у тим случајевима радни однос престаје (по сили закона или отказом уговора о раду од стране наследника или старатеља) или се наставља са наследницима односно старатељима (члановима породичног домаћинства) преудзетника, у ком случају се ради о промени послодавца.

3. Радноправне последице смрти послодавца

Када једно лице умре, сва његова имовинска права се преносе на његовог правног следбеника (универзална сукцесија или тзв. „теорија стопала“). Ово није случај са смрћу запосленог. Радни однос је строго лични однос, који је заснива с обзиром на лична својства једног (или оба) његова субјекта, па смрћу запосленог, радни однос престаје. Дакле, разлог зашто смрт запосленог доводи до престанка радног односа јесте чињеница да је лични рад запосленог његов суштински елемент, који намеће обавезу да запослени рад обавља лично, без могућности преношења те обавезе на трећа лица правним пословима *inter vivos* и *mortis causa*. С друге стране, ако послодавац умре, ситуација је сасвим другачија. Основна обавеза послодавца није рад, већ исплата зараде. То је обавеза коју може да испуни и наследник преминулог послодавца, а запослене, најчешће, не интересује личност послодавца, већ скуп права која му дају сталност и стабилност запослења. Стога је у домаћој и страниј радноправној литератури (Тинтић, 1955: 210, Ковачевић, 2016: 96) присутан став да у случају смрти послодавца са својством физичког лица запосленима не престаје радни однос (по сили закона), већ се исти наставља са наследницима, осим ако наследници не желе да наставе обављање преузетничке делатности или се „личност оставица има сматрати незаменљивом за испуњење постојећег радног односа“ (Тинтић, 1955: 210).⁸ Полази се, наиме, од тога да ова врста послодавца нема одвојен правни субјективитет, па ни одвојену имовину, те у случају смрти послодавца-физичког лица, наследници улазе у сва његова права и обавезе моментом његове смрти, укључујући и она која произилазе из радног односа (Ковачевић, 2017: 69). Универзална сукцесија, дакле, обухвата сва права и обавезе које је оставилац „имао“ у тренутку делације (Антић, 2009: 44), како она која немају никакве везе са предузетничком делатношћу (лична имовина), тако и она која су повезана с њом, па и она из

8 У домаћој научној и стручној литератури има и другачијих схватања. Тако, примера ради, професор Јовановић полазећи од чињенице да је радни однос двострани правни однос, тј. однос између два правна субјекта, закључује да до његовог престанка долази не само смрћу запосленог, него и смрћу послодавца, ако је он физичко лице, односно престанком постојања и престанком рада послодавца, ако је у питању правно лице (Јовановић, 2015: 345). Слично и: Ивошевић et al. 2016: 381.

радног односа. Стога, смрћу послодавца-физичког лица уговор о раду неће престати, већ ће се наставити са наследницима преминулог послодавца (наступа промена послодавца). Од овог правила ће се, међутим, одступити ако је радни однос заснован с обзиром на лична својства послодавца (примера ради послодавац је старо лице, а запослени његов персонални асистент). Исто важи и код радног односа са кућним помоћним особљем који је заснован ради бриге о члану домаћинства (послодавцу) зависном од помоћи и неге другог лица, јер ће у случају његове смрти уговор о раду, такође, престати (Ковачевић, 2016: 96). Уговор о раду ће престати смрћу послодавца и у свим другим случајевима када је исти закључен с обзиром на лична својства послодавца или његове специфичне потребе будући да тиме губи своју *causa* и више нема никаквог економског значаја за његове наследнике.

С тим у вези, отвара се и питање основа престанка радног односа у овом случају. Према једном схватању, овде би ваљало применити правила облигационог права о престанку облигације због смрти лица чија су лична својства била одлучујућа за закључење уговора, док друго схватање заговара примену правила о отказу уговора о раду, те би у случају смрти послодавца чија су лична својства била одлучујућа за закључење уговора о раду, наследници послодавца требало да откажу уговор о раду из разлога који се тиче потреба послодавца. Ово друго схватање се чини прихватљивијим, пре свега из разлога што се применом правила о отказу уговора о раду запосленом обезбеђују све материјалне и процесне гаранције које чине садржину права на заштиту од неоправданог отказа (Лалета, 2011: 431).

3.1. Кратак компаративни приказ радноправних последица смрти послодавца у страним правима

Напред описан став присутан у доктрини заузимају и радна законодавства појединих држава попут Немачке, Шпаније, Холандије, Белгије, Финске и Луксембурга, инсистирајући на принципу континуитета радног односа према којем се радни однос наставља и након смрти послодавца, преношењем уговора о раду на наследнике преминулог послодавца (Veneziani, 2014: 49).

Тако, примера ради, према одредбама шпанског Статута радника, уговор о раду престаје (између осталог) услед смрти, пензионисања (у случајевима предвиђеним одговарајућим режимом социјалног осигурања) и инвалидности послодавца или због престанка правног субјективитета уговорне стране. Међутим, престанак уговора о раду из наведених разлога

не наступа аутоматски, већ само ако нико од наследника не жели да настави радни однос. Другим речима, смрт послодавца оправдава престанак уговора о раду (он представља оправдан разлог за отказ уговора о раду од стране наследника послодавца), осим ако наследници наставе са послом или се предузеће прода и дође до универзалне сукцесије.⁹ Ако се пословање настави након пензионисања, смрти или наступања инвалидности послодавца, било зато што је пренето на друго лице или зато што је пензионер поставио лице задужено за његово пословођење, радни однос не може престати јер се посао (пословање) наставља. У питању је „пословна сукцесија“, уведена чланом 44 шпанског Статута радника. Нови послодавац је суброгиран у права и обавезе претходног послодавца, и самим тим мора да поштује све услове рада радника, као и да одговара за дугове свог претходника, ако постоје. С обзиром на наведено, потенцијалним наследницима се даје разуман рок да донесу одлуку о наставку уговора о раду или његовом престанку.¹⁰ Уколико наследници не желе да наставе пословање (радни однос), они то нису дужни учинити. Међутим, ако одлуче да откажу уговор о раду имају обавезу да запосленима исплате накнаду у висини једне месечне зараде, без обзира на дужину радног стажа.¹¹ Дакле, шпанско радно законодавство омогућава индивидуалном предузетнику да на јефтинији и лакши начин откаже уговор о раду, него што је то случај са правним лицима. Али, неопходно је да престанак уговора о раду буде мотивисан пензионисањем, инвалидношћу или смрћу послодавца. Поред тога, неопходно је да постоји апсолутна подударност између момента настанка узрока и момента престанка уговора о раду. Примера ради, није могуће да се послодавцу призна потпуна и трајна инвалидност, да он настави са пословањем, па да након тога захтева престанак радног односа због проглашења трајне инвалидности.

Слично решење присутно је и у немачком праву, у ком радни однос не престаје смрћу послодавца, већ се наставља са његовим правним следбеником. Ако је преминули послодавац оставио наследнике они преузимају његов радноправни положај, услед чега наступа универзална

9 Ley del Estatuto de los Trabajadores (*Boletín Oficial del Estado*, 29. 3. 1995, núm. 75, 9654-9688), Real Decreto Legislativo 2/2015 de 24 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (*Boletín Oficial del Estado*, 24. 10. 2015, núm. 255, 9654-9688), члан 49, тачка г. Преузето 20. 6. 2023. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>

10 Ley del Estatuto de los Trabajadores, чл. 44, чл. 49 и 103.

11 Regulación de supuesto de extinción del contrato por muerte del empresari. Преузето 10. 7. 2023. <https://www.iberley.es/temas/regulacion-supuesto-extincion-contrato-muerte-empresario-7881>

сукцесија у складу са чланом 1922, став 1 немачког Грађанског законика.¹² Радни однос се, притом, наставља са наследницима послодавца под претходно уговореним условима. Уколико наследник не жели да настави пословање преминулог, постоји могућност отказа уговора о раду. Ради се о редовном отказу из оперативних разлога због затварања предузећа, који подразумева поштовање отказних рокова који, у зависности од тога колико су запослени били у радном односу код преминулог послодавца, могу бити и до седам месеци.¹³

Посебан случај су радни односи који су били искључиво везани за личност послодавца, као што је радни однос са неговатељем или персоналним асистентом. Такав радни однос престаје смрћу послодавца. Код овакве врсте радног ангажовања се, по правилу, самим уговором о раду предвиђа да исти неће важити након смрти послодавца, а наследници имају обавезу да запосленог обавесте о смрти послодавца. У овом случају, према становишту немачких судова, смрт послодавца се може квалификовати као разлог за ванредни отказ уговора о раду, кад запослени нема право на отказни рок. Са становишта немачких судова, било би неразумно наставити радни однос код чијег је заснивања била пресудна личност послодавца чак ни до истека отказног рока. Ако је радни однос нераскидиво везан за личност послодавца, његова смрт је важан разлог за ванредан отказ уговора о раду (без отказног рока). Смрћу послодавца радни однос постаје бесмислен, јер се губи економски значај и основна престација рада.¹⁴

Слично наведеном, и у холандском праву, уговор о раду не престаје смрћу послодавца, осим ако из уговора не произилази супротно. Међутим, и наследници послодавца и запослени су овлашћени да отказују уговор о раду, закључен на одређено време, уз поштовање правила о отказним разлозима и отказном поступку, као да је закључен на неодређено време.¹⁵ То ће, пре свега, бити случај када је радни однос заснован с обзиром на лична својства не само запосленог, већ и послодавца (примера ради ако је

12 Bürgerliches Gesetzbuch, чл. 1922, ст. 1. Преузето 15.7.2023. <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>

13 Was passiert beim Tod des Arbeitgebers oder beim Tod des Arbeitnehmers?. Преузето 10. 7. 2023. <https://www.kasperek-kollegen.de/informationen/arbeitsrecht/beendigung-von-arbeitsverhaeltnissen>

14 Видети: Arbeitsgericht Gießen am 27. Februar 2014 (AZ: 11 Ca 267/12). Преузето 5. 7. 2023. <https://anwaltauskunft.de/ratgeber/tipps-urteile/tod-des-arbeitgebers-kann-ausserordentliche-kuendigung-rechtfertigen>

15 Burgerlijk Wetboek Boek 7, чл. 7: 675. Преузето 8. 7. 2023. <https://maxius.nl/burgerlijk-wetboek-boek-7/boek7>

послодавац самозапослени квалификовани стручњак коме је био потребан асистент посебних квалификација).

Строго лична природа посла који је предмет уговора о раду евидентно је разлог што и у италијанском праву смрт запосленог доводи до престанка радног односа, а што за последицу има обавезу послодавца да исплати накнаду штете његовим наследницима сходно члану 2122 италијанског Грађанског законика.¹⁶ С друге стране, смрт послодавца са својством физичког лица има за последицу престанак уговора о раду само када за предмет има обављање рада у искључиво личној служби самог послодавца (примера ради код личног секретара или кућног помоћника),¹⁷ када је запослени радио само за преминулог послодавца. Ако су, поред послодавца, и остали чланови породице континуирано користили престацију рада, радни однос се наставља са лицем које наследи „кућни посао“ или заоставштину, па ће, стога, запослени имати дужност да измире сва потраживања запослених, чак и она која ће настати након смрти преминулог, све док они сами не откажу уговор о раду или док радни однос престане из другог разлога. Очигледно, другачији дискурс постоји код послодавца са својством правног лица (који није подложен природној смрти), чији правни субјективитет, по правилу, не може престати пре него што престану сви радни односи које је засновао.¹⁸

У француском праву пак смрћу послодавца као физичког лица аутоматски престаје уговор о раду који га везује за запосленог. Смрт послодавца се поистовећује са отпуштањем запосленог, због чега се уговор о раду не наставља са наследницима, већ престаје даном смрти послодавца.¹⁹ Наследници су дужни да обавесте запосленог о отказу уговора о раду писаним путем, у најкраћем могућем року, будући да од дана смрти послодавца почиње да тече и отказни рок. Дужина отказног рока зависи од дужине радног стажа запосленог на дан смрти послодавца и износи: једну недеља ако је његов стаж мањи од шест месеци; један месец ако му је стаж између шест месеци и две године и два месеца ако је његов стаж дужи од две године. Пошто му је уговор о раду отказан, запослени добија разне накнаде, у зависности од дужине радног стажа на дан смрти. Па тако, он има право на исплату последње зараде, односно накнаде зараде доспеле

16 Codice Civile, чл. 264. Преузето 5. 7. 2023. <https://www.altalex.com/documents/codice-altalex/2015/01/02/codice-civile>.

17 Codice Civile, чл. 110.

18 La cessazione del rapporto di lavoro, стр. 3. Преузето 11. 7. 2023. <https://archivio.pietroichino.it/attachment.asp?IDArticle=209&IDAttachment=182>

19 Salarié au domicile de l'employeur: que faire en cas de décès de l'employeur?. Преузето 11. 7. 2023. <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F31231>

за период од првог у месецу до дана пре смрти послодавца, обештећење у висини компензационе накнаде која одговара ономе што би запослени примио да му је неоправдано отказан уговор о раду, накнаду штете за плаћено одсуство које је запослени стекао за време трајања уговора о раду, а које није могао да искористи пре смрти (осим ако је уместо одсуства примио увећану зараде) и новчану накнаду у висини отпремнине, ако је имао најмање 8 месеци радног стажа на дан смрти послодавца.²⁰

Међутим, у француском праву постоји могућност да и у случају смрти послодавца појединца, супружник (или један од наследника) преминулог донесе одлуку да задржи запосленог.²¹ У том случају, радни однос се одржава и супружник покојника израђује анекс уговора о раду ради уношења потребних измена. Такође, када је послодавац самостални предузетник (занатлија и сл.), наследници предузетника могу одлучити да наставе делатност. У овом случају смрт послодавца нема правних последица по уговоре о раду. Уколико пак наследници одлуче да продају предузеће као целину, уговори о раду се аутоматски преносе на купца, у складу са чланом Л1224-1 Законика о раду. И најзад, ако дође до затварања предузећа, запослени ће бити отпуштени из економских разлога у складу са чланом Л1233-3 Законика о раду.²²

3.2. Радноправне последице смрти послодавца у домаћем праву

У домаћем радном законодавству правне последице смрти послодавца као физичког лица нису (експлицитно) регулисане. У делу Закона о раду посвећеном институту престанка радног односа предвиђено је да „запосленом престаје радни однос независно од његове воље и воље послодавца“, између осталог, и „у случају престанка рада послодавца, у складу са законом“²³. Наведена одредба се, неоспорно, односи на послодавца са својством правног лица, који престаје са радом у поступку стечаја или ликвидације. Међутим, имајући у виду правне специфичности послодавца са својством физичког лица, отворено је питање да ли се наведена одредба може применити и на ову врсту послодавца, у ком случају би смрт послодавца за последицу имала престанак радног

20 La rupture automatique du contrat au décès de l'employeur ou de l'enfant de l'employeur. Преузето 11. 7. 2023. <https://particulier-employeur.fr/le-deces-de-lemployeur/>

21 Décès de l'employeur. Преузето 5. 7. 2023. <https://contrat-de-travail.ooreka.fr/astuce/voir/184038/deces-employeur-indemnites-et-preavis-de-l-employe-de-maison>

22 Code du Travail, чл. Л1224-1 и чл. Л1233-3. Преузето 8. 7. 2023. <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006072050/>

23 Чл. 176, ст. 1, тач. 5 Закона о раду, *Сл. гласник РС*, 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 - одлука УС, 113/2017 и 95/2018 – аутентично тумачење.

односа по сили закона. У другом случају, ако би се применило правило о универзалној сукцесији, сва права и обавезе преминулог послодавца као физичког лица, укључујући и она која произилазе из радног односа би прешла на наследнике по сили закона, осим ако се личност послодавца сматра незаменљивом за испуњење постојећег радног односа. Будући да Закон о раду на ова питања не даје (јасан) одговор, за одговарајућим правилима примењивим на ову групу послодаваца мора се трагати у склопу општих правила радног, наследног, породичног и компанијског права (ако послодавац има својство предузетника).

У том смислу, важно је, најпре, истаћи да су последице смрти послодавца као физичког лица са својством предузетника регулисане домаћим Законом о привредним друштвима. Према одредбама наведеног Закона, послодавац као физичко лице са својством предузетника губи својство предузетника и престаје са радом (тј. обављањем делатности) брисањем из регистра привредних субјеката одјавом или по сили закона.²⁴ Даљим одредбама овог Закона, предвиђено је да предузетник *престаје са обављањем делатности по сили закона*, између осталог, у случају његове смрти или губитка пословне способности.²⁵ Ово правило је, очигледно, последица чињенице да предузетник нема одвојен правни субјективитет, па смрћу физичког лица које је носилац субјективитета, престаје и статус предузетника. У тренутку смрти, дакле, послодавац губи правни субјективитет па, према томе, и сва права и обавезе која су чинила његов правни статус (Драгићевић, 2022: 326). То, у крајњем, значи да и радни однос запослених даном брисања предузетника из регистра привредних субјеката услед његове смрти престаје по сили закона, јер од тог дана предузетник престаје са радом (односно обављањем делатности), што је у складу са одредбом Закона о раду о престанку радног односа по сили закона.²⁶ Стога, у овом случају не постоји обавеза наследника да донесу решење о престанку радног односа, а ако га донесу оно има само декларативни карактер.

До престанка радног односа, међутим, не мора доћи, будући да Закон о привредним друштвима предвиђа да „у случају смрти или губитка пословне способности наследник, односно члан његовог породичног домаћинства (брачни друг, деца, усвојеници и родитељи) који је притом и сам пословно способно физичко лице *може наставити обављање делатности* на основу решења о наслеђивању или међусобног споразума о наставку обављања делатности, који потписују сви наследници, односно чланови породичног

24 Чл. 91, ст. 1, 2 и 3 Закона о привредним друштвима.

25 Чл. 9, ст. 6, тач. 1 Закона о привредним друштвима..

26 Слично закључују и: Брковић, Урдаревић, 2023: 213; Марковић, 2018: 463.

домаћинства“.²⁷ Лице које жели наставити са обављањем предузетничке делатности дужно је да у року од 30 дана од дана смрти предузетника или правноснажности решења којим је утврђен губитак пословне способности пријави наставак обављања делатности регистру у складу са законом о регистрацији.²⁸

Наведене одредбе представљају новину у нашем правном систему, те коначно решавају дилему о могућности настављања предузетничке делатности. Сходно наведеној одредби, у случају смрти послодавца *наследник*, који је притом и сам пословно способно лице, може да пријави регистру наставак обављања предузетничке делатности, у року од 30 дана од дана смрти предузетника. Уколико се наследник одлучи на тај корак, предузетничка делатност се неоспорно наставља, па самим тим и радни односи засновани са преминулим послодавцем. Имајући у виду циљ норме (очување вредности „предузетничке радње“), чини се да би наведену одредбу ваљало тумачити на начин да наследнику не припадада слобода одлучивања о континуитету радног односа или отказу уговора о раду, већ да у случају опредељивања наследника за наставак обављања предузетничке делатности важи правило о *ex lege* преносу уговора о раду са послодавца претходника (преминулог послодавца) на новог послодавца (наследника). Ово посебно из разлога што ту врсту слободе немају ни послодавци са својством правног лица, те у случају статусне промене односно промене послодавца у складу са законом, послодавац следбеник преузима од послодавца претходника општи акт и све уговоре о раду који важе на дан промене.²⁹

Међутим, иако је напред цитираном одредбом Закона о привредним друштвима решена дилема о могућности настављања предузетничке делатности и континуитету радних односа, чињеница да се једном одредбом решавају две различите правне ситуације (смрт и губитак пословне способности послодавца), створила је бројне забуне у њеном тумачењу и примени (Вукотић, 2018: 169–170).

Тако је, пре свега, нејасно шта законодавац подразумева под изразом „*може наставити обављање делатности*“, будући да тај израз користи без икаквих прецизирања. Јасно је да предузетник нема правни субјетивитет, па, према томе, ни своју посебну имовину. Предузетничка делатност се фактички састоји од пословног имена предузетника и имовине коју он користи за обављање делатности (која није одвојена од остале његове

27 Чл. 91, ст. 7 Закона о привредним друштвима.

28 Чл. 91, ст. 8 Закона о привредним друштвима.

29 Чл. 147 Закона о раду.

имовине). Пословно име предузетника има обавезне и факултативне елементе. Обавезни елементи су: 1) лично име и презиме предузетника; 2) опис претежне делатности; 3) ознака „предузетник“ или скраћеница „пр“ и 4) ознака седишта (мисли се на место у којем се обавља делатност, не и на адресу). Поред тога, пословно име *може* да садржи назив (реално, предметно име), као и предмет пословања предузетника.³⁰ Ови факултативни елементи имају, пре свега, комерцијални значај, јер се већина предузетника препознаје на тржишту управо преко свог назива или других овде поменутих елемената, а не нужно преко свог личног имена. Може се, отуда, претпоставити да наведени законски израз подразумева да се делатност може наставити *под називом* (као делом пословног имена) који је користио преминули предузетник (што значи да се уз то преноси и репутација и клијантела преминулог послодавца) и *коришћењем имовине која је служила за обављање те делатности* (пословни простор, средства и опрема за рад и сл.). Премда је ово, пре свега, наследноправно питање неспорно је да би га законом (о привредним друштвима или о наслеђивању) ваљало јасно и прецизно уредити.

У погледу лица овлашћених да наставе обављање предузетничке делатности, у закону, такође, постоје непрецизности (изазване чињеницом да су истом одредбом регулисане две правне ситуације), па је нејасно да ли су то наследници или чланови породичног домаћинства. Премда може бити и другачијих тумачења, чини се, ипак, да је намера законодавца била да у случају смрти послодавца наставак обављања предузетничке делатности дозволи наследнику, док у случају губитка његове пословне способности то може бити члан породичног домаћинства премилулог предузетника (брачни друг, деца, усвојеници и родитељи), под условом да је и сам пословно способно лице.

Наследник може поднети пријаву наставка обављања предузетничке делатности регистру, у року од 30 дана од дана смрти предузетника, на основу *решења о наслеђивању или међусобног споразума о наставку обављања делатности*, који потписују *сви наследници*. Дакле, основ уписа је, пре свега, решење о наслеђивању, које је у пракси готово немогуће добити у наведеном року. Можда је то и разлог што Закон допушта још један алтернативни правни основ пријаве наставка обављања делатности – међусобни споразум о наставку обављања делатности, потписан од стране свих наследника, којим се један од наследника одређује као лице које ће наставити обављање предузетничке делатности. У супротном, ова одредба би била практично непримењива. Међутим, ни остављена опција (споразум свих наследника) није ништа једноставнија за практичну примену, посебно

³⁰ Чл. 91, ст. 7 Закона о привредним друштвима.

у ситуацијама када има много наследника, међу којима је више оних који су заинтересовани за наставак обављања предузетничке делатности. Осим тога, правни основ пријаве би, свакако могла бити и одлука наследника о наставку обављања делатности, ако постоји само један наследник који је, притом, вољан да настави са обављањем делатности, што би, свакако, ваљало и законом прецизирати.

Уколико се у поменутом року од 30 дана од дана смрти послодавца не добије решење о наслеђивању, не сачини и не потпише од стране свих наследника споразум о наставку обављања делатности (односно не донесе одлука наследника) и не поднесе пријава регистру о наставку обављања делатности, сматраће се да је послодавац престао да постоји по сили закона, те ће бити брисан из регистра привредних субјеката.

Брисање предузетника извршиће са даном доношења решења о брисању предузетника из надлежног регистра, и то тек након што регистрациони орган сазна за чињеницу смрти – дакле, када неко лице достави регистрационом органу извод из матичне књиге умрлих. Брисање ће се, ипак, спровести тако да дан престанка обављања делатности одговара дану смрти тог лица. Када не би било тако и када би се брисање извршило са неким каснијим датумом, то би онда значило да неко лице и после смрти наставља да обавља делатност, што правно, а ни фактички није могуће. Међутим, законом није регулисано дејство конкретне правне ситуације на права трећих лица – запослених, па се поставља питање шта је са привредном делатношћу у случају да ниједно лице не пријави чињеницу смрти нити наставак обављања делатности у року од 30 дана, те се брисање из регистра изврши након дужег времена. Мишљења смо да се датум престанка обављања делатности (датум смрти) односи на само физичко лице које је било регистровано као предузетник и да га треба разликовати од датума брисања из регистра предузетника. Датум брисања из регистра (датум доношења решења о брисању) треба узети као датум у односу на који се цени радноправни статус запослених, који се сматрају трећим лицима, а ово зато што је одредбама Закона о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре,³¹ прописано да се регистровани подаци и документи истовремено објављују са доношењем решења којим се пријава усваја, те да регистрација производи правно дејство према трећим лицима наредног дана од дана објављивања (Драгићевић, 2022: 327). То значи да ће са тим даном и запосленом престати радни однос независно од његове воље и воље послодавца на основу члана 176, став 1, тачка 5 Закона о раду,³²

31 Чл. 2. Закона о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре, *Сл. гласник РС*, 99/2011, 83/2014, 31/2019 и 105/2021.

32 Пресуда Врховног касационог суда, Рев2 1322/10 од 15. 9. 2011. године.

и то не због смрти послодавца, већ због чињенице да је послодавац престао са радом брисањем из регистра привредних субјеката услед његове смрти, будући да ниједан од наследника није био вољан да настави са обављањем предузетничке делатности.

Ако наследници пак у прописаном року добију решење о наслеђивању или сачине међусобни споразум о наставку обављања делатности и регистрационом органу пријаве наставак обављања делатности, онда се као спорно отвара питање статуса запослених за период од дана смрти послодавца до дана регистравања промене о новом носиоцу предузетничке делатности: да ли је за то време очуван њихов радноправни статус и ко врши овлашћења послодавца? Другим речима, може ли наследничка заједница да обавља предузетничку делатност и врши овлашћења послодавца у периоду од смрти послодавца до регистравања новог физичког лица као носиоца предузетничке делатности? У нашем праву, то је један кратак период од 30 дана, будући да је то рок у коме је наследник дужан поднети пријаву наставак обављања делатности, али он у пракси може бити знатно дужи будући да подразумева и време док о наведеној пријави регистрациони орган не одлучи правноснажно и не изврши упис новог лица (наследника) као предузетника. Полазећи од дефиниције предузетника, могло би се закључити да само појединац може да буде предузетник, тј. да положај предузетника не може да припада групи лица. Наведено вреди и за послодавца, будући да је домаћи Закон о раду усвојио унитарну концепцију послодавца, предвиђајући да је послодавац увек појединачно „домаће, односно страно правно или физичко лице које запошљава, односно радно ангажује, једно или више лица“. Међутим, практични разлози, потреба очувања запослења и заштите свих повериоца преминулог послодавца, као и јавни интерес да се успешни предузетници сачувају, налажу да се наследничкој заједници дозволи да обавља предузетничку делатност у правном вакууму – од дана смрти предузетника до уписа новог лица (наследника) као предузетника (Вукотић, 2018: 175). Такав је, примера ради, став немачке судске праксе и доктрине, који није остао без критике, али се ипак одржао због практичних потреба трговинског промета (Вукотић, 2018: 175–176). Сматрамо да би се исто правило могло применити и у српском праву, будући да Закон о привредним друштвима, као ни прописи који уређују регистрацију предузетника не садрже ни једну одредбу која би изричито томе стала на пут.³³ Иако предметни Закон користи једнину када се говори о наследнику, чини се, ипак, да је ова ситуација остала изван видокруга законодавца (Вукотић, 2018: 176). Уосталом, овакво

³³ Чл. 2, чл. 6, ст. 1 и 2, чл. 7 и чл. 21 Правилника о садржини Регистра привредних субјеката и документацији потребној за регистрацију, *Сл. гласник РС*, 42/2016.

тумачење је у складу са одредбама Закона о привредним друштвима које имају за циљ да омогуће наслеђивање предузетника, а поред практичних интереса и положај запослених би био адекватно заштићен. Прихватање овог тумачења и његова практична примена би значили да је радни однос запослених очуван и за време од дана смрти послодавца (претходника) до дана уписа једног од наследника као предузетника, односно као новог послодавца. То би било корисно не само за запослене (будући да не би долазило до прекида радног односа), већ и за нове послодавце који на тај начин преузимају целокупно организовано пословање (пословни простор, средства за рад, опрему, робне залихе, али и квалификоване запослене), које би иначе морали сами изградити.

4. Радноправне последице губитка пословне способности послодавца

Готово исте правне последице Закон о привредним друштвима предвиђа и у случају губитка пословне способности послодавца. Па тако, према напред цитираним законским одредбама, у случају губитка пословне способности, послодавац престаје са обављањем делатности по сили закона. Међутим, *члан његовог породичног домаћинства* (брачни друг, деца, усвојеници и родитељи) који је, притом, и сам пословно способно физичко лице може наставити обављање делатности на основу међусобног споразума о наставку обављања делатности, који потписују сви чланови породичног домаћинства, ако у року од 30 дана од дана правноснажности решења којим је утврђен губитак пословне способности пријави наставак обављања делатности регистру, у складу са законом о регистрацији. Нејасно је зашто Закон као лице овлашћено да настави обављање предузетничке делатности одређује члана породичног домаћинства, као ни зашто се за наставак делатности тражи сагласност свих чланова породичног домаћинства. Према одредбама Породичног закона ако лице после пунолетства, због болести или сметњи у психо-физичком развоју, није способно за нормално расуђивање те због тога није у стању да се само стара о себи и о заштити својих права и интереса, односно ако својим поступцима непосредно угрожава сопствена права и интересе или права и интересе других лица, суд га лишава пословне способности и продужава родитељско право или одређује стараоца.³⁴ Бригу о овим лицима, дакле, преузима родитељ или старатељ који је овлашћен, између осталог, да се савесно стара о имовини

34 Чл. 85, чл. 146. и чл. 147 Породичног закона, *Сл. гласник РС*, 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015. Одлуку о томе доноси суд у ванпарничном поступку и одређује да ли се лице ставља у положај лица потпуно или делимично лишеног пословне способности. Видети: Чл. 72–74. Закона о ванпарничном поступку, *Сл. гласник СРС*, бр. 25/82 и 48/88

штићеника, при чему је за послове располагања имовином неопходна сагласност органа старатељства.³⁵ О судбини предузетничке делатности, па према томе и радног односа запослених код послодавца који је лишен пословне способности би, према томе, требало да одлучи родитељ или старатељ (уз надзор органа старатељства), а не чланови породичног домаћинства. Уколико се определи за наставак обављања предузетничке делатности, он ће бити нови послодавац, а радни однос запослених ће бити очуван. У супротном, радни однос запослених престаје по сили закона даном брисања предузетника из регистра привредних субјеката због губитка пословне способности.

5. Закључак

Без обзира да ли је уграђено у законодавство или је (само) тумачење правних стручњака, правило о континуитету пословања и радних односа у случају смрти предузетника је важно за очување објективне вредности предузетника као дела тржишта, али и за очување стабилности радних односа. Међутим, управо због чињенице да послодавац-предузетник нема одвојен правни субјективитет од „предузетничке радње“, у случају његове смрти долази до престанка постојања предузетника (субјекта у праву), па универзална сукцесија може наступити једино уколико су наследници вољни да наставе обављање ове делатности. Такав је случај и у домаћем праву, будући да сходно српском Закону о раду запосленом престаје радни однос независно од његове воље и воље послодавца у случају престанка рада послодавца, што ће у случају смрти предузетника бити даном његовог брисања из регистра привредних субјеката. До престанка радног односа, међутим, не мора доћи, будући да Закон о привредним друштвима предвиђа да наследник, који је и сам пословно способно физичко лице, може да настави обављање делатности на основу решења о наслеђивању или међусобног споразума о наставку обављања делатности, који потписују сви наследници. Уколико се наведено догоди, већ засновани радни односи неће престати, већ ће се наставити са наследником, тј. новим предузетником – послодавцем. Оваква одредба је новина у нашем праву и њено увођење је похвално, будући да обезбеђује континуитет привредног пословања и радних односа, али иста има пуно мањкавости, па захтева *de lege ferenda* побољшања, како у погледу појашњења израза „може наставити обављање делатности“, тако и ради прецизирања овлашћених лица за пријаву наставка обављања делатности, правног основа пријаве,

и *Сл. гласник РС*, бр. 46/95 – др. закон, 18/2005 – др. закон, 85/2012, 45/2013 – др. закон, 55/2014, 6/2015 и 106/2015 – др. закон).

35 Чл. 135 и 140 Породичног закона.

радноправног статуса запослених за време од дана смрти послодавца до дана уписа наследника као новог послодавца (предузетника), могућности да за то време наследничка заједница врши послодавчева овлашћења итд. Будући да су то, пре свега, радноправна питања пожељно је да иста буду регулисана матичним законом за област радних односа.

Поред тога, у домаћем радном законодавству нису регулисане последице смрти када се у улози *послодавца појави физичко лице као такво*. Премда постојећи прописи могу дати основ и за другачија тумачења (која су присутна у домаћој научној и стручној литератури), мишљења смо да би ваљало прихватити став оних домаћих радноправних писаца (Тинтић, 1955, Ковачевић, 2016) који сматрају да у овом случају радни односи неће престати, осим ако се личност оставиоца може сматрати незаменљивом за испуњење постојећег радног односа или се из неког другог разлога смрћу послодавца губи *causa* уговора о раду и његова економска оправданост. То ће, примера ради, бити случај када је запослени закључио уговор о плаћеном раду у домаћинству послодавца који се састоји у бризи о члану домаћинства зависном од туђе неге и помоћи или када је запослени обављао помоћне послове у кући послодавца, а наследници преминулог послодавца живе у другом граду или држави.

У појединим правима се, као што смо напред видели, воља наследника штити тако што уговором о раду о раду предвиђа могућност давања отказа у случају смрти послодавца. Стога, ако наследници пошаљу запосленима формално обавештење у коме је садржана изричита изјава да не желе да наставе радни однос, они могу искористити правну моћ једностраног отказа уговора о раду без посебног отказног поступка, уз обавезу плаћања накнаде штете и/или компензационе накнаде. Важно је, међутим, нагласити да упркос слободи наследника да одлучују о судбини уговора о раду након смрти послодавца која им је дарована у појединим правима, сви посматрани радноправни системи као основ престанка радног односа због смрти послодавца као физичког лица предвиђају отказ уговора о раду од стране наследника, и то из разлога који се тичу потреба послодавца. Овакво решење је добро, зато што се тако запосленом обезбеђују материјалноправне и процесноправне гаранције које чине садржину права на заштиту од неоправданог отказа, па се надамо да ће то следећим изменама Закона о раду бити предвиђено и у домаћем праву.

Литература/References

Adlercreutz, A. Nyström, B. (2015). *Sweden*. The Hague: Wolters Kluwer.

Антић, О. (2009). *Наследно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Балтић, А. (1963). *Основи радног права Југославије*. Београд: Савремена администрација.

Брковић, Р. Урдаревић, Б. (2023). *Радно право са елементима социјалног права*. Београд: ЈП Службени гласник.

Васиљевић, М. (2013). *Компанијско право – Право привредних друштава*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Veneziani, B. (2014). Formation, modification and termination of employment contracts. U Kahn-Freund, O. i Hepple, B. (Prir.). *International Encyclopedia of Comparative Law*, volume XV, Labour Law, Chapter 4, Boston: Martinus Nijhoff Publishers.

Вукотић, М. (2018). Наслеђивање предузећа. *Право и привреда*. 10–12. 165–195.

Драгићевић М. (2022). *Правни положај запослених у случају промене послодавца*, необјављена докторска дисертација. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу.

Ивошевић, З. Ивошевић, М. (2016). *Коментар Закона о раду*. Београд: ЈП Службени гласник.

Јовановић, П. (2015). *Радно право*. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

Ковачевић Љ. (2017). Усклађивање домаћег законодавства и праксе са радним правом Европске уније – пример заштите права запослених у случају промене послодавца. *Радно и социјално право*. 1/2017. 63–91.

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

Ковачевић, Љ. (2016). Престанак радног односа услед смрти, односно престанка његових субјеката. *Радно и социјално право*. 1/2016. 93–109.

Ковачевић, Љ. (2021). *Заснивање радног односа*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Laleta S. (2011). *Prestanak ugovora o radu*, neobjavljena doktorska disertacija. Zagreb: Sveučilište u Zagrebu – Pravni fakultet.

Марковић, В. (2018). Престанак радног односа услед престанка и прекида рада предузетника. *Право и привреда*. 7–9. 461–472.

Selwyn, N. M. (1978). *Law of Employment*. London: Butterworths.

Tintić, N. (1955). *Osnovi radnog prava I*. Zagreb: Školska knjiga.

Правни извори, судске одлуке и правни документи

Arbeitsgericht Gießen am 27. Februar 2014 (AZ: 11 Ca 267/12). Преузето 5. 7. 2023. <https://anwaltauskunft.de/ratgeber/tipps-urteile/tod-des-arbeitgebers-kann-ausserordentliche-kuendigung-rechtfertigen>

Bürgerliches Gesetzbuch, Преузето 15. 7. 2023. <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>

Burgerlijk Wetboek Boek 7. Преузето 08. 7. 2023. <https://maxius.nl/burgerlijk-wetboek-boek-7/boek7>

Закон о ванпарничном поступку. *Службени гласник СРС*. Бр. 25.1982 и 48.1988 и *Службени гласник РС*. Бр. 46.1995 – др. закон, 18.2005 – др. закон, 85.2012, 45.2013 – др. закон, 55.2014, 6.2015 и 106.2015 – др. закон.

Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре. *Службени гласник РС*. Бр. 99.2011, 83.2014, 31.2019 и 105.2021.

Закон о приватним предузетницима, *Службени гласник СРС*. Бр. 54.1989 и 9.1990 и *Службени гласник РС*. Бр. 19.1991, 46.1991, 31.1993 – одлука УСРС, 39.1993, 53.1993, 67.1993, 48.1994, 53.1995, 35.2002, 101.2005 – др. закон, 55.2004 – др. закон, 61.2005 – др. закон и 36.2011 – др. закон.

Закон о привредним друштвима. *Службени гласник РС*. Бр. 36.2011, 99.2011, 83.2014 – др. закон, 5.2015, 44.2018, 95.2018, 91.2019 и 109.2021.

Закон о раду. *Службени гласник РС*. Бр. 24.2005, 61.2005, 54.2009, 32.2013, 75.2014, 13.2017 – одлука УС, 113.2017 и 95.2018 – аутентично тумачење.

International Labour Conference, 99th session, Report IV(1), Decent work for domestic workers, International Labour Office, Geneva, 2010.

Ley del Estatuto de los Trabajadores (*Boletín Oficial del Estado*, 29.3.1995, núm. 75, 9654-9688), Real Decreto Legislativo 2/2015 de 24 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (*Boletín Oficial del Estado*, 24.10.2015, núm. 255, 9654-9688). Преузето 20. 6. 2023. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430>

Породични закон. *Службени гласник РС*. Бр. 18.2005, 72.2011 – др. закон и 6.2015.

Правилник о садржини Регистра привредних субјеката и документацији потребној за регистрацију. *Службени гласник РС*. Бр. 42/2016.

Пресуда Врховног касационог суда. Рев2 1322/10 од 15. 9. 2011.

Code du Travail. Преузето 8. 7. 2023. <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006072050/>

Codice Civile. Преузето 5. 7. 2023. <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2015/01/02/codice-civile>.

Интернет извори

Was passiert beim Tod des Arbeitgebers oder beim Tod des Arbeitnehmers?. Преузето 10. 7. 2023. <https://www.kasperek-kollegen.de/informationen/arbeitsrecht/beendigung-von-arbeitsverhaeltnissen>

Décès de l'employeur. Преузето 5. 7. 2023. <https://contrat-de-travail.ooreka.fr/astuce/voir/184038/decès-employeur-indemnités-et-preavis-de-l-employé-de-maison>

La cessazione del rapporto di lavoro. Преузето 11. 7. 2023. <https://archivio.pietroichino.it/attachment.asp?IDArticle=209&IDAttachment=182>

La rupture automatique du contrat au décès de l'employeur ou de l'enfant de l'employeur. Преузето 11. 7. 2023. <https://particulier-employeur.fr/le-deces-de-lemployeur/>

Regulación de supuesto de extinción del contrato por muerte del empresario. Преузето 10. 7. 2023. <https://www.iberley.es/temas/regulacion-supuesto-extincion-contrato-muerte-empresario-7881>

Salarié au domicile de l'employeur: que faire en cas de décès de l'employeur?. Преузето 11. 7. 2023. <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F31231>

*Marija Dragičević, LL.D.,
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš,
Republic of Serbia*

LABOUR LAW EFFECTS OF DEATH AND LOSS OF LEGAL CAPACITY OF AN EMPLOYER ACTING IN THE CAPACITY OF A NATURAL PERSON

Summary

The employer may act in the legal capacity of a natural person or a legal entity. In the former case, the subject of an employment relationship is a natural person per se or a natural person in the capacity of a sole trader or a freelancer. In the latter case, given that a natural person is identified with his/her own enterprise (as they constitute one body), the question arises what happens in the event of a change in the legal status of a natural person as the employer (a holder of a sole proprietorship), which will primarily take place in the event of death or loss of legal capacity. Considering that the labour legislation of the Republic of Serbia does not provide an answer to this question, the author will address this question by seeking answers within the framework of general rules of labour, inheritance, family and company legislation. In that sense, the paper analyzes the effects of death and loss of legal capacity of an employer (a natural person) on the existing employment relations. The author aims to respond to the question whether the employer's death necessarily causes the termination of employment, or whether such employment may be continued by the employer's successors (in which case, it may be considered as the change of employer). In particular, the author focuses on the provisions of the Business Companies Act, which regulate the possibilities to continue conducting the business in the event of the sole trader's death while implicating their shortcomings, unclarities and issues they cause in the interpretation and practical application thereof. In that context, the author examines the legal grounds enabling the successor to take over the sole trader business, the subject matter of such succession, the labour law status of employees, and the possibility for the co-successors' community (a number of natural persons) to act in the capacity of the employer.

Keywords: *employer, death, natural person, sole trader.*

Goran Marković, LL.D.,*
Full Professor,
Faculty of Law, University of East Sarajevo,
Pale, Republika Srpska, B&H

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-46291

UDK: 352:342.8(497.6 Republika Srpska)
UDK: 340.13:342.8(497.6 Republika Srpska)
Раd примљен: 03.08.2023.
Раd прихваћен: 03.09.2023.

ON THE RECALL OF A MAYOR IN REPUBLIKA SRPSKA

Abstract: *In this paper, the author analyzes the institution of recall of a mayor in the legal system of the Republika Srpska by critically examining the provisions of two legislative acts: The Election Act of Republika Srpska and the Local Self-government Act of Republika Srpska. The institution of recall has a serious democratic potential because it is an instrument enabling political control of mayors by citizens. However, the current legal solutions in Republika Srpska limit this potential because they do not encourage citizens to use this instrument of political control, which is not the case with political parties. Given the fact that the decision on initiating the recall procedure depends on a local assembly, recall has very often been used as a tool for political confrontation between a local assembly and a mayor, while the citizens have remained a second-class political subject. The Election Act of Republika Srpska does not contain adequate provisions on the protection of rights of citizens and political subjects during the recall procedure. In fact, this issue is relatively unregulated or underregulated. The Local Self-government Act of Republika Srpska protects a local assembly which triggers an unsuccessful recall procedure since there is no legal guarantee that such a local assembly would be dissolved. The author proposes different solutions which should improve the regulation of this legal institute and reduce the possibility of turning it into a tool for political manipulation.*

Keywords: *recall, mayor, local assembly, local self-government, Electoral Act, Republika Srpska.*

* goran.markovic@pravni.ues.rs.ba

1. Introduction

Bosnia and Herzegovina (B&H) has no competences in the sphere of local self-government. According to Article III of the Constitution of Bosnia and Herzegovina, which regulates the issue of division of competences between the state and the entities, local self-government is an exclusive competence of the entities. Therefore, both entities in B&H have their own legislation on local self-government; in the Federation of Bosnia and Herzegovina (FB&H), cantons have their own legislation too. Local self-government is a matter of constitutional regulation in constitutions of both entities.

Although each entity is entitled to freely regulate the local self-government issues, there are no significant differences between the two systems of local self-government. The system of power at the local level is based on the principle of the separation of powers: the mayor (head of a city or municipality) is a sole holder of the executive power in local self-government units, while the local assembly (or the council in the FB&H) is a representative body which exercises the normative (“legislative”) power.

The principle of separation of powers presupposes some checks and balances which have to guarantee the control of both basic local institutions. The legal institute of recall of a mayor is one of the checks and balances which have to enable the political control of the local executive power. The purpose of this paper is to analyze this legal institute and compare it with analogous legal instruments in other legal systems.

The primary method applied in the analysis of the legislative framework on the institute of recall is the analytical method, aimed at critically assessing the strengths and weaknesses of the positive-law solutions envisaged in the Election Act and the Local Self-government Act of Republika Srpska. The idea is to examine whether the legal provisions regulate the institute of recall in the best possible manner, or whether they have serious deficiencies which limit the democratic potential and legitimacy of this legal institute.

The author also used the comparative method for the purpose of comparing the legal provision on recall of a mayor in Republika Srpska with the legal solutions in some other countries, and analyzing the observed similarities and differences. Discussion on mutual influences and “exchange” of ideas are both desirable and potentially fruitful.

The politicological (political-science) method is necessary for several reasons. First, a decision to recall a mayor is always a political decision, including a political background, motives, and consequences. Thus, the reasons for instituting and enforcing the recall procedure are necessarily political. Second, the recall

procedure is under the control of political elites almost in all its segments. Political elites decide on initiating the procedure, and control it to a significant degree. For this reason, it is important to understand the interests and conduct of political actors facing political elites.

2. Dependence of Recall on the Local Self-Government System

The institutional framework of the local self-government system in the Republika Srpska is based on two local political institutions: a local (municipal or city) assembly, and a mayor (head of the city or municipality). Both are elected directly (by popular vote in local elections); in line with the principle of the separation of powers,¹ each institution is vested with normative or executive power (respectively) at the local level.²

Legal and political positions of a mayor are marked by three features: 1) he/she is elected directly although absolute majority of votes is not necessary for the election; 2) one person can be elected to the same post as many times as he/she can win plurality of votes; 3) the whole executive power is vested in mayor's hands which means that he/she doesn't share the power with a collegial or an individual body which would also exercise the executive power.

In the Republika Srpska, the principle of strict separation of powers excludes the political responsibility (accountability) of a mayor to the local assembly.³ Principally, it excludes legal responsibility of the former to the latter. Therefore, a mechanism for mayor's responsibility has to be introduced. If a mayor with potentially strong democratic legitimacy and wide competences were not responsible to anyone, his/her political role would become dominant in the local self-government system. It is true that a mayor has legal responsibility, which means that an appropriate legal procedure may be initiated against him/her in a court of law. However, this is a usual legal responsibility (liability) or, at best, a legal responsibility which can have political consequences in case that mayor's illegal action is proven. The question remains what to do in case a

1 For an interesting analysis of institutional structure of local self-government, including the separation of powers between the representative and executive bodies, see: Moreno, 2012.

2 For more on the institutional segments of the local self-government system in Republika Srpska, see: Marković, 2021, 527–541.

3 In some countries, the principle of the separation of powers has been premised on the parliamentary system of government, where a local executive body is politically accountable to a local representative body. In Belgium, for example, a local executive body is politically accountable to a local council. A mayor is a member of a collegiate local executive body; a mayor can be removed from office for pure political reasons but only as a member of a local executive body (Bouvier, 2012: 56), which is very different from the local self-government system in Republika Srpska.

mayor's conduct is suspected to constitute a breach of law although it cannot be qualified as a criminal act? For example, a mayor may breach a provision of the Local Self-government Act, but it does not mean that he/she has committed a criminal act or a misdemeanour. If a mayor cannot be accused for an illegal act because of the legal nature of an act, there has to be an instrument for the inquiry of his/her acts. The institute of recall is a mechanism which enables both a local assembly and the citizens to have a say on a mayor's conduct and to sanction him/her although a sanction could be only a political one.

The Local Self-government Act of Republika Srpska⁴ introduces the system with strong monocephalic executive power.⁵ Firstly, the Act prescribes that the mayor has to be elected directly for a four-year term of office. This very method of election establishes a strong mayor since his/her democratic legitimacy stems from the people's confidence. On the other hand, this solution has to be strongly criticized from the point of legitimacy. If a candidate can be elected by plurality of votes, for example by only 35 or 40% of those who vote (which, depending on the number of abstainers, could be only 20 to 30% of all voters), his/her legitimacy could be seriously undermined. Nevertheless, a mayor elected by plurality and by a small margin still retains all competences prescribed by this Act. A mayor with no legitimacy or with a questionable legitimacy exercises serious local political power equally to a mayor who has been elected by a vast majority of voters.

Secondly, the Act does not prescribe any limits for re-election. A mayor may be elected as many times as he/she receives plurality of votes. This solution is probably practical because a candidate with experience and voters' confidence should be entitled to exercise the power as long as he/she is the voter's choice, particularly since a mayor is an institution of local power. The author of this paper disagrees with this argument. Each power has to be limited in order not to pervert into an abuse of power. Although a mayor is a local institution, he/she still holds a considerable amount of local power, which can be abused. One

4 The Local Self-government Act of Republika Srpska, *Official Gazette of R. Srpska*, No. 97/16, 36/19, 61/21.

5 Although the institution of a mayor is well-known in comparative local self-government systems (see: Moreno, 2012), a mayor often does not have such strong competences and power. Although this may not be the proper occasion to discuss the issue, the author of this paper advocates for another system of local self-government, which would include a local assembly as a representative body with normative power, and an executive collegiate body which would be accountable to the local assembly. In such a system, there would be no place for a mayor. There would be the president of the local assembly and a chair of the collegiate executive body. Moreover, in the local assembly system of power, the collegiate executive body would be hierarchically controlled by the local assembly. A similar system has been introduced in the Republic of Serbia (For more, see: Stanković, 2015).

of mechanisms for prevention of abuse of power is to limit the re-election to two consecutive terms. This solution is also appropriate for Republika Srpska.

The institute of recall is directly interconnected with the issue of re-election of a mayor. This institute has its justification in each local self-government system, particularly in the system which enables a mayor to hold power consecutively for 16 or 20 years, for example. Recall serves as a threat to a mayor who would act illegally or illegitimately; to such a mayor, it is an instrument of control and “punishment”. A control of a mayor is particularly important in a system which gives a chance to the mayor to impose his/her political will over the local executive power and potentially over the entire local power system. Recall could be an instrument for preventing the spread of power of the mayor who otherwise could not be deposed, particularly in case he/she would serve for more than two consecutive terms and strengthen his/her control over local politics.

Thirdly, the system of local self-government in Republika Srpska is based on wide competences of the mayor who heads the local executive as a hierarchical chief of various officials and executive agencies. All of them are nominated by the mayor and are responsible to him/her. The mayor’s influences on the local representative body (assembly) is also considerable. He/she is the main initiator of normative legal acts which are enacted by the local representative body; he/she proposes changes to the statute as the main legal act of a local community, drafts a budget, and proposes local policies in different areas.

The wide competences given to a mayor always entail considerable political power although its scope and content depends, among other factors, on the relationship between a mayor and the local representative body (assembly). If a mayor belongs to a political party or a coalition which controls the majority in a local representative body, there would be no any efficient means of control of the former by the latter. If a mayor belongs to a political party or a coalition which exercises control over the majority in a local assembly, the mayor cannot be efficiently controlled by the local assembly. In this case, the balance of powers between the normative and the executive power would be strongly shifted toward the latter. Thus, the institute of recall is the only possible and legally recognized means of control of the local executive power.

The institute of recall is important for another reason. A mayor cannot be removed from office by the local representative body, which means that there is no substantial and efficient control of the former by the latter. Whatever the relationship between the two is, one cannot decide on the political destiny of the other. If the institute of recall did not exist, a mayor could not be removed irrespective of his/her policies and deeds. It is true that the institute of recall

does not guarantee an efficient control of a mayor by the local representative body but, at least, it provides an opportunity for it.

The institute of recall is important as an instrument of people's control⁶ over the local executive power.⁷ If citizens elect a mayor, they should have the right to recall him/her. It is a democratic principle which, at least potentially, gives the opportunity to those who are dispossessed of political power to influence political processes at the local level. It is quite a different issue whether, how, and to what extent the citizens' decision to recall a mayor may be independent from the impact of local political elites. It is true that political parties considerably influence the very process of recall. The citizens' decision is also influenced by political parties. However, one cannot prove that citizens are unable to decide on recall without the influence of political parties in all cases. At least, there is a possibility that they would truly decide on recall independently, and this possibility justifies the very legal regulation of this institute. Whether this possibility would become a reality depends on many factors which cannot be estimated in advance.

3. The Legislative Framework on the Legal Institute of Recall

3.1. *The reasons for recall*

Article 45 of the Election Act⁸ prescribes that recall is one of the legal grounds for termination of a mayor's term of office.⁹ The same article enlists the reasons for starting of the recall procedure.¹⁰ Most of these reasons are implicitly political in nature while all of them are explicitly connected with breach of a law

6 Some would rightly say that it is a reactive mechanism and an *ad hoc* corrective mechanism (European Commission for Democracy Through Law/Venice Commission, 2019:18).

7 It is an instrument of direct democracy which has to function as a complement to representative democracy (Venice Commission, 2019: 17; Welp, 2018: 451).

8 The Election Act of Republika Srpska, *Official Gazette of R.Srpska*, No. 34/2002, 24/2004, 101/2004-another act, 19/2005, 24/2012, 94/2012- CCB&H decision, 109/2012, 45/2018, 18/2020;

9 The author thinks that the institute of recall is so important for potential development of direct democracy at the local level that it should be guaranteed by the Constitution. In comparative law, such a solution is envisaged in Poland, where Article 170 of the Constitution prescribes that members of a local self-governing community can decide on dismissal of a directly elected body of local power in a referendum.

10 The literature on the recall of a mayor also includes the term "recall referendum". The Election Act of Republika Srpska does not contain the term "referendum" in regulating the institute of recall although it should. The very recall procedure contains all basic features of a referendum as an institute of direct democracy, and there is no reason to avoid the right term "referendum" in the Election Act.

or a mayor's failure to exercise his/her duties and competences. The reasons for recall of a mayor are as follows: 1) failure to perform the mayor's duties in compliance with the law (EA) and other acts; 2) failure to implement the strategic documents which are significant for the Republic; 3) failure to implement the decisions and strategic developmental documents of a local representative body (assembly); 4) material damage caused by enactment or failure to enact the acts in the competence of a mayor; 5) failure to submit a report to the local assembly; 6) failure to submit a draft budget to a local assembly in a term prescribed by the law (Article 45 para.2 of the Election Act of R.Srpska).

As one could conclude, the recall procedure cannot be initiated if a local assembly has political disagreements with a mayor, or if it or the citizens disagree with his/her policies. Formally, if a mayor does not breach Article 45 of the Election Act, the recall procedure may not be started even if a local assembly or citizens have serious doubts about the legitimacy or political suitability of his/her acts and deeds.

This concept of recall has its positive and negative aspects. Its positive side is that the lawmaker has intended to define relatively precisely the reasons for starting of the procedure of recall in order to prevent the misuse of this instrument of control. If recall could be organized for every reason, those who have the right to decide on it could use it whenever they disagree with a mayor and wish to use recall in order to get rid of a mayor. However, the Election Act has not prescribed the possibility of recall for political disagreements between the local assembly and a mayor. To be more precise, this possibility exists only if a local assembly is able to justify the recall by using Article 45 of Act as a pretext. A local assembly could not decide to initiate the recall procedure by claiming that a mayor has had illegitimate or harmful policies. It can only be done by claiming that one of reasons from Article 45 of the Election Act has been fulfilled.

In the author's opinion, recall has to be possible even in cases when a local assembly finds a mayor's policies inappropriate. It means that recall has to be possible even for pure political reasons, which the author considers to be an acceptable solution. Since the mayor is directly elected by citizens, the latter should have the right to recall the mayor for any reason they find justified, including their disagreement with his/her policies. A mayor has to be responsible to those who elect him/her for all imaginable reasons, particularly including his/her policies.

This is not the case under the Election Act of Republika Srpska. Thus, if a local assembly wants to recall a mayor only for political disagreements, it has to define one or more reasons for recall in accordance with Article 45 of the Election Act. Sometimes it is not easy because mayor acts in accordance with the law and a

local assembly has to artificially define reason(s) that supposedly justify the instigation of the recall procedure.

What happens if a local assembly decides to initiate the recall procedure without specifying a reason prescribed by the Election Act? Such a decision should be proclaimed illegal and it could not be used as the legal basis for recall. However, such an outcome is neither explicitly prescribed by the Act nor it ever happens in practice. Even if it were attempted, it would be very hard to prove in court that a local assembly decided to start the recall procedure without a legal basis envisaged in Article 45 of the Election Act.

It has to be noted that the present legal provision was adopted in 2012. The original text of the Election Act prescribed that a mayor could be recalled if he did not exercise his/her functions in a lawful manner, or if he/she did not execute the decisions of a local assembly. Principally, the reasons for recall in the current Election Act, which are defined in a general manner, are substantially the same as the one which were prescribed in 2012. However, the lawmaker decided to change the approach when defining these reasons. Namely, the original legal provision defined only two general reasons for recall. A local assembly could subsume different individual reasons under one of these two general reasons. Thus, a local assembly had a relatively wide freedom to decide whether one of these two general reasons had been fulfilled. The lawmaker's intention was to stabilize the institution of a mayor. Thus, the legislator enlisted six cases in which the recall procedure could be enforced. All of them could be subsumed under the previous two general reasons for recall. The new legal solution may have a dissuasive effect; when the reasons for recall have been relatively precisely defined, it could be expected that a recall would be proposed less often.

However, the practice did not go in that direction. The fact that there has not been an efficient judicial protection from a political misuse of this instrument of direct democracy, as well as the fact that the reasons for its enforcement has been relatively widely defined, enabled political parties to decide on starting of the recall procedure whenever they found it politically opportune.

A comparative law analysis shows that the reasons or grounds for recall have not been prescribed in the widest possible manner in the Election Act. Some authors point to legislations which prescribe, for example, failure to uphold the interests of the local community or incompetence in performing duties as reasons for recall.¹¹ These reasons may be acceptable in those local self-government systems which give the right to voters to initiate a recall whenever they are politically dissatisfied with a mayor. In other words, the acceptance of

11 See: European Commission for Democracy Through Law/Venice Commission Report, 2019: 23.

these reasons depends on the concept of recall as well as on the specific local self-government system.

The author of this paper advocates for acceptance of these reasons for recall as well. It is true that they are defined very generally and widely, which potentially makes room for political manoeuvres and misuse of this institute of direct democracy. However, these reasons could contribute to achieving the principle of democratic legitimacy of the institution of a mayor and to his/her political responsibility (accountability) to voters. As the institution of a mayor is a political institution, a mayor is not only in a position to execute but also to shape local policies, and quite often has a central role in the system of local institutions. Thus, it is acceptable that he/she can be recalled for the reason of failure to uphold local interests or for incompetence in the performance of his/her duties.

The Election Act does not prescribe when recall procedure cannot be initiated. Therefore, it can be initiated at any time during the mayor's term of office. In some legal systems, recall referendum cannot be initiated during the first or the last year of the mayor's term in office.¹² These solutions have their own logic. The lawmakers obviously have intended to give the chance to a mayor to act freely during his/her first year in office in order to have enough time to fulfil his/her basic electoral promises. On the other hand, the lawmakers have thought that it would not be wise to recall a mayor in his/her last year in office since new elections would come soon anyway.

While these solutions could serve the purposes of stability and efficiency of the mayor institution, they are opposed to the democratic principle of sovereignty of popular will. Citizens may become aware of a mayor's incompetence or anti-popular policies at the very beginning or at the end of his/her term in office. They should be entitled to have a say on the mayor's policies and deeds since his/her misconduct should not be tied to the time he/she spent in office. It would be meaningless to say that a mayor should be given some time to prove his/her abilities and legitimacy if voters think that he/she has proven at the very beginning of his mandate that his/her policies would not be satisfactory and legitimate. Therefore, voters should have the right to recall a mayor at any time.

3.2. Who decides on initiating the recall procedure?

The institution of recall is prescribed in the Election Act of Republika Srpska. Although this Act prescribes the recall of the head of municipal executive, the same provisions are also applicable to the recall procedure of the head of city

¹² See: Welp, 2018: 454.

executive, considering that the city mayor is also elected directly just as the municipality mayor.

In Republika Srpska, a recall can be initiated by one-third of members of a local assembly or 10% of voters who exercise their voting right in a municipality (Article 45 para. 3 of the Election Act).¹³ The proposal has to be made in the form of an initiative which has to be justified. The local assembly discusses the initiative and decides on it by a simple majority vote of the total number of local assembly members (councilors). Thus, it is empowered to assess the validity of the reason(s) for recall (Welp, 2018:454).

The provision on the initiators of recall is adequate. It is natural that a portion of members of a local assembly shall be entitled to initiate the recall procedure; the same may be said for voters. Given that a mayor is elected by voters and that they should be entitled to recall him, voters shall also have the right to initiate his/her recall. The percentage of voters who can do it (10% of all voters in a municipality) is adequately prescribed¹⁴ because it is neither too high nor too low.¹⁵ The aim of the provision has obviously been to prevent voters from submitting initiatives too often; yet, if this percentage were higher (15 or 20

13 In Romania, for example, it is 25 % of voters. See: Council of Europe, 2014: 12. We may criticize this solution which makes this instrument of control and direct democracy almost useless for citizens.

14 In Croatia, Article 40b of the Local and Regional Self-government Act prescribes that a referendum for the recall of a mayor can be initiated by 20 % of voters or two-thirds majority of a representative body. We find these solutions unacceptable, except in one aspect. If 20% of voters initiate a referendum on recall, a representative body would decide on a referendum. Therefore, the representative body does not have the right to decide whether to call a referendum or not; its duty is to call a referendum.

15 There is an opinion that recall should be an exceptional tool, as a complement to other democratic mechanisms (European Commission for Democracy Through Law/Venice Commission, 2019: 18). If recall has to be an exceptional tool, the conditions for initiating a recall (including the percent of voters who have the right to propose it) have to be carefully formulated. In the author's opinion, such an approach to recall has to be rejected. If a recall has to be an exceptional tool, it has to be used only in exceptional circumstances, in other words, quite rarely. This is not an explicit conclusion stemming from understanding of recall as an exceptional tool, yet, it could be understood in such a way. This approach should not be accepted. If a recall were understood as an instrument which would have to be used exceptionally (i.e. rarely), the democratic potential of recall would be quite limited, or almost nonexistent. It should not be defined as an exceptional tool, and it should not be legally regulated with conditions which would aggravate its exercise. If a recall were perceived as an exceptional tool, it would be justified to prescribe a higher percentage of voters who could initiate it. The higher percentage of voters who have to collect their signatures in order to initiate a recall would probably discourage voters to do so. The author disagrees with such an approach. It is always complicated for voters to initiate a recall as they rarely have organizational, financial, mass media and other resources at their disposal. If a percentage

%), voters would be discouraged from using it since it could be too complex for them to collect such a huge number of signatures.¹⁶

While a local assembly is expected to decide on a recall procedure initiative submitted by one-third of its members, in the author's opinion, it should not have the right to decide on a recall initiative submitted by voters. Naturally, as one-third of the local assembly members cannot impose their will on the majority of the assembly members, a recall initiative has to be verified by the local assembly. The situation is different in case a recall initiative is submitted by voters. If an initiative is submitted by an informal group of citizens, an association of citizens, or one or more small political parties, it is not easy for them to collect signatures from 10% of voters in the city/municipality. They need money, organizational infrastructure, media attention (etc.) for publicity alone.¹⁷ Even if these obstacles are overcome, a local assembly may simply reject an initiative if the assembly majority supports a mayor, or for any other reason. Moreover, the question is not whether an initiative for recall is supported by "mere" 10% of voters. It may be supported by 30, 40, or even 50 % of voters. Even in such cases, a local assembly may unilaterally decide to reject a recall initiative and prevent voting. Such an outcome is legally allowed and possible. In the author's opinion, it is not democratically legitimate that a group of 16 people (or less, depending on the number of deputies in a local assembly) can reject an initiative which has been submitted by thousands or even tens of thousands of voters.

There are two legal solutions to this issue. The first one is that a local assembly should decide on starting the recall procedure if an initiative is submitted by at least 10% of voters. This means that a local assembly would not have the right to reject an initiative. The second one is that a local assembly should not have the right to reject an initiative submitted by 15% of voters, while it would have the

of voters for initiating a recall is high, it is highly unlikely that an initiative for recall could be submitted.

16 In order to reduce the number of recalls, parliaments in some countries increased the requirements for the number of signature needed to initiate the recall procedure (see: Serdult, Welp, 2017: 142). This would be counterproductive in Republika Srpska. Prior practice does not support the thesis that voters would use this mechanism even if the legislator prescribed a low number of signatures which have to be collected in order to initiate the procedure. In practice, the procedure has been proposed by local assemblies, which means that citizens have not yet had the role of an independent subject who would instigate the recall procedure independently from political parties.

17 Comparative analysis shows varied statistical data on the recall procedure. In Poland, for example, there were 195 recall votes during the 1998-2002 period; in Peru, the recall procedure was triggered in 45,4% of municipalities in the period 1997-2013; in Germany, there were 17 recall votes in the period 1993-2008; in Japan, there were 397 recall votes during the 1947-1999 period (Serdult, Welp, 2017: 142-143).

right to reject it if it is submitted by 10 to 15 % of voters. The purpose of these solutions is to prevent a negative decision of a local assembly if a considerable number of voters submitted an initiative. The democratic potential of a recall would be undermined if a local assembly would be stronger than whatever number of voters. This is the case right now, which has to be strongly criticized. The lawmaker has intended to efficiently limit the participation of citizens in the process of recall and succeeded in that endeavour, which is contrary to the principles of democratic legitimacy and popular sovereignty.

Two principles have had to be reconciled: the principle of democratic legitimacy of the institution of a mayor and the principle of its stability. On the one hand, the principle of democratic legitimacy has had to guarantee to citizens that they could recall a mayor if they were dissatisfied with his/her policies or conduct. This would be a logical end of a relationship between citizens and a mayor: as they elected the mayor, they have the right to control and eventually recall him/her. On the other hand, the institution of a mayor has to be stable. One of the presumptions for its stability is that recall is not organized often and without a good reason.

Someone has to decide whether a recall is justified, i.e. if there is a good reason for starting the recall procedure. In that regard, two problems arise. Firstly, if citizens elect a mayor and have the right to recall him, it is their sole right to decide not only whether a mayor shall be recalled or not but also whether the recall procedure shall be started. The current legal solution is contradictory: even if citizens think that a mayor has to be recalled, the recall procedure may be initiated only if a local assembly agrees. Therefore, a local assembly can prevent a recall by not giving the voters a chance to vote.

Secondly, both the local assembly and the mayor are political institutions. The local assembly's assessment of justification of a recall could be a political one, purely based on the assembly's positive or negative attitude towards a mayor, his/her political party affiliation and policies. Thus, the citizens' political wish to remove a mayor can be obstructed by a local assembly decision which may be motivated by a purely political reason. The local assembly would like to avoid a risk of losing a mayor who belongs to the same political party or acts in accordance with political programme and/or interests of the local assembly majority.

The decision to initiate the recall of a mayor is made by the local (municipal/city) assembly by a majority vote of the total number of councilors (Article 45 para.6 EA). This is important because the time limits for conducting the recall procedure start running from the moment when the local assembly decision enters into force. Financial resources for the recall procedure have to be planned, accounted for and provided from the local self-government budget (Article 45 para.7 EA)

3.3. Body responsible for conducting the recall procedure

Under the Election Act, a local assembly nominates a commission responsible for conducting the recall procedure (hereinafter: the Commission). The Commission is composed of three, five, or seven members (Article 45b para.3 EA). The number of Commission members is equal to the number of the municipal election commission members. Members of the municipal election commission may be appointed to sit in the Commission in charge of conducting the recall procedure. The Commission members have to meet the same requirements for appointment as the members of the municipal election commission (Article 45b para.5 and 6 EA).

The composition of a Commission is stipulated in relatively imprecise terms, particularly in terms of party affiliation or party preferences of the Commission members. Thus, the most important issue is how to guarantee that the Commission members will be truly independent from the influence of political parties. It is important because political parties are interested in the outcome of a recall and they may try to influence the process and thus the outcome of voting.

It is good that a particular body is responsible for conducting the recall procedure. One may argue that the process should be conducted by the local election commission, which is by its very nature connected to the issue of elections. Another argument in favour of this opinion may be supported by the fact that the Commission members have to fulfil the same membership requirements which have to be fulfilled by the members of a local election commission.

If the current legal solution were to be preserved, it would be better if the recall procedure were conducted by a permanent local (municipal/city) election commission. The term of office of such a commission is seven years. Although there are no guarantees that local election commissions would be politically independent, such a commission is still more likely to be more politically independent than a commission specifically nominated by a local assembly majority for a purpose of conducting a recall procedure.

In the author's opinion, the best possible solution would be for a local assembly to nominate a commission for conducting the recall procedure; the commission should be composed of members nominated both by the local assembly majority and minority. This commission has to be politically independent as much as possible. As it is highly unlikely to expect a fully independent commission, the legislator should prescribe that both majority and minority in the assembly shall be entitled to nominate the same number of Commission members. To be nominated, they have to meet the same requirements that are prescribed for the appointment of members of a local election commission.

3.4. *Majority necessary for rendering a decision on recall*

A mayor is recalled by a majority of all citizens who have participated in voting. Citizens decide by casting a direct secret ballot (Art. 45a, para. 2 and 3 of the Election Act). The original text of the Election Act (2002) prescribed that a majority of all voters with the voting right was necessary for recall. Therefore, even if a vast majority of those who voted expressed their will for recall, it would not be enough if this majority would not include a majority of all voters with the voting right. The original legal provision protected a mayor from recall too much because such a majority was very hard to achieve. Thus, in order to secure the failure of a recall, it was enough for a mayor and his political party to campaign for voters' abstention. The Act on the Basic Principles of Local Self-government in the Federation of Bosnia and Herzegovina prescribed the solution which was the same as the one which has been valid in Republika Srpska since 2004, and which is in force right now.¹⁸

Although the author of this paper finds that the legal provision has a clear meaning, there are different opinions on the meaning of the Election Act provision that the mayor is recalled by "the majority of the overall number of voters who voted". The Republic Election Commission of Republika Srpska (REC) contributed to the confusion by drafting the Rulebook on the Enforcement of the Procedure of Recall of a Mayor (on 4 May 2022).¹⁹ As the Secretariat for Legislation of Republika Srpska rightly found this Rulebook to be contrary to the Election Act, on the basis of the Secretariat's opinion, Article 7.7 of the Rulebook prescribed that the mandate of the mayor ends if the majority of the voters who went to the polls vote in favour of his/her recall. Article 5.4 of the Rulebook clearly prescribes that valid ballot papers are those where the voters clearly circle only one of the options (for or against), while invalid ballots include blank ballot papers, invalidated ballot papers, or ballot papers from which the voter's will cannot be determined with certainty. Therefore, the votes of those voters who participated in voting but whose ballots are invalid shall not be counted. This is contrary to Article 45a para. 3 of the Election Act, which clearly indicates that the votes of the total number of voters who participate in voting (turn out at the polls) shall be counted (including the blank and invalid ballot papers). Under the Election Act, voters are entitled to participate in voting and vote as they wish. Therefore, the blank vote is lawful and it has to be included in the voting results. Voters also have the right to invalidate their ballot papers, but their blank or invalidated ballot papers show their political stance and preference. A voter may also

¹⁸ In some legal systems, such as the German one, the recall of a mayor is possible by a qualified majority of the population voting in favour (Schefold, 2012: 243).

¹⁹ Rulebook on the Enforcement of the Procedure of Recall of a Mayor, *Official Gazette of the Republika Srpska*, No. 63/22.

leave the ballot paper blank or invalidate it because he/she is uncertain how to vote; such a vote cannot be counted as a valid vote but it may reflect the voter's intention to demonstrate his/her political will or stance.

In July 2022, the President of the Republic Election Commission of Republika Srpska expressed his view that the provision of the Election Act of Republika Srpska was problematic because it could help the mayor "survive" the recall.²⁰ In his opinion, the provision of Article 45 EA entails that invalid ballot papers are included in the total number of voters who turned out at the polls. However, the blank or invalid votes cannot be ascribed to either "for" or "against" group. In order to resolve this issue, the Rulebook introduced the rule that only valid ballots shall be taken into account (Srpskainfo, 2022).

The author of this paper disagrees with this opinion. Firstly, one has to understand that the voters have the right not to vote, i.e. to invalidate a ballot paper or to vote with a blank ballot (which is one of forms of ballot's annulment). Secondly, even a blank vote is a vote. A voter who annuls his/her ballot or decides not to vote at all (although he/she comes to a polling station) still participates in voting. The question arises why a voter decides to spoil his/her vote in a situation when he/she decides not to stay at home but comes to a polling station. The only reasonable explanation is that a voter spoils his/her vote because it is a kind of protest and expression of a political will or a political attitude towards the very process of recall and political subjects who participate in voting. Given the fact that they participate in the voting process, they are not absentees. Therefore, their votes have to be included in the final results.

The majority necessary for the final decision on recall has to guarantee stability of the institution of a mayor, but it should not protect the mayor from justified citizens' dissatisfaction. The stability is guaranteed in the legal provision which prescribes that a mayor can be recalled if a majority of voting citizens voted in favour of his/her recall. As a mayor can be elected by a relative majority of voting citizens, it is obvious that the condition for recalling a mayor is more rigorous than the condition for electing a mayor.²¹

20 Srpskainfo (2022). *Predsjednik RIK najavio odluku za Višegrad iduće sedmice* (the REC President announced the decision on appeals against the decisions of the Commission for conducting the recall procedure of the mayor of Višegrad), S. Popadić, 1 July 2022; <https://srpskainfo.com/predsjednik-rik-najavio-odluku-za-visegrad-iduce-sedmice-svaki-nacelnik-protiv-koga-je-pokrenut-opoziv-ima-blagi-vjetar-u-ledja/>

21 The author agrees with the opinion of the Constitutional Court of the Russian Federation that it would be unconstitutional to prescribe that a majority for recalling a mayor should be lower than the one for electing a mayor. See: Decision of the Constitutional Court of the Russian Federation No. 7-P of 2 April 2002: "In the case of assessing the constitutionality of certain provisions of the Law of the Krasnoyarsk Territory "On the procedure for recalling a

One may argue that a mayor could be recalled by votes of a relatively insignificant number of voters if a majority of voters who participated voted in favour of recall but only a small portion of voters actually voted at all. In other words, it is not necessary that more than 50% of all voters (or any other lower percentage of voters) participate in voting on recall. This could really be a problem as it raises the question of legitimacy of a recall decision. This problem could be resolved by prescribing that one-third of all voters shall take part in voting on recall (which is the case in Croatia, for example). In the author's opinion, a prerequisite for this prescription would be the provision that a mayor may be elected if the same percentage of voters (one-third or any other) takes part in direct election. It would not be justified to prescribe such a condition for the recall of a mayor if the same condition would not be concurrently prescribed for his/her election because, in that case, a mayor would be excessively protected from recall.²²

3.5. Protection of rights of citizens and political subjects

After the voting process, a local assembly has to adopt the Commission report and send its decision on adopting the report and the voting material to the Republic Election Commission (REC). The REC's duty is to control the legality of the local assembly's decision and the legality of the recall procedure. Then, the REC

deputy of a local government representative body", and the Law on the Name of the Russian Federation), http://cikrf.ru/law/decreed_of_court/pes_7p_02.html.

22 In some legal systems, it is prescribed that a certain number of voters shall take part in voting on recall, and this number has to be compared with the number of voters who participated in the elections when a mayor was elected. In Poland, for example, the turnout has to be higher than the minimum of three-fifths of the turnout in the previous local elections (Serdult, Welp, 2017:147). We may analyze how this requirement influenced the recall outcome in a particular case in Poland. In 2013, there was an attempt to recall the Mayor of Warsaw, who belonged to the nationally ruling party. Notably, the recall procedure was initiated by a small local citizens' group and the mayor of some Warsaw's boroughs. Although the initiative was later joined by some of the major opposition parties which helped collect enough signatures, the initiative was largely triggered by the civic sector. The reasons for the initiative were very specific (local infrastructure and public transport) and were not politically motivated (at least on the part of the civic sector). However, the process turned into a political battle between two largest political parties. In the end, the Mayor was not recalled although 94% of those who voted supported the recall. The recall failed for lack of sufficient voter participation: instead of the required 29% voter turnout, only 26% of voters went to the polls (Serdult, Welp, 2017:147). Such a requirement facilitates the position of those who are against the recall. They can always count on a considerable percentage of absentees who do not wish to participate in voting for different reasons (often unrelated to the recall question, mayor's policies and activities). The recall opponents do not need to embark on a serious campaign against the recall; they may simply campaign against participation, i.e. for abstention or boycott.

sends the report on the recall procedure to the Central Election Commission of Bosnia and Herzegovina, which has to control the legality of the expiration of a mayor's mandate (Article 45g EA). After that, the Central Election Commission of B&H calls a new election for a mayor.

The Election Act of the Republika Srpska prescribes the procedures for protection of rights of citizens and political subjects in general terms. However, the procedures have not been prescribed in detail in order to guarantee legal certainty. There are no legal provisions on the right of citizens and political subjects to protect their rights and the very legality of the recall procedure by filing legal remedies. These issues have been entirely regulated in the REC Rulebook.²³ It has to be noted that the Rulebook was enacted on the basis of the Election Act. As a legal act of lower legal force than the Election Act, the Rulebook has to regulate in more details those issues which have been generally regulated in the Election Act. As for legal remedies, these issues have not been regulated at all in the Election Act. The Republic Election Commission has taken over the role of the lawmaker by prescribing all procedural aspects related to legal remedies (objections complaints and appeals). For this reason, the legality of this Rulebook could be discussed.

The Commission in charge of the recall procedure decides on objections and complaints in the first instance. Voters as well as political subjects have the right to submit objections and complaints to the Commission (no later than 24 hours from the recorded violation), and the Commission is obliged to decide on the objection and complaint within the time limit of 48 hours. An appeal has to be submitted to the Republic Election Commission (REC), no later than 24 hours from the moment of receiving the first-instance decision. Acting as an appellate (second-instance) body, the REC has to render the final decision on appeal (Articles 8.4. and 8.5. of the Rulebook).

The Rulebook contains another general provision which prescribes the use of other provisions of the Election Act of Bosnia and Herzegovina, the Election Act of Republika Srpska, and the General Administrative Procedure Act wherever necessary.

In terms of administrative law, the REC decision is a final act. Neither the Election Act of Republika Srpska nor the Rulebook contain provisions on the possibility of further judicial protection of rights of voters and political subjects in administrative dispute proceedings. The Rulebook does not even mention the Administrative Disputes Act of Republika Srpska, which is a mistake of the REC which failed to envisage such a rule. It is also the mistake of the lawmaker which

²³ Rulebook on Enforcement of the Procedure of Recall of a Mayor, *Official Gazette of R.Srpska*, No. 63/22.

failed to regulate this possibility in the Election Act. Yet, given the fact that a REC decision is a final administrative act, it is obvious that an administrative dispute procedure may be initiated.

On the other hand, the question arises how the recall procedure can be terminated in the legally prescribed time limits if an administrative dispute proceeding is instigated in a competent court. Namely, Article 45a (para.1) of the Election Act stipulates that the recall procedure has to be carried out no later than 30 days from the date when a decision on starting the recall procedure entered into legal force. How should we understand the moment when the recall procedure is over? Is it the moment when voting for or against recall is over, or it is the moment when a decision on recall is final and irrevocable, i.e. can no longer be challenged in front of any body? In the author's opinion, the recall procedure is over when a decision on recall becomes final and irrevocable (as it is illogical to consider it terminated if there is still a legal possibility to challenge and revoke the voting results). Recall procedure could not be equated with voting at polling stations because voting is only one segment of the recall procedure; voting is neither the first nor the last phase of the recall procedure, which entails many actions that serve as precursors to voting. The voting *per se* does not mean that the recall procedure is over; in effect, once the voting results have been proclaimed, we still do not know if a mayor is recalled, if the results are legally valid and if the entire procedure has been legally valid.

Therefore, the time limits of recall procedure have to be explicitly defined in the Election Act. In cases where an administrative dispute has been instigated, it would be almost impossible to carry out the recall procedure within the prescribed 30-day period. Thus, the time limits have to be defined differently. In order to ensure that the recall procedure is conducted within the given time, it is necessary to explicitly prescribe that a court has to resolve an administrative dispute within a very short period. Under the Election Act, the REC has to wait for an administrative dispute to be resolved in order to finally declare whether a mayor has been recalled. If an administrative dispute lasted as long as "ordinary" administrative disputes, the recall procedure would last for months, which is clearly unacceptable. In practice, voting for or against a recall has to be organized no later than 30 days after the recall procedure has been started. In the author's opinion, this provision has to be more precise, by envisaging that voting shall be organized no later than 30 days after a local assembly has voted on the decision on recall. Thus, the legal provision would be clear and logical, while the commissions and courts would have time to act in order to protect the rights of voters and political subjects.

On the other hand, an administrative dispute may be started in front of the Appellate Department of the Court of Bosnia and Herzegovina against a decision of the Central Election Commission of Bosnia and Herzegovina. Although it is true that the Court of B&H has the duty to resolve a dispute in a very short period of time, the fact remains that two administrative disputes may be instigated on one and the same recall procedure.

Competence is another issue which is important for protection of the rights of citizens and political subjects in the recall procedure. The area of elections is a shared competence between the state and the entities. Thus, the matter is regulated by a number of legislative acts and by-laws. Among other laws, there are the Election Act of Bosnia and Herzegovina and the Election Act of Republika Srpska. On the basis of these legislative acts, different institutions enacted different regulatory acts in order to regulate many issues in more detail. The question is whether the regulatory acts enacted by the Central Election Commission of Bosnia and Herzegovina (on the basis of the Election Act of B&H) can be implemented in the recall procedure. If not, the Republic Election Commission of Republika Srpska has to enact its own regulatory acts.

In the author's opinion, the recall procedure cannot be instituted under the provisions of the Election Act of B&H. This conclusion rests on a number of arguments. Firstly, recall by its very nature cannot be understood as a sort of election in the strict sense. Although a recall may eventually result in the election of a new official (mayor), it does not necessarily have to be the ultimate outcome. The purpose of recall is not just to elect a new mayor but to evaluate the policies and deeds of a present mayor. It is an instrument of citizens' control of a mayor as directly elected official. In principle, the purpose of recall is different from the purpose of elections even though the final outcome may be the same – the election of a new official.

Secondly, the Election Act of B&H²⁴ does not regulate the institute of recall in more detail. This institute is mentioned in three provisions. First, Article 2.9 regulates the competences of the Central Election Commission of B&H, which is authorized to control the decision of the body on the cessation of mandate of an elected official by means of recall. The second and the third mention are contained in Article 3.1 and Article 3.7 which regulate the purposes of the central electoral register. As a matter of fact, these provisions do not regulate the institution of recall but some other issues, which are only of some technical importance for the recall procedure.

²⁴ The Election Act of Bosnia and Herzegovina, *Official Gazette of B&H*, No. 23/2001, 7/2002, 9/2002, 20/2002, 25/2002, 4/2004, 20/2004, 25/2005, 77/2005, 11/2006, 24/2006, 33/2008, 37/2008, 32/2010, 48/2011-CCBH, 63/2011-CBH, 18/2013, 7/2014, 31/2016, 54/2017-CCBH, 41/2020, 38/2022, 51/2022, 67/2022.

Thirdly, it is true that Article 64 of the Election Act of Republika Srpska prescribes that the Election Act of B&H shall be applied to all those issues which have not been regulated by the Election Act of Republika Srpska. However, it is explicitly prescribed that the Election Act B&H shall be applied only to the issues concerning the elections at all levels (including the local level), while the recall procedure has not been mentioned. Article 64 only refers to the application of the Election Act of B&H, and it is silent on the application of regulatory acts adopted by the Central Election Commission of B&H.

It is obvious that recall is an exclusive competence of the entities. It is a logical solution because recall is one of the segments of the local self-government system. Considering that the entities have an exclusive competence to regulate their respective local self-government systems, they are fully entitled to regulate the issue of recall.

4. Should a local assembly be punished in case of an unsuccessful recall?

What happens if recall is unsuccessful, i.e. in case a majority of voters do not vote in favour of a mayor's recall and he/she remains in office? From the theoretical and comparative law perspective, there are three possible outcomes. The first outcome is that both institutions (the local assembly and the mayor) will continue with their work. The second outcome is prescribed in Article 152 of the Local Self-government Act of Republika Srpska,²⁵ which envisages that, acting on the proposal of the Government of Republika Srpska, the National Assembly of Republika Srpska may dissolve a local assembly if citizens' voting did not result in the recall of a mayor. The third outcome may be that a local assembly shall be automatically dissolved.

The legal solution which has been accepted in Republika Srpska is not a good one. One has to understand the political context of a recall. In the author's opinion, the local self-government system has been envisaged in such a way that it gives wide competences and political power to the two local institutions (the mayor and the local assembly), which both claim the widest possible democratic legitimacy. In such a system, political confrontation of these institutions is quite possible, particularly in case of cohabitation. The confrontation occurs for different reasons, the most important being the fact that both institutions are elected directly as well as the fact that an assembly majority is almost always multiparty and relatively or potentially unstable. In case of cohabitation, the assembly majority tries (whenever possible) to get rid of a mayor who belongs to a political party which forms a minority in a local assembly. Therefore, recall

²⁵ Local Self-government Act of Republika Srpska, *Official Gazette of R.Srpska*, No. 97/16, 36/19, 61/21.

is most frequently initiated for pure political reasons, i.e. the endeavour of an assembly majority to institute “its own mayor”, who belongs to one of political parties from the majority.

If a local assembly has misinterpreted the citizens’ political will by wrongly estimating that they are willing to recall a mayor, the assembly has to be “punished”. The purpose of this “punishment” is to prevent the local assembly from making a decision on recall easily, without serious deliberation on the reasons for recall and consequences. If a local assembly wants to recall a mayor only for political reasons (i.e. for belonging to an opposition political party), such a recall would not be justified because it disregards the purpose of this democratic institution. Even if a local assembly has other reasons for a decision to start a recall procedure, it has to be “punished” for wrong assessment of the popular will. This conclusion rests on the fact that the law has to guarantee stability to both institutions and to give a chance to voters to control them. Therefore, the easily triggered recall procedure has to be prevented or at least aggravated.

The existing legal solution in Republika Srpska prioritizes a local assembly whose majority belongs to the same party or parties which have a majority in the National Assembly. It is highly improbable that the latter would dissolve the former when the same political party or parties have a majority in both institutions. It may be illustrated by the most recent case of the City of Bijeljina. Although the citizens rejected the idea to recall the Mayor of Bijeljina with almost 70% of votes (which means that the majority in the Assembly of the City of Bijeljina made a gross political error in assessing the citizens’ will), the National Assembly has never discussed the possibility to dissolve the City Assembly because the Government of Republika Srpska has never made such a proposal. The reason is quite obvious: the same political party is in power at the level of Republika Srpska and in the Assembly of the City of Bijeljina.

5. Conclusion

The institute of recall has a great democratic potential and it has to be preserved in both local self-government systems in Bosnia and Herzegovina. The current legal provisions do not guarantee that recall would not be used as a means for resolving political conflicts between political parties, which has already happened many times in the past. In order to protect citizens from political manipulations and misuse of the institute of recall, it is necessary to amend relevant legal provisions contained in the Election Act and the Local Self-government Act of Republika Srpska. In particular, it is important to envisage guarantees which would protect the citizens as well as a mayor from easily instituted recall procedure. As shown in this paper, the current legislation does not provide adequate

safeguards for the protection of the rights of voters and political subjects in the recall procedure.

Although legal improvements are necessary, it has to be stressed that the appropriate use of this democratic institutions largely depends on development of the democratic participatory political culture, the civic engagement and the envisaged limitations on the monopoly of political parties over political processes. If there is no political and social awareness about the importance of the institute of recall and the methods of its use, even the best legal provisions cannot guarantee an efficient and meaningful role of citizens in the process of control of elected officials.

References

Bouvier, J. (2012). Local Government in Belgium, in: A.-M. Moreno (ed.), *Local government in the Member States of the European Union: a comparative legal perspective*, National Institution of Public Administration, Madrid, 2012;

Council of Europe (2014). Structure and Operation Report of Local and Regional Democracy, Romania, February 2014; <https://rm.coe.int/16807471c6>

European Commission for Democracy through Law/Venice Commission (2019). *Report on the Recall of Mayors and Local Elected Representatives*, CDL-AD(2019)011rev, Venice, 21/22 June 2019; [https://www.venice.coe.int/web-forms/documents/default.aspx?pdf=CDL-AD\(2019\)011rev-e](https://www.venice.coe.int/web-forms/documents/default.aspx?pdf=CDL-AD(2019)011rev-e);

Marković, G. (2021). *Ustavni lavirint. Aporije ustavnog sistema Bosne i Hercegovine* (The Constitutional Labyrinth: Aporias of the B&H constitutional system), *Službeni glasnik*, Beograd 2021;

Moreno, A.-M.(ed.) (2012). *Local government in the Member States of the European Union: a comparative legal perspective*, National Institution of Public Administration, Madrid 2012;

Schefold, D. (2012). Local Government in Germany, in: A.-M. Moreno (ed.), *Local government in the Member States of the European Union: a comparative legal perspective*, National Institution of Public Administration, Madrid 2012;

Serdult, U., Welp, Y., (2017). The Levelling Up of a Political Institution: Perspectives on the Recall Referendum“, in: S. P. Ruth, Y. Welp, L.Whitehead (eds.), *Let the People Rule? Direct Democracy in the Twenty-First Century*, ECPR Press, Colchester 2017;

Stanković, M. (2015). *Lokalna samouprava u Srbiji. Prošlost, sadašnjost, budućnost* (Local self-government in Serbia), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015;

Welp, Y. (2018). Recall referendum around the world: origins, institutional designs and current debates, in: L. Morel, M. Qvortrup (eds.), *The Routledge Handbook to Referendums and Direct Democracy*, Routledge 2018;

Legal acts

Izborni zakon Bosne i Hercegovine (Election Act of B&H), *Službeni glasnik BiH*, br. 23/2001, 7/2002, 9/2002, 20/2002, 25/2002-ispr., 4/2004, 20/2004, 25/2005, 77/2005, 11/2006, 24/2006, 33/2008, 37/2008, 32/2010, 48/2011-odluka US, 63/2011-odluka US, 18/2013, 7/2014, 31/2016, 54/2017-odluka US, 41/2020, 38/2022, 51/2022 i 67/2022.

Izborni zakon Republike Srpske (Election Act of Republika Srpska), *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 34/2002, 24/2004, 101/2004-dr.zakon, 19/2005, 24/2012, 94/2012- odluka USBH, 109/2012, 45/2018, 18/2020.

Zakon o lokalnoj samoupravi Republike Srpske (Local Self-government Act of Republika Srpska), *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 97/16, 36/19, 61/21.

Zakon o lokalnoj i područnoj/regionalnoj samoupravi (Local and Regional Self-government Act), *Narodne novine Republike Hrvatske*, br. 33/01, 60/01, 129/05, 109/07, 125/08, 36/09, 36/09, 150/11, 144/12, 19/13, 137/15, 123/17,98/19, 144/20.

Pravilnik o sprovođenju postupka opoziva načelnika grada/opštine (Rulebook on the Procedure for Recalling a Mayor), *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 63/22.

Decision of the Constitutional Court of the Russian Federation No. 7-P of 2 April 2002: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 2 апреля 2002 года № 7-П “По делу о проверке конституционности отдельных положений Закона Красноярского края “О порядке отзыва депутата представительного органа местного самоуправления” и Закона Именем Российской Федерации (Decision of the Constitutional Court of the Russian Federation No. 7-P of 2 April 2002: “In the case of assessing the constitutionality of certain provisions of the Law of the Krasnoyarsk Territory “On the procedure for recalling a deputy of a local government representative body”, and the Law on the Name of the Russian Federation), http://cikrf.ru/law/decreed_of_court/pes_7p_02.html.

Online sources

Srpskainfo (2020). *Predsjednik RIK najavio odluku za Višegrad iduće sedmice...* (the REK President announced the decision on six appeals against the first-instance decisions of the Commission for conducting the recall procedure of the mayor of Višegrad), S. Popadic, 1 Jul 2022; <https://srpskainfo.com/predsjednik-rik-najavio-odluku-za-visegrad-iduce-sedmice-svaki-nacelnik-protiv-koga-je-pokrenut-opoziv-ima-blagi-vjetar-u-ledja/>

*Др Горан Марковић,
Редовни професор,
Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву,
Пале, Република Српска, БиХ*

О ОПОЗИВУ НАЧЕЛНИКА ОПШТИНЕ И ГРАДОНАЧЕЛНИКА У РЕПУБЛИЦИ СРПСКОЈ

Резиме

Аутор анализира институт опозива начелника општине и градоначелника у правном систему Републике Српске. Сврха рада је критичко сагледавање законских одредаба два закона – Изборног закона Републике Српске (којим се скоро у цијелости уређује ова материја) и Закона о локалној самоуправи Републике Српске.

Аутор сматра да институт опозива има озбиљан демократски потенцијал јер је инструмент политичке контроле начелника општине/градоначелника од стране грађана. Начелник/градоначелник има значајна овлашћења јер је носилац цијелокупне извршне власти, коју не дијели са колегијалним органом. Осим тога, грађани га бирају релативном већином, на једнокружним изборима, а исто лице може бити бирано на ову функцију више пута узастопно. Скупштина општине односно града ограничава начелника односно градоначелника у вршењу извршне функције, али су могућности тог ограничавања скучене и махом се односе на случајеве кохабитације. У сваком случају, скупштина не може разријешити начелника/градоначелника, већ само може покренути поступак опозива.

Међутим, законске одредбе ограничавају демократски потенцијал опозива јер не подстичу грађане да користе овај инструмент политичке контроле. Иако 10% грађана уписаних у бирачки списак може иницирати покретање поступка опозива, поступак не мора бити покренут, јер одлуку треба да донесе скупштина општине/града. Ово рјешење није одговарајуће и требало

би прописати да скупштина може донијети одлуку о покретању поступка опозива ако то захтијева између десет и 15% грађана, а да ту одлуку мора донијети ако поступак опозива иницира 15% и више грађана.

Изборни закон Републике Српске садржи релативно велики број разлога за покретање поступка опозива, али они се углавном односе на случајеве када начелник/градоначелник не врши своје надлежности, не спроводи одлуке чије извршавање му је стављено у задатак или наноси штету општини/граду својим радом. Нема изричите одредбе по којој поступак опозива може бити инициран и када грађани или скупштина нису задовољни политиком начелника/градоначелника, што би требало да буде случај.

Поступак опозива спроводи комисија коју именује скупштина општине/града. Одредбе о њеном саставу су штуре и нема никаквих ограничења да већина у скупштини општине/града именује чланове који ће бити њени политички истомишљеници. Комисија треба да стручна а скупштинска већина и мањина треба да имају једнака права приликом именовања њених чланова, како би изгледи за контролом законитости поступка опозива били што већи.

Изборни закон Републике Српске не садржи задовољавајуће одредбе о заштити права грађана и политичких субјеката у поступку опозива, те треба напоменути да је ова тема релативно нерегулисана или недовољно уређена.

Конечно, Закон о локалној самоуправи Републике Српске штити локалну скупштину која покреће неуспјешну процедуру опозива јер не постоји законска гаранција да ће таква локална скупштина бити распуштена. Законом о локалној самоуправи треба прописати да ће скупштина општине/града бити распуштена уколико начелник општине/градоначелник не буде опозван.

Кључне ријечи: *опозив, Начелник општине, Градоначелник, Скупштина општине/града, Локална самоуправа, Изборни закон Републике Српске.*

Dragoljub Todić, LL.D.,*

Full Professor,

Institute of International Politics and Economics, Belgrade

Republic of Serbia

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

10.5937/zrpfno-46293

UDK: 340.137:349.6(100:497.11)

Рад примљен: 01.09.2023.

Рад прихваћен: 25.10.2023.

THE GLOBAL PACT FOR THE ENVIRONMENT: ELEMENTS OF CODIFICATION OR/AND A NEW INTERNATIONAL AGREEMENT**

Abstract: *The paper explores the relationship between the Draft Global Pact for the Environment (the Global Pact) and relevant international documents (declarations and international environmental agreements) and the legislation of Republic of Serbia (RS). The first part of the article provides a survey of the contents of the Global Pact, pointing to the significance of the international environmental law principles included in this document. The next part of the paper discusses the relationship between the Global Pact principles and RS legislation, with specific reference to the relationship between the Global Pact and the right to a (healthy) environment. The author concludes that the norms of the Global Pact and those of the international environmental agreements and RS domestic laws coincide to a great extent. Apart from the intentions to codify environmental law principles, the Global Pact also introduces some new principles whose contents and scope should be analysed in detail.*

Keywords: *Global Pact for the Environment, international environmental agreements, right to (healthy) environment, environmental law principles, Republic of Serbia.*

* dtodic@ymail.com

** The paper presents the findings of the study developed as a part of the research project "Serbia and Challenges in International Relations in 2021", financed by the Ministry of Education, Science, and Technological Development of the Republic of Serbia, and conducted by Institute of International Politics and Economics, Belgrade.

** The paper was presented under the same title in the form of a report at the International Scientific Conference: "Sustainable Recovery in Post-pandemic Era – Green Economy Challenges", organized by the Institute of Social Sciences (Center for Economic Research) Belgrade (Serbia), the Institute for Sociological, Political and Juridical Research, Ss. Cyril and Methodius University in Skopje (Republic of North Macedonia), and the International Labor Organization (ILO), Belgrade, 7-8 December 2021.

1. Introduction

The current state of affairs in environmental law and the dynamics of changes in the causes and effects of the current situation point, among other things, to the problems in the functioning of the adopted regulations and the need to upgrade them. The problems observed long ago in the functioning of the system of legal norms have made numerous debates on possible ways to improve the system highly topical. Various ideas are being discussed, including the adoption of a new document which would strengthen the role of environmental law and clarify some open questions. In that context, the efforts of the experts gathered round the project of drafting an international treaty on this matter resulted in the creation of the Draft Global Pact for the Environment (Global Pact for the Environment, 2017), which was presented in the UN in 2017. As a follow-up activity, in May 2018, the UN General Assembly adopted its resolution “Towards a Global Pact for the Environment” (UNGA Resolution A/RES/72/277, 2018a). As provided in the Resolution, an intergovernmental working group was established with the aim to discuss the possibility of opening negotiations on the adoption of an agreement which should include all general principles of international environmental law in one place. In May 2019, the intergovernmental working group finished its work and adopted several recommendations which were officially supported by the UN General Assembly in August 2019. However, contrary to the expectations of a part of expert audience, the working group recommended that a “political declaration” should be made not requesting the principles of international environmental law to be codified (de Lassus St-Geniès, 2020). Yet, regardless of what will happen with the document, the idea on building up the environmental legal system through the adoption of a new document is seriously conceptually founded (Aguila, Vinuales, 2019).

In this context, the goal of this paper is twofold. First of all, it stresses the significance of the problems in the environmental legal system and especially those being present in the international field. It also points to a possible contribution of the Global Pact for the Environment in overcoming those problems. The second goal is to identify (principally) the points which coincide and differ in the contents of the norms envisaged in the Global Pact and international and domestic sources of law. The paper analyses the instruments of soft law which the Global Pact directly recalls: the Stockholm Declaration on Human Environment (1972), the World Charter for Nature (1982), and the Rio Declaration (1992).¹ The author has selected some global international agreements created in several stages of the development of contemporary international environmental law (since

1 The Global Pact also recalls the Sustainable Development Goals adopted by the UN General Assembly on 25 September 2015, while international agreements mentioned in the document are UNFCCC and CBD.

1985 to the present days) as the basis for analysis and discussion. These eight agreements are: The Vienna Convention on Substances that Deplete the Ozone Layer (VC); the Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal (BC); the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC); the Convention on Biological Diversity (CBD); the United Nations Convention to Combat Desertification in those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, particularly in Africa (UNCCD); the Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses (CLNNUIW); the Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants (POPs); and the Minamata Convention on Mercury (MCM). The texts of all international agreements have been retrieved from the UN depository of international treaties, (Chapter XXVII: Environment)². The paper also explores the contents of the norms of the Global Pact for the Environment (2017)³ concerning the formulation of the right to a (healthy) environment from Article 1 of the Global Pact. Finally, the norms included in the Global Pact are compared to those contained in the RS legislation (the Act on Environmental Protection and the Constitution of the RS).

By applying the comparative method, the article explores the principles included in the Global Pact and their presence in some relevant sources of international and domestic law.⁴ The basis of the analysis includes an attempt to give arguments in favour of the thesis that the Global Pact encompasses all most important principles of environmental law adopted so far, and introduces some new principles as well. Based on the results of the analysis, the author discusses how the contents of the Global Pact can possibly affect its (potential) codification or the progressive development of environmental law.⁵

2 UN Treaty Collections (2023). Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, CHAPTER XXVII: Environment; https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=27&subid=A&clang=_en (accessed 1 September 2023. Due to the limited scope of this paper, the analysis does not include a number of global international agreements and regional international agreements, some of which could be rather relevant for the discussion.

3 Global Pact Environment.org (2017). Draft Global Pact for the Environment, Preliminary Draft of the group of experts, 2017; <https://globalpactenvironment.org/uploads/EN.pdf>

4 Aguila and Vinuales (2019: 192-281) make a detailed survey of international law norms which are relevant (or could be relevant) for the corresponding norms from the Global Pact. It seems sensible to interpret, in a broader philosophical and conceptual sense, the connection between some norms included in the international documents which the authors point to and the norms included in the Global Pact. However, the reliability of their legal character remains disputable.

5 The paper does not particularly deal with the “codification” and “progressive development” but it takes the definitions given by the International Law Commission for the basic meaning of these concepts. According to Article 13, paragraph (1) (a) of the UN Charter, the General Assembly shall initiate studies and make recommendations for the purpose of: a) promoting

2. Literature overview

The discussion on the Global Pact for the Environment should be considered in the context of the general framework of international environmental law whose characteristics are clearly defined in comparative law as problem-based and time-based categories. In that sense, the existing architecture of environmental norms are analysed in relevant literature by applying various criteria. In the past fifty years, global environmental problems have been presented in the way that they have become recognisable and basically generally accepted (Shaw, 2014: 613-654). The role of various subjects (right-holders and duty-bearers) has also been recognised in resolving some problems where, apart from states, an increasingly important role is played by some international organisations, particularly those within the UN system (Todić, 2018: 120-140). Historically, the principles of the Stockholm Declaration on Human Environment (1972), the World Charter for Nature (1982), and the Rio Declaration on Environment and Development (1992) are taken as conceptual foundations of contemporary environmental law that the Global Pact leans on. Recently, the Sustainable Development Agenda (UNGA, 2015) and other related documents have been more and more frequently added to this. The Global Pact considerably reminds of these documents by its form and contents, thus presenting a sort of upgrading and modernising of the principles included in the documents of the so-called soft law. Considering it in this way, it is hard to deny the opinion that the Global Pact has come out as a “logical result” of the half-a-century-long development of contemporary international environmental law (Aguila, 2020). One of the issues that characterises the debates on environmental law is the efficiency of norms of international environmental law (Todić, 2017; des Club des jurister, 2015). It is partly a build-up of the more general issue which deals with the implementation and instruments for ensuring the consistent implementation of laws. Although these debates partly lean on the debates on the characteristics of international law as a whole, a considerable part of debates focus on the gaps in international environmental law and the possibilities of overcoming them (UNGA Report, 2018b). Voigt (2019: 20-23) considers the possibility of overcoming the gaps, first of all, within the context of redefining the meaning of “principles” (pointing

international cooperation in the political field and encouraging the progressive development of international law and its codification. The progressive development of international law encompasses the drafting of legal rules in fields that have not yet been regulated by international law or sufficiently addressed in State practice. In contrast, the codification of international law refers to the more precise formulation and systematization of rules of international law on subjects that have already been extensively covered by State practice, precedent and doctrine (UN Legal (2023): Codification and Progressive Development of International Law, the Codification Division of the United Nations Office of Legal Affairs; <https://legal.un.org/cod/>, accessed 11 January 2022).

at the same time to the difficulties and problems in codifying principles); then, Voigt elaborates in detail on five “other ways” for overcoming the gaps.⁶ This also includes some questions pertaining to eliminating the problems generated by the specific features of some legal systems (horizontal and vertical) and the need to bring them into accord. Many authors point to the need of the so-called defragmentation of the whole system in this field.

In the philosophical sense, the significance of environmental law principles is not unambiguous; thus, this issue is the subject matter of debates that tend to be considerably polarized. Apart from establishing a list of principles which could be considered generally accepted, the nature of rights and duties resulting from a principle could have a deeper meaning in the context of legal philosophy. Paradell-Trius (2000) points to the legal nature of principles, stressing at the same time the need to understand the social conditions under which principles are created; he also points to the functions, effects and the role of principles as well as to the creation and identification of environmental law principles. Describing the general principles and rules of international environmental law, the way they reflect in international agreements, binding documents of international organisations, practice of states and the so-called soft law, Sands *et al.* (2012) particularly discuss the following principles: sovereignty over natural resources and responsibility not to cause transboundary environmental harm, the preventive principle, the principle of co-operation, the principle of sustainable development, the precautionary principle, the polluter pays principle and the principles of common but differentiated responsibilities (Sands, Peel, Fabra, MacKenzie, 2012: 187). The Global Pact has “the potential to clarify, consolidate, and legalize principles of international environmental law that now appear in hundreds of agreements and declarations. Perhaps more importantly, it also promises normative coherence for the international legal system as a whole.” (Young, 2018).

Kotzé and French (2018) put their approach in the context of the dilemma whether this is “a stillborn initiative” or the “Anthropocene law” (Kotzé, French, 2018: 814). They analyse the contents of the document by critically considering some norms, which they have arranged into groups as follows: the right to an ecologically sound environment (Article 1 GP), the duty to take care of the envi-

6 They include: 1) support to better co-ordination and synergy of various international agreements; 2) the Global Pact form as a framework or roofing document, aimed at putting together different agreements (by the subject matter of regulation and geographic scope) under a common vision of international environmental law for the Anthropocene; 3) overcoming the implementation weaknesses; 4) the role of the Global Pact as a mediator between international environmental law and international law in other fields; and 5) the role of the Global Pact in the future challenges and technologies which are not included in international treaty law (Voigt, 2019: 15-17)

ronment (Art. 2 GP), integration and sustainable development (Art. 3 GP), “more from the same” (Articles 5-8 GP), the role of non-state actors and subnational entities (Art. 14 GP), effectiveness of environmental norms (Art. 15 GP), and resilience (Art.16 GP). It is not clear why the authors have included the norms on global co-operation, armed conflicts, the principle of common but differentiated responsibilities, monitoring and implementation (the issues of fundamental importance) as well as the norms of technical/procedural nature (the role of the Secretariat, signature and ratification, coming into force, denunciation and depositary) under the subtitle “Miscellaneous” (Kotzé, French, 2018: 832).

Responding to the question on the need to adopt the Global Pact, Tigre (2000) points to the fact that the changes in the Earth system denote the appearance of a distinct new geological era in the Earth history. The Earth is moving towards the period of instability as a result of the global footprint left by people in the biosphere. The opinion prevails that the mankind has become a geological factor like a volcano or a meteor, being capable of changing the Earth and its systems (Tigre, 2000: xxiv). Similar to Kotzé, Tigre indicates the significance of the environmental changes which have occurred within the Anthropocene. The Anthropocene moving towards the creation of a new cognitive framework offering an opportunity for the re-examination and re-thinking of legal interventions that could best respond to the present global socio-ecological crisis (Tigre, 2000: xxiv). Kenig-Witkowska (2018) particularly points out the significance of the first two articles of the Draft Global Pact recognising that their formulation has enabled “codification” of the right to an ecologically sound environment and the duty to take care of the environment (Kenig-Witkowska, 2018: 15). These norms are two pillars of the Global Pact which set the foundation for numerous “horizontal principles” that have already been established in environmental law. The Global Pact further provides a comprehensive list of rights and duties of general and procedural nature, as well as the leading public policy principles. Therefore, the position taken by of Kenig-Witkowska may not seem pretentious as she concludes that the Global Pact provides the foundation which to be recognised as the third generation of codification on human rights.

3. Research

By its form, the Global Pact for the Environment looks like an international agreement; it is structured in 26 articles and the Preamble, which contains 11 paragraphs.⁷ The Global Pact formulates the rights and duties relating to the

⁷ The Preamble of the Global Pact recalls, among other things, a broader context and key issues of contemporary international environmental law. It connects it with the existing sources of international environmental law recalling them and pointing to their significance. Also, it recognises the commitment to the goals to pursue sustainable development which

following issues: right to an ecologically sound environment (Art.1); duty to take care of the environment (Art.2); integration and sustainable development (Art.3); intergenerational equity (Art.4); prevention (Art.5); precaution (Art.6); environmental damages (Art.7); polluter-pays system (Art.8); access to information (Art.9); public participation (Art.10); access to environmental justice (Art.11); education and training (Art.12); research and innovation (Art.13); role of non-state actors and subnational entities (Art.14); effectiveness of environmental norms (Art.15); non-regression (Art.16); resilience (Art. 17); cooperation (Art.18); armed conflicts (Art.19); diversity of national situations (Art.20); and monitoring the implementation of the Pact (Art.21). The remaining five articles of the Pact regulate the functioning of the Secretariat (Art.22), signature, ratification, acceptance, approval, accession (Art.23), coming into force (Art.24), denunciation (Art.25), and deposition (Art.26).

Table 1 (below) provides a comparative survey of articles of the Global Pact and key corresponding articles of the three declarations explicitly recalled in the Global Pact, as well as relevant global international environmental agreements and the Republic of Serbia legislation.

Table 1: Global Pact and Declarations, Global Environmental Treaties and Serbia

Global Pact for the Environment	Declarations	International Environmental Treaties	R. Serbia
Article 1 - Right to an ecologically sound environment	SD, RD	VC, BC, UNFCCC, CBD, WC, MC (human health, subject of protection)	Art. 74 Con RS Art. 1 EPA
Article 2 - Duty to take care of the environment	SD, WCN, RD,	UNCCC, CBD	Art. 74 Con RS
Article 3 - Integration and sustainable development	RD	UNCCC, CBD, UNCCD, WC, SC, MC	Art. 9 EPA
Article 4 - Intergenerational Equity	SD, RD	UNCCC	Art. 9 EPA
Article 5 - Prevention	SD, WCN, RD	VC, BC, WC, UNCCD, UNCCC, CBD, SC, MC	Art. 9 EPA

were established by the UN General Assembly on 25 September 2015; it considers in particular the urgency to tackle climate change and recalls the objectives set by the United Nations Framework Convention on Climate Change and the Paris Agreement, etc.

Article 6 - Precaution	WCN, RD	VC, UNCCC, CBD, SC	Art. 9 EPA
Article 7 - Environmental Damages	SD, RD	BC, CBD, UNCCC, SC	Art. 105, 107 EPA
Article 8 - Polluter-Pays	SD, WCN, RD	SC	Art. 9 EPA
Article 9 - Access to information	SD, RD	UNCCC, CBD, UNCCD, SC, MC	Art. 74 Con Art. 9 EPA
Article 10 - Public participation	WCN, RD	UNCCC, CBD, UNCCD, MC	Art. 9 EPA
Article 11 - Access to environmental justice	RD	WC	Art. 9 EPA
Article 12 - Education and training	SD, WCN, RD	UNCCC, CBD, UNCCD, SC, MC	Art. 6, 55, 65 EPA
Article 13 - Research and innovation	WCN, SD, RD	VC, BC, UNCCC, CBD, UNCCD, MC	Art. 6,12,14, 55, 90v EPA
Article 14 - Role of non-State actors and subnational entities	RD	VC, BC, UNCCC, CBD, UNCCD, WC, SC, MC	Art. 7, 9 EPA
Article 15 - Effectiveness of environmental norms	SD, RD	MC	
Article 16 - Resilience			
Article 17 - Non-regression			
Article 18 - Cooperation	SD, WCN, RD	VC, BC, UNCCC, CBD, UNCCD, WC, SC, MC	Art. 8 EPA
Article 19 - Armed conflicts	SD, WCN, RD		
Article 20 - Diversity of national situations	SD, RD	VC, BC, UNCCC, CBD, UNCCD, WC, SC, MC	

Sources: UN, 1973; UN, 1982; UN, 1992 (table prepared by the author, 2023).⁸

8 *Abbreviations:* SD–Stockholm Declaration, WCN–World Charter for Nature; RD – Rio Declaration. VC–Vienna Convention on Substances that Deplete the Ozone Layer, BC–Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal; UNCCC–UN Convention on Climate Change, CBD–Convention on Biological Diversity, UNCCD–UN Convention to Combat Desertification, WC–Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses, SC– Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants (POPs), MC–Minimata Convention on Mercury; EPA–Environmental Protection Act of the RS (2004), Con RS–Constitution of the RS (2006).

4. Discussion

4.1. Connections between the Global Pact, declarations and international environmental agreements

First of all, one can instantly note that the Stockholm Declaration on Human Environment (1972), the Rio Declaration on Environment and Development (1992), and the World Charter for Nature (WCN) contain, in different ways, most principles included in the Global Pact.

The situation is similar with the contents of the analysed international agreements. In some of these agreements, the connection with the Global Pact principles is achieved by directly recalling relevant declarations (usually in the preamble to the agreement), while some of agreements stress the special significance of some principles in their operating parts.⁹ Thus, for example, in its preamble, the Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal recalls the Stockholm Declaration (1972) and some other relevant documents which deal with waste management as well as the World Charter for Nature (1982). In its preamble, the Vienna Convention on Substances that Deplete the Ozone Layer recalls the Stockholm Declaration on Human Environment (1972)¹⁰, referring in particular to principle 21 envisaged therein which entails the sovereign right of states to exploits their own resources provided that some conditions have been fulfilled.

Apart from recalling the Stockholm Declaration, the preamble to the 1992 UN Framework Convention on Climate Change (UNFCCC)¹¹ formulates several principles in a specific way. Article 3 (Principles) of the Convention obliges the State Parties to protect the climate system “for the benefit of present and future generations of humankind” The principle of “common but differentiated responsibilities and respective capabilities” is taken as a sort of corrective measure to reach “equity” of the parties to the agreement (Art.3, Principle 1). Accordingly, developed countries should take the lead in combating climate change and its adverse effects. The State Parties should take precautionary measures to anticipate, prevent or minimise the causes of climate change and mitigate its adverse effects. (Art.3, Principle 3). The parties have a right to, and

9 All international agreements which have been analysed contain different provisions that correspond to most principles mentioned in the Global Pact. However, for the recognition of the presence of several principles contained in the Global Pact, a much more detailed analysis should be done (which primarily refers to Articles 11, 16, 17 and 19 of the GP).

10 the Stockholm Declaration on Human Environment (1972), <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/29567/ELGP1StockD.pdf>

11 UN Framework Convention on Climate Change (UNFCCC, 1992) https://unfccc.int/files/essential_background/background_publications_htmlpdf/application/pdf/conveng.pdf

should, promote sustainable development. Policies and measures to protect the climate system against human-induced change should be appropriate for the specific conditions of each party and should be integrated with national development programmes, taking into account that economic development is essential for adopting measures to address climate change (Art.3, Principle 4). The parties should co-operate to promote a supportive and open international economic system that would lead to “sustainable economic growth” in all parties, particularly developing countries (Art.3, Principle 5 UNCCC).

The Convention on Biological Diversity (CBD, 1992)¹² contains a separate article titled “Principle” which provides that “states have the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their environmental policies”, provided that they do not cause environmental damage to others (Article 3 CBD). The Global Pact indirectly recalls several other principles contained in the Convention (e.g. sustainable development, conservation, maintenance and recovery, etc.).

In its preamble, the UN Convention to Combat Desertification in those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, particularly in Africa (UNCCD)¹³ recalls Principle 2 of the Rio Declaration (the sovereign right of states to exploit their own resources). In the operative part, Article 3 (“Principles”) of the Convention prescribes the duty of the State Parties to ensure the principle of the participation of populations and local communities in making decisions on the design and implementation of programmes to combat desertification and/or mitigate the effects of drought (Art. 3 a) UNCCD). In a spirit of international solidarity and partnership, Parties should improve co-operation and co-ordination at all levels (subregional, regional and international), by focusing on more efficient distribution of financial, human, organisational and technical resources “where they are needed” (Art.3 b). The Parties should develop co-operation at all levels of government for the purpose of “establishing a better understanding of the nature, the value of land and scarce water resources in affected areas” and achieving “sustainable use” of natural resources (Art.3 c). In particular, the Parties should “take into full consideration” the special needs and circumstances of affected developing countries, particularly the least developed among them” (Art.3 d). The Convention also prescribes the obligation of states to co-operate in good faith and in the spirit of global partnership (Article 18) as well as the obligation to take into account “diversity of national situations” (Article 20 UNCCD).

12 The Convention on Biological Diversity (CBD, 1992), <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-en.pdf>

13 UN Convention to Combat Desertification in those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, particularly in Africa (UNCCD, 1994); https://catalogue.unccd.int/936_UNCCD_Convention_ENG.pdf

In its preamble, the Convention on the Right of Non-Navigational Uses of International Watercourses (CLNNUIW, 1997)¹⁴ recalls the principles of the Rio Declaration and the Agenda 21 for global action. In its operating section, the Convention contains a separate part that includes “general principles” (Articles 5-10). Article 5 envisages the “equitable and reasonable utilisation” and participation of State Parties in equitable and reasonable use, development and protection of international watercourses”, including the obligation to enter into consultations and cooperate in their protection and development (Art. 5). In addition to specifying the criteria for equitable and reasonable utilization (Art. 6), the Convention also prescribes the obligation not to cause significant harm (Art.7), to facilitate co-operation (Art. 8), and to exchange of data and information regularly (Art. 9 CLNNUIW).

The preamble of the Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants (POPs, 2004)¹⁵ recalls the Rio Declaration (Principles 7 and 16, in particular), stressing the significance of the international law principles within which states have the sovereign right to exploit their own resources assuming the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other states or of areas beyond the limits of national jurisdiction (Preamble § 10 of the POPS). Pursuant to Article 1 of the POPS, the objective of this Convention is to protect human health and the environment from persistent organic pollutants, which is based on the “precautionary approach” set forth in Principle 15 of the Rio Declaration on Environment and Development (1992).

In its preamble, the Minamata Convention on Mercury (MCM, 2013)¹⁶ recalls the Rio Declaration, particularly stressing the principles of common but differentiated responsibility, the States’ respective circumstances, and the need for global action (Preamble § 4 of the MCM).

4.2. Connections between the Global Pact and the legislation of the Republic of Serbia

Before discussing the relationship between the contents of the Global Pact for the Environment and the RS legislation, it should be noted that that Serbia is a

14 the UN General Assembly Convention on the Right of Non-Navigational Uses of International Watercourses (CRNNUIW, 1997); https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/8_3_1997.pdf

15 the Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants (POPs, 2001); https://treaties.un.org/doc/Treaties/2001/05/20010522%2012-55%20PM/Ch_XXVII_15p.pdf

16 the Minamata Convention on Mercury (MCM, 2013); <https://treaties.un.org/doc/Treaties/2013/10/20131010%2011-16%20AM/CTC-XXVII-17.pdf>

state party to key international environmental agreements which are significant for the Global Pact. In the last two decades, the Republic of Serbia has made considerable efforts to develop the environmental law system which would be in line with EU law (Todić, 2021a; Vukasović, Todić, 2021). In that regard, a large number of domestic laws should be examined in detail but, in this article, we will focus on the key legislative act in this field: the Environmental Protection Act of the RS.¹⁷

The Environmental Protection Act contains the fundamental legal provisions which are largely in accord with the contemporary environmental law trends. The principles of environmental protection are set forth in a separate article (Article 9 of the EPA) but they can also be found in some other articles. Article 9 of the EPA specifies eleven environmental protection principles: 1) the principle of integration; 2) the principle of prevention and precaution; 3) the principle of preservation of natural values; 4) the principle of sustainable development; 5) the principle of polluter's and the legal successor's liability; 6) the "polluter pays" principle; 7) the "user pays" principle; 8) the principle of subsidiary liability; 9) the principle of incentive measures' application; 10) the principle of public information and participation; and 11) the principle of protection of the right to healthy environment and access to judiciary. One can instantly note that the principles defined in such a way correspond to Articles 1, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10 and 11 of the Global Pact although there are some differences in the way the contents of some of the provisions are formulated. The EPA provisions are also related to some other provisions of the Global Pact. For example, the norms relating to environmental damages set forth in Article 7 of the Global Pact can be found in the provisions of Articles 105-107 of the EPA. The provisions of Article 12 of the Global Pact (relating to education) can be found in several articles of the EPA (Articles 6, 12, 14 and 65); the provision of Article 13 of the Global Pact (on scientific research) is included in Articles 6, 12, 14, 55 and 90v of the EPA; the provision of Article 14 of the Global Pact (on the role of non-state actors) is included in Articles 7 and 9 of the EPA. As for other Global Pact articles, a more exhaustive assessment on the correspondence of the Serbian legislation with the provisions set forth in the Global Pact can be given only after performing a detailed analysis of the EPA and related regulations. In particular, it refers to the General Pact provisions relating to effectiveness of norms (Article 15), resilience (Article 16), non-regression (Article 17), armed conflicts (Article 19), diversity

17 the Environmental Protection Act (EPA), *Official Gazette of the Republic of Serbia*, no.135/2004, 36/2009, 72/2009–other law, 43/2011, 14/2016, 76/2018, 95/2018–other law); <https://www.zzps.rs/wp/pdf/zakoni/LAW%20ON%20ENVIRONMENTAL%20PROTECTION.pdf>

of national situations (Article 20), and monitoring of the implementation of the Pact (Article 21 GP).

4.3. Right to healthy environment

As already mentioned, the two fundamental “pillars” of the Global Pact are envisaged in the first two articles of the document: 1) the right to live in an ecologically sound environment adequate for human health, well-being, dignity, culture and fulfilment; and 2) everyone’s duty to take care of the environment. The first article of the EPA expressly prescribes that every person has the right to life and development in ecologically sound (healthy) environment (Art. 1 EPA). However, the contents and the basis of the right to healthy environment has for many years been the subject matter of numerous analyses. The right of every individual to live in the environment adequate to his/her health is envisaged both in the Stockholm Declarations 1972) and the Rio Declaration (1992), with slight variations. Although none of the analysed international agreement guarantees the right to healthy environment, the word “health” is mentioned in all of them within different contexts. Yet, what the Global Pact introduces as a kind of novelty is the way this right has been formulated. The characteristics of the environment in which “every person has the right to live” are defined as “ecologically sound environment adequate for their health, well-being, dignity, culture and fulfilment”. This formulation leaves a huge leeway for reaching a broad consensus of states from various parts of the world but, at the same time, it opens some questions on how accurately this norm has been defined as well as on how it is interpreted in practice.

On the other hand, a large number of contemporary constitutional documents of numerous states guarantee the right to live in healthy environment in various ways (Todić, 2021b). The foundation of the right to healthy environment in the Serbian legal systems strongly contributes to the understanding of the needs and interpretations of the contents of this right. In that regard, we will refer to relevant provisions in the RS legislation. Describing the scope of the Environmental Protection Act, Article 1 of the EPA prescribes that this Act “regulates the integral environmental protection system that shall enable the exercising of the right of man to life and development in healthy environment, and a balanced relationship between economic development and the environment in the Republic of Serbia”. Thus, the Act does not explicitly define that the man has the right to a healthy environment. However, the Constitution of the Republic of Serbia (2006)¹⁸ explicitly prescribes this right. Article 74 of the Constitution

18 the Constitution of the Republic of Serbia (2006), *Official Gazette of the RS*, no. 98/2006; <http://www.ustavni.sud.rs/page/view/en-GB/235-100028/constitution>

prescribes that everyone shall have the right to healthy environment and the right to timely and full information about the state of environment. Although this provision is not fully in accord with the norm set forth in Article 1 of the Global Pact (which refers not only to one's health but also to well-being, dignity and fulfilment as characteristics of sound environment), the basic range of the norm in the Constitution RS can hardly be disputed. Moreover, this constitutional provision guarantees the right to information about the state of environment, which corresponds to the right of access to environmental information held by public authorities contained in Article 9 of the Global Pact.

5. Conclusions

After comparing the contents of the Global Pact with the norms of international agreements and other international documents, as well as with relevant legislation of the Republic of Serbia (RS), it can be said that the Global Pact considerably reflects the achieved level of development of contemporary environmental law at the international level. The principles envisaged in the Global Pact are included (in the same or similar ways) in all international environmental law documents and in relevant RS legislation. This clearly demonstrates the codification intentions of the drafters of the Global Pact. The principles of environmental law which have been developed so far have found their place in the Global Pact. However, some of the principles are formulated in a way that brings some new elements to their meaning, which may produce different final outcomes. Therefore, the scope of the Global Pact should be analysed in much more detail, by minutely scrutinising individual norms. Such a need is supported by the fact that, in some of its elements, the Global Pact attempts to make a step forward in the development of contemporary environmental law. This issue could be the subject matter of a special debate on the criteria of the progressive development of environmental law.

Moreover, none of the international agreements, nor the RS regulation, mention three environment protection principles which are drafted in the Global Pact: Principle 16 (resilience), Principle 17 (non-regression), and Principle 19 (armed conflicts). On the other hand, one cannot ignore the fact that the Global Pact does not include the principle of sovereignty of states to exploit their natural resources, whereas it appears (in various forms) in all three analysed declarations (SD, WIN and RD) as well in most of the analysed global international agreements (VC, UNFCCC, CBD, UNCI and SC). It is also interesting that the Global Pact does not recall the UN Charter, although most of the analysed declarations (SD and RD) and agreements (VC, UNFCCC, CBD, UNCCD, WC and SC) do.

Besides, the significance of some global problems which are already part of the common concern of humankind seems to be insufficiently underscored, and the principle of common concern has not been included in the Global Pact. Some issues could be a subject matter of a more careful elaboration (e.g. the relationship between the Global Pact and other international agreements, responsibility for the violation of rights in the environmental field, application of contemporary biotechnologies, protection of natural resources, the way the right of every individual to “an ecologically sound environment” is formulated, etc.).

References

- Aguila, Y. (2020). A Global Pact for the Environment: The Logical Outcome of 50 Years of International Environmental. Law, *Sustainability*. 12(14). 5636
- Aguila, Y., Viñuales, J. (2019). A Global Pact for the Environment: Conceptual Foundations. In Aguila, Yann, Viñuales, Jorge E. (eds.) *A Global Pact for the Environment: Legal Foundations*. Cambridge: University of Cambridge, Cambridge Centre for Environment, Energy and Natural Resource Governance. 12-29.
- de Lassus St-Geniès, G. (2020). The Outcome of the Negotiations on the Global Pact for the Environment: A Commentary. *Sustainability*. 12(3). 877. <https://doi.org/10.3390/su12030877>.
- des Club des jurister. (2015). Increasing the effectiveness of international environmental law, duties of states, rights of individuals, Report by the Club des jurists. Environment Committee, available at: https://globalpactenvironment.org/uploads/CDJ_Rapports_Increasing-the-effectiveness_Nov.2015_UK.pdf;
- Kenig-Witkowska M. (2018). The draft Global Pact for the Environment. Warsaw: ClientEarth Prawniczy dla Ziemi Foundation.
- Kotzé, L.J., French, D. (2018). A critique of the Global Pact for the environment: a stillborn initiative or the foundation for *Lex Anthropocenae*?. *Int Environ Agreements*. 18. 811–838.
- Paradell-Trius, L.(2000). Principles of International Environmental Law: an Overview. *RECIEL* 9(2). 93-99; https://www.researchgate.net/publication/227983065_Principles_of_International_Environmental_Law_an_Overview
- Sands, P., Peel, J., Fabra, A., MacKenzie, R. (2012). *Principles of International Environmental Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Shaw, N. M. (2014). *International Law*. Cambridge: Cambridge University Press. 613-654.

Tigre, M. A. (2000). Gaps in international environmental law: Toward a Global Pact for the Environment. Washington D.C.: Environmental Law Institute. xxiv

Todić, D. (2021a). Conditions and effects of environmental legislation changes: Twenty years from the beginning of the Europeanization process in the Republic of Serbia. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*. 91/2021 (51-73), <https://doi.org/10.5937/zrpfno-33966>

Todić, D. (2021b). Povelja EU o osnovnim pravima i pravo na (zdravu) životnu sredinu. *Ecologica*. 104. 625-634

Todić, D. (2018). Ujedinjene nacije, međunarodni ugovori i životna sredina. Beograd: Institut za međunarodnu politiku i privredu.

Todić, D. (2017). Međunarodni ugovori u oblasti životne sredine i uzroci (ne) efikasnosti. *Strani pravni život*. 2. 47-58

UN (1973). Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment, In: *Report of the United Nations Conference on the Human Environment*, Stockholm, 5-11 June 1972. A/Conf.48/14/Rev.1, 3-5. Available at: <https://digitallibrary.un.org/record/523249#record-files-collapse-header> (September 11, 2023)

UN GA (2018a). Towards a Global Pact for the Environment. A/RES/72/277, UN General Assembly, 14 May 2018; <https://digitallibrary.un.org/record/1486477?ln=en>

UN GA (2018b). Gaps in international environmental law and environment-related instruments: towards a global pact for the environment. Report of the Secretary-General, A/73/419, UN General Assembly, 30 November 2018; <https://digitallibrary.un.org/record/1655544?ln=en>

UN Legal (2023): Codification and Progressive Development of International Law, Codification Division of the UN Office of Legal Affairs; <https://legal.un.org/cod/>, (accessed 11 January 2022).

Voigt, C. (2019). How a 'Global Pact for the Environment' could add value to international environmental law. *RECIEL*. 28. 13-24, DOI: 10.1111/reel.12288.

Vukasović, V., Todić, D. (2021). *Environmental Law in Serbia, the Netherlands*: Kluwer Law International.

Young, M. (2018). Global Pact for the Environment: Defragging International Law. *EJIL:TALK!* Blog of the European Journal of International Law, available at: <https://www.ejiltalk.org/global-pact-for-the-environment-defragging-international-law/>

Legal documents: *International Environmental Treaties*

Global Pact Environment.org (2023). Global Pact for the Environment (2017). Preliminary Draft; <https://globalpactenvironment.org/uploads/EN.pdf> (retrieved on 2 September 2023);

UN Treaty Collections (2023). Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General, Chapter XXVII: Environment; https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=27&subid=A&clang=_en (1 Sept. 2023).

Stockholm Declaration on Human Environment (1972), Environmental law Guidelines and Principles, UN GA, June 1972; <https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/29567/ELGP1StockD.pdf>

World Charter for Nature (1982), (A_RES_37_7-AR), UN; <https://digitallibrary.un.org/record/39295>

Vienna Convention and Montreal Protocol on Substances that Deplete the Ozone Layer (1988), https://treaties.un.org/doc/Treaties/1988/09/19880922%2003-14%20AM/Ch_XXVII_02p.pdf

Rio Declaration on Environment and Development (1992), A/CONF.151/26 (Vol. I), UN GA https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_CONF.151_26_Vol.I_Declaration.pdf

Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal (1992), https://treaties.un.org/doc/Treaties/1992/05/19920505%2012-51%20PM/Ch_XXVII_03p.pdf

Convention on Biological Diversity (1992), https://treaties.un.org/doc/Treaties/1992/06/19920605%2008-44%20PM/Ch_XXVII_08p.pdf; <https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-en.pdf>

UN Framework Convention on Climate Change (1994), https://treaties.un.org/doc/Treaties/1994/03/19940321%2004-56%20AM/Ch_XXVII_07p.pdf

The UN Convention to Combat Desertification in those Countries Experiencing Serious Drought and/or Desertification, particularly in Africa (1994); https://catalogue.unccd.int/936_UNCCD_Convention_ENG.pdf; https://treaties.un.org/doc/Treaties/1996/12/19961226%2001-46%20PM/Ch_XXVII_10p.pdf;

UN GA Convention on the Right of Non-Navigational Uses of International Watercourses (1997), https://treaties.un.org/doc/Treaties/1998/09/19980925%2006-30%20PM/Ch_XXVII_12p.pdf

Stockholm Convention on Persistent Organic Pollutants (2001), https://treaties.un.org/doc/Treaties/2001/05/20010522%2012-55%20PM/Ch_XXVII_15p.pdf

The Minamata Convention on Mercury (2013), <https://treaties.un.org/doc/Treaties/2013/10/20131010%2011-16%20AM/CTC-XXVII-17.pdf>

UNGA Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development (2015). A/RES/70/1, https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_70_1_E.pdf

Legislation of the Republic of Serbia

The Constitution of the Republic of Serbia (2006), *Official Gazette of the RS*, no. 98/2006; <http://www.ustavni.sud.rs/page/view/en-GB/235-100028/constitution>

The Environmental Protection Act (EPA), *Official Gazette of the Republic of Serbia*, no.135/2004, 36/2009, 72/2009–other law, 43/2011, 14/2016, 76/2018, 95/2018–other law); <https://www.zzps.rs/wp/pdf/zakoni/LAW%20ON%20ENVIRONMENTAL%20PROTECTION.pdf>

Др Драгољуб Тодић,
Редовни професор,
Институт за међународну политику и привреду, Београд,
Република Србија

ГЛОБАЛНИ ПАКТ ЗА ЖИВОТНУ СРЕДИНУ: ЕЛЕМЕНТИ КОДИФИКАЦИЈЕ И/ИЛИ НОВИ МЕЂУНАРОДНИ УГОВОР

Резиме

У раду се разматра питање какав је однос између нацрта Глобалног пакта за животну средину (Глобални пакт) и релевантних међународних докумената (декларација и међународних уговора) и унутрашњег права Републике Србије (РС). У првом делу рада се даје преглед садржаја Глобалног пакта и указује на значај начела (принципа) права животне средине које овај документ садржи. Одредбе Глобалног пакта се пореде са постојећим нормама међународног права животне средине (меког права и међународних уговора). Питање односа између Глобалног пакта и људских права се посебно нагашава. Последњи део чланка је посвећен питању односа између принципа садржаних у Глобалном пакту и унутрашњих прописа РС. У закључку се констатује да се може говорити о високом нивоу преплитања норми из Глобалног пакта са нормама из међународног права и унутрашњих прописа РС. Поред кодификацијских намера аутора Глобалног пакта овај документ уводи и неке нове принципе чији би садржај и домете требало детаљније анализирати.

Кључне речи: Глобални пакт за животну средину, међународни уговори у области животне средине, право на (здраву) животну средину, принципи права животне средине, Република Србија.

Др Урош Здравковић,*
Ванредни професор,
Правни факултет, Универзитет у Нишу
Република Србија

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-45444

UDK: 339.5:347.4
Раd примљен: 07.08.2023.
Раd прихваћен: 29.08.2023.

ПРАВО НА СУСПЕНДОВАЊЕ ИЗВРШЕЊА ОБАВЕЗЕ УСЛЕД АНТИЦИПАТИВНЕ ПОВРЕДЕ УГОВОРА О МЕЂУНАРОДНОЈ ПРОДАЈИ РОБЕ**

Апстракт: У раду се анализирају одредбе Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе из 1980. године, којима се уређују правна средства уговорних страна услед антиципативне повреде уговора. Антиципативна, или претпостављена повреда уговора подразумева ситуацију када једна уговорна страна на основу објективних показатеља, пре доспелости обавезе друге стране, претпостави да друга страна неће извршити своју обавезу. Поменута Конвенција, у том погледу, предвиђа два правна средства која стоје на располагању уговорној страни која антиципира повреду уговора: а) да суспендује извршење своје обавезе и б) да раскине уговор. Овај рад конкретно анализира одредбе члана 71 Конвенције, којим се уређује право уговорне стране да суспендује извршење своје обавезе. Уговорна страна има право да суспендује, односно да заустави извршење своје обавезе уколико након закључења уговора постане очигледно да друга страна неће извршити битан део својих обавеза. Предмет и циљ истраживања се састоје у расветљавању, појашњењу, као и систематском приказивању услова под којима једна страна може користити наведено право. Метод истраживања обухвата анализу текста одговарајућих одредби поменуте Конвенције, затим анализу

*zdravkovicuros@gmail.com

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

** Раd је изложен на међународној научној конференцији „Право и друштвене вредности“, одржаној 21. априла 2023. године на Правном факултету у Нишу.

доступне судске и арбитражне праксе, као и ставова у релевантној правој литератури.

Кључне речи: *право међународне продаје робе, Бечка конвенција, антиципативна повреда уговора, суспензија извршења.*

1. Уводна разматрања

Током извршења уговора о међународној продаји робе, постоји могућност да једна уговорна страна (купац или продавац) претпостави (антиципира) да друга уговорна страна неће извршити битан део својих обавеза или да ће учинити битну повреду уговора. У том случају се ради о тзв. антиципативној или претпостављеној повреди уговора, односно о повреди уговора пре доспећа. Поставља се питање да ли је оправдано да једна уговорна страна чека да друга страна изврши своју обавезу, чак и ако је очигледно или јасно да то извршење неће уследити, или да предузме мере са циљем заштите својих интереса (Драшкић, Станивуковић, 2005: 422). Конвенција УН о уговорима о међународној продаји робе из 1980. године¹ (даље и: Бечка конвенција; Конвенција), у том смислу полази од становишта да уговорна страна има право да предузме одређене превентивне мере како би предупредила или умањила штетне последице потенцијалног неизвршења друге стране.

Чланови 71–73 Конвенције уређују правна средства купца и продавца услед повреде уговора пре доспећа и уговора са узастопним испорукама. Ове одредбе спадају у тзв. заједничка правила за продавчеве и купчеве обавезе. Конвенцијом су у ову групацију правила уврштене и одредбе које третирају надокнаду штете и камату. Заједничка карактеристика ових правила се састоји у томе да се она примењују на обе уговорне стране. Приступ Конвенције је у том погледу различит у односу на принципијалне одредбе које уређују правна средства купца и продавца услед повреде уговора коју врши друга страна. Конвенција ова средства уређује различито у односу на положај купца (чланови 45–52) и на положај продавца (чланови 61–65). За разлику од тих средстава, заједничка правила за продавчеве и купчеве обавезе, како им и сам назив каже, примењују се независно од тога ко је

¹ Конвенција је донета 11. априла 1980. године у Бечу, а ступила је на снагу 1. јануара 1988. године. Конвенцију су до сада ратификовале 94 државе. Социјалистичка Федеративна Република Југославија ратификовала је Конвенцију 1984. године („Службени лист СФРЈ – Међународни уговори“, бр. 10-1/84). Ребулика Србија примењује Конвенцију, као један од правних следбеника СФРЈ.

страна која врши повреду уговора, односно ко је страна која трпи такву повреду.

Конвенција посредством чланова 71–73 предвиђа две могућности, у зависности од околности, за страну која антиципира неизвршење обавезе друге стране:

- а) да суспендује извршење своје обавезе;
- б) да раскине уговор.

Члан 71 Конвенције конкретно уређује право уговорне стране да суспендује извршење своје обавезе уколико предвиди да друга уговорна страна неће извршити битан део својих обавеза – тзв. антиципативна повреда уговора. Право уговорне стране да раскине уговор услед антиципативне повреде уговора је уређено члановима 72 и 73 Конвенције. Ово питање, због своје специфичности, комплексности и значаја, заслужује посебну пажњу и самосталну обраду. Стога је предмет истраживања овог рада ограничен на услове које Конвенција, конкретно члан 71, предвиђа за коришћење права на суспендовање извршења обавезе.

Решење које је предвиђено чланом 71 Конвенције одраз је настојања њених креатора да остваре два циља. Први циљ подразумева очување уговора (лат. *in favorem contractus*) и поштовање принципа добре вере у међународним трговачким операцијама. Други циљ се састоји у превенцији компликованих и скупих спорова који могу настати поводом извршења уговора са елементом иностраности. Замисао Конвенције је да се, посредством поменутих одредби, током извршења уговора омогући адекватна правна заштита за уговорну страну уколико се може, на основу објективних околности, предвидети да друга уговорна страна неће извршити битан део својих обавеза (Silveira, 2005: 3).

Према доступним изворима у литератури, доктрина антиципативне повреде уговора потиче из енглеског права и настала је средином 19. века.² Од тада је она присутна у англосаксонском правном систему, док је цивилни системи не препознају (Strub, 1989: 477). Редактори Бечке конвенције су преузели ово решење англосаксонског права, са намером да заштите интересе уговорне стране којој прети опасност од неизвршења обавезе друге уговорне стране. Уговор о продаји робе представља правни посао са реципрочним обавезама уговорних страна. У домаћем промету,

2 Ради се о пресуди у предмету *Hochster v. De La Tour*, 2 El. & Bl. 678 из 1853. године, где је суд установио да уговорна страна може да тужи другу страну због неизвршења недоспеле обавезе ако је извршење такве обавезе постало немогуће пре доспећа (Campbell, 1905: 64).

неизвршење обавезе уговорне стране представља проблем, али се он по правилу испољава у далеко слабијем интензитету него што је то случај са међународним трговачким операцијама. Обавезе из уговора о продаји се махом извршавају симултано, што из познатих разлога није могуће код међународне продаје робе. Код уговора о међународној продаји робе је својствено да између чинидбе и противчинидбе постоји одређени временски размак чије је трајање условљено околностима уговора попут удаљености купца и продавца, врсте и модалитета превоза и сл. Доктрина антиципативне повреде, стога, има функцију да превазиђе, или умањи дејство ризика који могу настати током временског размака између престација (Ziegler, 2006: 355).

Уговор о међународној продаји робе је, попут сваког уговора о продаји, синалагматички уговор, где су обе уговорне стране истовремено поверилац и дужник. У ситуацији која је конкретно одређена чланом 71 Конвенције имамо две стране – страну која је верна уговору и очекује извршење обавезе и страну за коју се претпоставља да неће извршити ту обавезу. Дакле, у односу на конкретну обавезу чије се неизвршење антиципира, страна верна уговору је поверилац, док је друга страна дужник. У домаћој и страном литератури се наилази на разноликост термина приликом означавања уговорних страна у контексту члана 71 Конвенције. Приступни су термини попут „једна страна“ и „друга страна“ (ове термина употребљава и сама Конвенција), па и „рогобатни“ термини као што су „страна која антиципира повреду“ и „страна за коју се претпоставља да неће извршити уговор“. У литератури на енглеском језику за страну која антиципира повреду се често користи и термин „невина страна“ („*innocent party*“). Овај термин би се у духу српског језика могао превести као „уговору верна страна“. Како би избегао дуге и разнолике одреднице у раду, аутор се определио да за означавање уговорних страна углавном користи термине „поверилац“ и „дужник“, из разлога који су на почетку овог пасуса дати.

2. Право на суспендовање извршења обавезе – полазне напомене

Важно је на почетку нагласити да суспендовање извршења обавезе на основу антиципативне повреде уговора не представља повреду уговора уколико је антиципација основана. Према ставу судске праксе, суспендовање извршења на основу члана 71 Конвенције представља коришћење права на једнострану модификацију времена извршења обавезе.³ У литератури се пак наводи да ово средство, у ширем смислу,

³ Пресуда Окружног суда у Штендалу (Немачка), у предмету *Granite stone*, бр. 22 S 234/99, од 12. октобра 2000. године (CLOUT case No. 432).

представља еманацију приговора неиспуњења уговора (лат. *exceptio non adimpleti contractus*) (Вилус, 1981: 161). Међутим, оно ипак оставља одређени простор за погрешну процену, или чак злоупотребу. Због тога се поставило и питање да ли у Конвенцију треба уносити принцип *exceptio non adimpleti contractus*, тј. о неизвршењу пре рока који је наведен у уговору (Вилус et al., 2008: 240). Решење се ипак састоји у томе да друга уговорна страна, ако се суочи са неосновном суспензијом извршења обавезе друге уговорне стране, на располагању има одговарајућа средства која су Конвенцијом предвиђена услед повреде уговора. Ако страна суспендује извршење своје обавезе без основа који су предвиђени одредбама члана 71 Конвенције, онда несумњиво чини повреду уговора.⁴

Према ставу једног дела судске праксе и доктрине, уговорна страна – поверилац може суспендовати извршење своје обавезе пре протекла рока за извршење обавезе друге стране – дужника. Антиципативни или будући карактер повреде уговора полази од тога да до стварне повреде уговора није дошло, већ само постоји опасност да до тога може доћи (Вукадиновић, 2012: 561). Оног момента када рок за извршење обавезе дужника протекне, поверилац се више не може користити средством из члана 71 Конвенције: разлог лежи у чињеници да је протеклом рока за испуњење обавезе наступила стварна, а не антиципативна повреда уговора. Поверилац се у тој ситуацији може користити средствима која су одговарајућим одредбама Конвенције предвиђена за случај реалне повреде уговора.⁵ Постоје, међутим, и ставови у судској пракси који истичу да по овом питању постоји правна празнина у Конвенцији и да право на суспендовање извршења не треба тумачити превише стриктно. Према тим ставовима, у Конвенцији постоји генерални принцип према коме поверилац увек може зауставити извршење своје обавезе са циљем обезбеђења ваљаног извршења обавезе од стране дужника.⁶ Овај став

4 Пресуда Окружног суда у Франкфурту у предмету *Italian shoes*, бр. 32 С 1074/90-41, од 31. јануара 1991. године (CLOUT case No. 51) (купцу је суд признао право на надокнаду штете пошто га продавац није одмах обавестио да је суспендовао испоруку); пресуда Федералног суда Швајцарске у предмету *Scooters*, бр. 4С.94/2006, од 17. јула 2007. године (CLOUT Case No. 936).

5 Одлука Арбитражног суда Међународне трговачке коморе у предмету *Roller bearings*, бр. 9448, од 1. јула 1999. године (CLOUT case No. 630) (купцу није признато право да суспендује извршење обавезе плаћања цене након што је примио испоруку несаобразне робе).

6 Пресуда Врховног суда Пољске у предмету *Spoldzielnia Pracy "A" v. GmbH & Co. KG* од 11. маја 2007. године (CLOUT case No. 1080) (према ставу Суда, купац који има право да захтева замену испоручене робе има право и да истовремено суспендује извршење своје обавезе).

се чини прихватљивијим. Повериоцу би свакако требало дозволити да суспендује извршење своје обавезе и након протеча рока за извршење обавезе дужника, односно када наступи стварна повреда уговора. Одредбе Конвенције које уређују правна средства купца (чланови 45–52) и продавца (чланови 61–65) услед повреде уговора не помињу изричито да купац, односно продавац, могу суспендовати извршење своје обавезе услед повреде уговора друге стране. Ово се заиста и може тумачити као један од пропуста Конвенције да на довољно јасан начин дефинише нека питања. Међутим, основаност употребе оваквог правног средства је посве логична и оно се може користити у комбинацији са принципијалним средствима које Конвенција предвиђа за купца и продавца (чланови 45–52 и 61–65). Поверилац треба да има право да „заустави“ извршење своје обавезе уколико се суочи са озбиљном повредом уговора, и то све док се повреда не отклони. Ако је обавеза дужника доспела и он је није извршио, не можемо оправдано очекивати од повериоца да надаље ризикује и уредно изврши своју обавезу. Ипак, суспендовањем извршења своје обавезе поверилац и сам може учинити повреду уговора. Он се у том случају не може више сматрати „уговору верном страном“. Због тога поверилац мора водити рачуна да суспендовањем извршења своје обавезе не начини повреду уговора која је озбиљнија од оне повреде коју чини дужник, како се не би суочио са противзахтевима дужника.

Суспендовање извршења обавезе треба разликовати и од раскида уговора, што Конвенција и чини. Суспендовањем извршења уговор се „стопира“. Не престају права и обавезе уговорних страна (што је случај са раскидом) и циљ овог правног средства није уперен ка престанку уговорног односа, већ ка његовом очувању, односно извршењу (начело *in favorem contractus*).⁷ Ово средство има *привремени карактер* и поверилац њиме врши притисак на дужника да га на одговарајући начин увери да ће своје обавезе извршити.

Генерално, поверилац може суспендовати извршење своје обавезе из истог уговора који је основ и дужникове обавезе. Међутим, поверилац може суспендовати извршење обавезе која проистиче из другог уговора са дужником уколико се ради о уговору који је у блиској вези са уговором у вези којег се антиципира неизвршење обавезе дужника.⁸ Такође, није неопходно да поверилац суспендује извршење неке од својих основних обавеза. Он то може учинити и у односу на споредну обавезу. Другим речима, не захтева се да обавеза чије се извршење суспендује и обавеза за

7 Пресуда Вишег регионалног суда у Келну у предмету *Chemical products for agricultural use*, бр. 16 U 62/07, од 19. маја 2008. године (CLOUT case No. 1231).

8 Пресуда Округног суда Јужног дистрикта Њујорк у предмету *Doolim Corp. v. R Doll, LLC* од 29. маја 2009. године.

коју се антиципира да неће бити извршена буду еквивалентне по значају (Schwenzer, 2016: 1007). Штавише, поверилац и не мора суспендовати извршење обавезе као такве, већ може стопирати и радње које су повезане са приремом за извршење обавезе (Strub, 1989: 477; Ziegler, 2006: 355; Schwenzer, 2016: 1007).

3. Услови за суспендовање извршења обавезе

Право на суспендовање извршења обавезе услед антиципативне повреде уговора, као што је поменуто, уређено је чланом 71 Конвенције, чији став 1 гласи:

„(1) Једна уговорна страна може одложити извршење својих обавеза ако, после закључења уговора, постане очигледно да друга страна неће извршити битан део својих обавеза услед:

(а) озбиљног недостатка способности за извршење или кредитне способности; или

(б) њеног понашања у погледу припрема за извршење или извршења уговора.”

Члан 71(1) Конвенције предвиђа да једна страна – поверилац (купац или продавац) може одложити извршење својих обавеза ако после закључења уговора постане очигледно да друга страна – дужник неће извршити битан део својих обавеза. Из наведене одредбе се могу издвојити услови који се морају кумулативно испунити како би поверилац могао основано да се служи правом на суспензију извршења своје обавезе. Један услов је везан за *степен извесности* да ће повреда наступити, други за *степен повреде*, док се трећи односи на *време антиципације*.

А) Степен извесности да ће повреда наступити. Члан 71(1) Конвенције наводи да треба да постане **очигледно** да друга страна (дужник) неће извршити битан део својих обавеза.

У погледу овог услова, Конвенција не оставља превелики простор и слободу за тумачење, већ упућује (посредством тачака а) и б) става (1) члана 71 на две алтернативно постављене околности које могу пружити основ јасне антиципације да дужник неће извршити битан део својих обавеза. Прва околност је *озбиљни недостатак способности за извршење или кредитне способности дужника* (тачка а). Друга околност је *понашање дужника у погледу припрема за извршење или извршења уговора* (тачка б). Поверилац своју претпоставку да дужник неће извршити битан део својих обавеза не може базирати на другачијим околностима осим поменутих. Иако су ове две околности, или критеријуми, постављене алтернативно, то не значи да су искључене ситуације у којима обе околности могу настати. То би

само оснажило основ антиципације и повећало озбиљност претпоставке да дужник неће извршити битан део својих обавеза.

Степен „очигледности“ да дужник неће извршити битан део својих обавеза мора бити довољно озбиљан и мора се заснивати на објективним чињеницама (Enderlein, Maskow, 1992: 285). Није довољно да поверилац на основу своје субјективне процене установи такву очигледност. Он не може суспендовати извршење своје обавезе због недефинисаног осећаја да ће друга страна ускратити извршење (Ћирић, 2018: 194). Постојање очигледности подвргава се критеријуму разумног лица, или „објективног посматрача“: потребно је да се установи да би разумно лице истих својстава као и поверилац (трговац у истој бранши), и у истим околностима, закључило да је очигледно да дужник неће извршити битан део својих обавеза (Honnold, 1999: 430; Schlechtriem, 1986: 94). Критеријум разумног лица приликом тумачења изјава и понашања уговорне стране установљен је и чланом 8 Конвенције, који представља њену општу одредбу и примењује се и приликом тумачења „очигледности“ у контексту примене члана 71 Конвенције.⁹ Не захтева се, дакле, постојање апсолутне сигурности да дужник неће извршити битан део својих обавеза, већ да у вези са тим постоји очигледност која је својствена у убичајеној пословној пракси (Bennett, 1987: 522).

С обзиром на то да Конвенција не предвиђа водич за процену очигледности, судска и арбитражна пракса је у више наврата тумачила конкретне околности случајева и на основу њих је степен „јасноће“ подвргавала тесту озбиљности.

Када је у питању критеријум из тачке а) става 1 члана 71 Конвенције – *озбиљни недостатак способности за извршење или кредитне способности дужника*, као што сама формулација наводи, дужник се мора суочити са озбиљном сметњом за извршење обавезе, односно са озбиљном кредитном неспособношћу. Такве околности морају бити довољно озбиљне и јасне и на повериоцу је да докаже њихово постојање. Постојање ових сметњи мора

⁹ Члан 8 Конвенције гласи:

„(1) У смислу ове конвенције, изјаве и друга понашања једне стране тумачиће се у складу са њеном намером када је друга страна знала ту намеру или јој та намера није могла бити непозната.

(2) Ако претходни став не може да се примени, изјаве и друга понашања једне стране тумачиће се онако како би их разумно лице истих својстава као друга страна схватила у истим околностима.

(3) Приликом утврђивања намере једне стране или схватања које би имало разумно лице, водиће се рачуна о свим релевантним околностима случаја укључујући њихове преговоре, праксу коју су стране међусобно успоставиле, обичаје и свако доцније понашање страна.“

реално постојати и не може се заснивати на претпоставкама. Појашњења ради, поверилац не може суспендовати извршење обавезе јер претпоставља да дужник неће извршити битан део својих обавеза услед околности за које поверилац, такође претпоставља, да ће наступити. Чињенице које су основа за претпоставку повреде уговора морају стварно постојати и морају се доказати. На пример, у једном случају купцу је признато право на суспензију с обзиром на то да је недвосмислено доказао да се продавац суочио са рестрикцијама које му је наметнуо његов снабдевач, и на основу чега је постало јасно да продавац неће моћи да изврши испоруку робе купцу.¹⁰ Насупрот томе, у једном другом примеру, продавцу није признато право на суспензију јер је то своје право базирао на претпоставци (а не на јасном доказу) да роба можда неће одговарати здравственим стандардима у земљи купца, па стога купац неће моћи да преузме испоруку и плати цену.¹¹

Озбиљан недостатак способности се може манифестовати из околности да се припрема штрајк запослених којима је продавац послодавац, затим из званичне забране увоза или извоза одређене робе, трговинског ембарга и сл. Дакле, код уговорне стране може наступити озбиљни недостатак способности за извршење обавезе чак и када је њена финансијска ситуација одлична (Chengwei, 2003: 132–133). Притом, нису релевантни разлози због којих је наступио *озбиљни недостатак способности* – није неопходно да је то последица нечије кривице нити је потребно да се утврђује нечија одговорност због наступања озбиљног недостатка способности (Rimke, 2001: 286–287).

Недостатак кредитне способности се такође може манифестовати код обе уговорне стране: не само код купца који има обавезу да плати цену него и код продавца који може запасти у тешкоће приликом прибављања финансирања производње робе која је предмет уговора. Ипак, поставља се питање шта се све може подвести под термин „недостатак кредитне способности“. Према мишљењу у литератури, то се подудара са променом финансијске ситуације, односно погоршањем економске ситуације уговорне стране у ширем смислу (Chengwei, 2003: 133).

Што се тиче критеријума из тачке б) става 1 члана 71 Конвенције – *понашање дужника у погледу припрема за извршење или извршења уговора*,

10 Пресуда Вишег регионалног суда у Хаму (Немачка) у предмету *Furniture*, бр. 19 U 127/97, од 23. јуна 1998. године (CLOUT case No. 338); пресуда Врховног суда Аустрије у предмету *Propane gas*, бр. 10 Ob 518/95, од 6. фебруара 1996. године (CLOUT case No. 176).

11 Пресуда Окружног суда у Хертогенбошу (Холандија) у предмету *Malaysia Dairy Industries v. Dairex Holland* од 2. октобра 1998. године (у конкретном случају, купац је понудио опцију да преузме испоруку у слободној зони).

он се треба тумачити на начин да понашање дужника мора бити такво да пружа озбиљан основ за објективну претпоставку да он неће извршити битан део својих обавеза. Приликом оцењивања степена озбиљности такве претпоставке може послужити и понашање дужника приликом извршења ранијих уговора са повериоцем. Тако, на пример, неизвршење обавезе купца да плати цену или задоцњење са плаћањем цене на основу претходних уговора може послужити као основ претпоставке да ће купац повредити ту обавезу и код уговора где таква обавеза још увек није доспела.¹² Пропуст купца да обезбеди ефективну банкарску гаранцију такође представља довољно озбиљан степен „јасноће“ да купац неће извршити битан део својих обавеза.¹³ Ситуацију око тумачења степена озбиљности антиципације могу нарочито поједноставити изјаве самих дужника да неће извршити своје обавезе. На пример, ако купац унапред изјави да неће извршити преузимање испоруке.¹⁴ Са друге стране, уколико понашање дужника не угрожава уговорни однос у озбиљној мери, поверилац неће моћи да суспендује извршење своје обавезе. Такође, понашање дужника мора бити у вези са обавезама које дужник има на основу уговора или Конвенције. Понашање које се не може довести у везу са извршењем обавезе дужника, не може послужити као основ антиципације повреде уговора.

Б) Степен повреде уговора. Неопходно је да поверилац антиципира да дужник неће **извршити битан део својих обавеза**. Није предвиђено да поверилац мора антиципирати да ће неизвршење довести до битне повреде уговора (за то постоји друго правно средство предвиђено чланом 72 Конвенције) – ипак потребно је да се претпостави да дужник неће извршити битан део својих обавеза.¹⁵ Уколико је очигледно да дужник

12 Пресуда Привредног суда у Хаселту (Белгија) у предмету *J.P.S. BVBA v. Kabri Mode BV* од 1. марта 1995. године (CLOUT case No. 1255) (кашњење купца од седам месеци да плати цену на основу другог уговора); одлука Трговачког трибунала у Бриселу у предмету *Maglificio Dalmine v. Coveres* од 13. новембра 1992. године; пресуда Окружног суда Јужног дистрикта Њујорк у предмету *Doolim Corp. v. R Doll, LLC* од 29. маја 2009. године (основана бојазан продавца да купац неће платити цену за испоручену робу услед пропуста купца да то учини за претходне испоруке).

13 Одлука Арбитражног суда при Трговачко-индустријској комори Мађарске бр. VB/94124, од 17. новембра 1995. године.

14 Пресуда Савезног суда Немачке у предмету *Glass bottles*, бр. X ZR 111/04, од 27. новембра 2007. године (CLOUT case No. 1234) (у истој пресуди је наведено и да је инсистирање стране да се изврши плаћање за додатне консултантске услуге, за шта није постојао основ, представљало јасну индикацију да та страна неће извршити обавезу).

15 У судској пракси, међутим, постоји и став по коме поверилац мора претпоставити да ће управо доћи до битне повреде уговора, како би имао право да суспендује извршење своје обавезе. Видети пресуду Окружног суда Западног дистрикта Мичиген у предмету *Shuttle Packaging Systems v. Tsonakis* од 17. децембра 2001. године (CLOUT case no. 578).

неће извршити незнатан или занемарљив део својих обавеза, поверилац неће имати право да суспендује извршење. Са друге стране, уколико поверилац претпостави да ће незивршење битног дела обавеза од стране дужника истовремено довести и до битне повреде уговора, поверилац може изабрати да ли ће да се служи правом из члана 71 Конвенције и да суспендује извршење својих обавеза, или ће се служити правом из члана 72 Конвенције и раскинути уговор (Enderlein, Maskow, 1992: 286).

В) Трећи услов предвиђа да је **антиципација настала након закључења уговора**. Треба да постане очигледно да друга страна (дужник) неће извршити битан део својих обавеза *након закључења уговора*. Уколико је у време закључења било очигледно да дужник неће извршити битан део својих обавеза, повериоцу неће бити признато право на суспензију извршења – не може се тражити правна заштита због последица сопствених хазардерских поступака. Међутим, поверилац ће моћи да суспендује извршење обавезе чак и ако су околности које су довеле до недостатка способности дужника да изврши битан део својих обавеза постојале у време закључења уговора, али нису биле, нити су могле бити познате повериоцу. Неопходно је, дакле, да оне постану очигледне након закључења уговора. Ово правило, међутим, није безусловно. Према ставу судске праксе, уколико се ради о неповољној кредитној способности дужника, она мора и настати након закључења уговора. Уколико је постојала пре закључења уговора, поверилац се не може позивати на ту околност као на основ за суспендовање извршења своје обавезе.¹⁶ Посебно у међународном пословном промету, свака страна је дужна да са пажњом разумног лица испита платежну способност потенцијалног пословног партнера, пре него што са њим закључи уговор (Enderlein, Maskow, 1992: 286).

Поставља се питање да ли поверилац има право да суспендује извршење своје обавезе уколико је пре закључења уговора било генерално очигледно да друга уговорна страна неће извршити битан део својих обавеза, али да то у конкретном случају није било очигледно повериоцу. Према ставовима у литератури, поверилац у том случају не би имао право на суспензију извршења. Овакав став полази од тога да уговорне стране, као трговци, имају дужност да савесно испитају могућност својих пословних партнера да изврше своје уговорне обавезе (Bennett, 1987: 524).

¹⁶ Пресуда Федералног суда Швајцарске у предмету *Scooters*, бр. 4С.94/2006, од 17. јула 2007. године (CLOUT Case No. 936).

4. Право продавца да заустави предају купцу робе која се налази у превозу

Осим што има право да суспендује извршење своје обавезе, продавац може, на основу става 2 члана 71 Конвенције, да заустави предају купцу робе која се налази у превозу, уколико се појави основ за антиципативну повреду уговора. Наиме, ако је продавац већ отпремио робу пре него што су се појавили разлози предвиђени у члану 71(1) Конвенције, он може спречити предају робе купцу чак и кад купац већ има у рукама неки документ којим се роба може преузети.

Конвенција примену става 2 члана 71 ограничава само на узајамна права купца и продавца у погледу робе. Према томе, право продавца да заустави предају робе која се налази у транспорту не утиче на однос између купца и трећих лица, уколико је купац трећим лицима у међувремену препродао робу. Продавац неће имати право да захтева од превозника да не преда робу трећем савесном лицу, уколико је купац трећем лицу предао документа на основу којих оно може преузети робу (Chengwei, 2003: 134).

Конвенција не предвиђа обавезу превозника да поступи по захтеву продавца да не преда робу купцу који располаже робним документима. Питање односа између продавца и превозника робе није регулисано одредбама Конвенције. Да ли је превозник дужан да поступа по инструкцијама продавца у вези са предајом робе – питање је које се регулише другим међународним или националним изворима права, односно самим транспортним уговором између продавца као евентуалног наручиоца превоза и превозника (Chengwei, 2003: 134).

5. Дужност слања обавештења о суспензији и могућност дужника да понуди обезбеђење

На подлози члана 71(3) Конвенције, страна која намерава да се користи правом на суспензију извршења обавезе дужна је да другој страни о томе одмах пошаље обавештење. Притом, није од значаја да ли је роба већ отпремљена или још увек није.

Поверилац је, дакле, дужан да пошаље обавештење дужнику о одлуци о суспензији. Последица пропуста повериоца да дужника обавести о суспензији подразумева губитак права на суспензију. Штавише, поверилац мора *одмах* послати обавештење и не може то одлагати, јер ће у супротном такође изгубити право на суспензију.¹⁷ Судска и арбитражна пракса је

¹⁷ Пресуда Апелационог суда у Генту (Белгија) у предмету *BV BA. J.P. v. S. Ltd* од 26. априла 2000. године (суд је одбио право уговорној страни да суспендује извршење

јединствена по овом питању.¹⁸ Уколико одмах и на адекватан начин поверилац не обавести дужника о суспензији, а притом суспендује извршење своје обавезе, он сам чини повреду уговора и друга страна – дужник има право на правна средства услед повреде уговора, укључујући и право на надокнаду штете.¹⁹ Притом, поверилац није дужан да такво обавештење пошаље пре суспендовања извршења обавезе – довољно је да то учини одмах након суспендовања (Chengwei, 2003: 135).

На обавештење о суспензији примењује се члан 27 Конвенције: довољно је да поверилац на ваљан начин пошаље обавештење и није неопходно да дужник такво обавештење прими.²⁰ Дакле, ризик непријема ваљано послатог обавештење лежи на дужнику – адресату.

Конвенција у поменутој одредби не прецизира шта се подразумева под обавештењем. Судска пракса је установила да се не мора радити о посебном и изричитом обавештењу о одлуци да се суспендује обавеза, већ да поверилац такву своју одлуку може ставити до знања дужнику и путем конклюдентних радњи (одговарајуће изјаве или радње). Важно је да се дужник на одговарајући начин обавести о одлуци повериоца. На пример, обавештење купца продавцу где купац наводи да одбија да плати цену или део цене, или одређене трошкове у вези са чувањем робе²¹, довољно је да конституише обавештење да купац жели одложи извршење своје обавезе. Међутим, уколико једна страна само не изврши своју обавезу, без икаквог обавештења другој страни, то не може конституисати одговарајуће

обавезе јер је послала обавештење седам, односно 14 месеци након испорука на које се обавештење односило); одлука Арбитражног института Холандије бр. 2319 од 15. октобра 2002. године.

18 Пресуда Окружног суда у Штендалу (Немачка), у предмету *Granite stone*, бр. 22 S 234/99, од 12. октобра 2000. године (CLOUT case No. 432); одлука Међународне трговачке арбитраже при Трговачко-индустријској комори Руске Федерације бр. 302/1996 од 27. јула 1999. године; пресуда Окружног суда у Франкфурту у предмету *Italian shoes*, бр. 32 C 1074/90-41, од 31. јануара 1991. године (CLOUT case No. 51).

19 Пресуда Окружног суда у Франкфурту у предмету *Italian shoes*, бр. 32 C 1074/90-41, од 31. јануара 1991. године (CLOUT case No. 51).

20 Члан 27 Конвенције гласи „Изузев ако је изричито друкчије предвиђено у овом делу Конвенције, кад је једна страна неко обавештење, захтев или друго саопштење дала или учинила у складу са овим делом и на начин који се сматра одговарајућим у датим околностима, задоцњење или грешка у преносу саопштења или чињеница да саопштење није стигло не лишава ту страну права да се на то саопштење позива.“

21 Пресуда Вишег регионалног суда у Хаму (Немачка) у предмету *Furniture*, бр. 19 U 127/97, од 23. јуна 1998. године (CLOUT case No. 338)

обавештење у смислу члана 71(3) Конвенције.²² Конвенција не предвиђа обавезу да страна у обавештењу наведе основ суспензије. Међутим, таква обавеза произилази из општеприхваћеног принципа савесности у међународној трговини. На тај начин се и друга страна упознаје са ситуацијом, што јој може помоћи око предузимања одговарајућих корака за превазилажење проблема у извршењу уговора (Chengwei, 2003: 136).

Члан 71(3) такође предвиђа да уколико, након обавештења о суспензији, дужник пружи повериоцу *адекватно обезбеђење* да ће уредно извршити своје обавезе, поверилац је дужан да настави са извршавањем своје обавезе. Шта се сматра „адекватним“ обезбеђењем, зависи од околности случаја, као и од разлога суспензије извршења обавезе. Оно свакако мора бити такво да омогућава разумно уверење повериоцу да ће дужник извршити своју обавезу, или да ће повериоцу бити омогућена компензација свих губитака који могу настати уколико одлучи да настави са извршењем своје обавезе (Chengwei, 2003: 135). Дужник мора обезбедити стварне доказе, или предузети стварне активности, како би повериоца убедио да неће доћи до неизвршења битног дела обавеза дужника. У литератури постоји став да није довољно да дужник само изјави да ће извршити своје обавезе уколико постоји очигледна и објективна опасност да до тога неће доћи (Honold, 1999: 434). На пример, уколико је разлог суспензије обавезе купца да плати цену било сазнање да је држава продавца забранила извоз робе која је предмет уговора, адекватно обезбеђење од стране продавца би било касније прибављање дозволе надлежног органа за извоз робе. Ако је разлог суспензије била кредитна способност дужника, адекватно обезбеђење би била банкарска гаранција (Rimke, 2001: 289). Са друге стране, ако је страна – поверилац суспендовала извршење обавезе услед изјаве стране-дужника да неће извршити своју обавезу, потоња изјава дужника да ће извршити обавезу може послужити као адекватно обезбеђење (Chengwei, 2003: 136). Ипак, када је у питању тумачење значаја самог обећања које дужник даје у смислу уверавања да ће извршити своје обавезе (без конкретних доказа или предузетих радњи), у литератури постоји и ублаженији став. Наиме, уколико такво обећање да уговорна страна која има добру репутацију и која је до сада уредно извршавала своје обавезе, онда би такво обећање само по себи било довољно да увери повериоца да ће обавеза бити извршена (Schwenzer, 2016: 1022). Овакав став се чини оправданим, нарочито уколико уговорне стране већ имају успостављену праксу међусобне сарадње.

Важно је напоменти да није неопходно да страна – дужник пружи адекватно обезбеђење да ће *перфектно* извршити своју обавезу. Незнатно одступање

22 Пресуда Окружног суда у Штендалу (Немачка), у предмету *Granite stone*, бр. 22 S 234/99, од 12. октобра 2000. године (CLOUT case No. 432).

у погледу извршења обавезе не може бити основ за суспензију извршења: подсетимо се, страна може суспендовати извршење своје обавезе ако након закључења уговора постане очигледно да друга страна неће извршити *битан део својих обавеза*. Према томе, ако адекватно обезбеђење пружа уверавање да ће страна – дужник извршити *битан део својих обавеза* (а не у потпуности), онда страна – поверилац мора наставити са извршењем своје обавезе.

6. Закључак

Доктрина антиципативне повреде уговора прихваћена је у Бечкој конвенцији као један од института англосаксонског права. Једно од правних средстава које стоји на располагању уговорној страни (повериоцу) која антиципира неизвршење обавезе друге стране (дужника) је да суспендује, односно заустави извршење своје обавезе. Оно је уређено чланом 71 Конвенције. Посредством овог средства се остварују два циља.

Први циљ представља заштиту начела очувања уговора. Он се испољава на тај начин што уговорна страна – поверилац има могућност да обавести другу страну – дужника о својој бојазни да дужник неће извршити своју обавезу. Поверилац то чини тако што стопира извршење своје обавезе и о разлозима обавештава дужника. На тај начин се дужнику даје прилика да путем одговарајућег обезбеђења разувери повериоца у погледу опасности да неће извршити своју обавезу. Након тога, поверилац наставља са извршењем своје обавезе. Ово решење је нешкодљиво за сам уговор и омогућава отклањање бојазни у погледу његовог извршења. У супротном, поверилац би, услед такве бојазни, могао доћи у ситуацију да брзоплето изврши повреду уговора, тако што ће без основа зауставити извршење своје обавезе.

Други циљ се огледа у заштити интереса уговорне стране која антиципира повреду уговора. Наиме, бојазан да друга страна неће извршити своје обавезе може бити и основана. У том случају, поверилац има могућност да заустави извршење своје обавезе, како би предупредио штетне последице неизвршења друге стране. Уколико му друга страна не понуди адекватно обезбеђење које би отклонило опасност од неизвршења, поверилац није дужан да настави са извршењем своје обавезе.

На описане начине Конвенција успоставља баланс између начела очувања уговора и заштите интереса уговору верне стране. Циљ средства из члана 71 Конвенције није, дакле, *a priori* уперен ка престанку извршења уговора, већ ка његовом очувању, али је остављена могућност да до престанка

извршења уговора дође уколико уговорна страна – дужник не понуди адекватно обезбеђење.

Литература/References

Bennett, T. (1987). Comments on Article 71. У Bianca, М. и Bonell, М. Ј. (Прир). *Bianca-Bonell Commentary on the international sales law: the 1980 Vienna Sales Convention*. Milan: Guiffre. 513–525.

Campbell, C. (1905). The Doctrine of Anticipatory Breach. *Central Law Journal*. 60. 64–69.

Chengwei, L. (2003). *Remedies for Non-Performance, Perspective from CISG, UNIDROIT Principles & PECL*. Beijing: Law School of Renmin University of China.

Enderlein, F. Maskow, D. (1992). *International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods: Commentary*. New York: Oceana.

Honnold, J. (1999). *Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention*. 3rd ed. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law and Taxation Publishers.

Rimke, J. (2001). *Force majeure and hardship: Application in international trade practice with specific regard to the CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*. The Hague: Kluwer.

Schlechtriem, P. (1986). *Uniform Sales Law – The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Vienna: Manz.

Schwenzer, I. H. Schlechtriem, P. (2016). *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 4th ed. Oxford: Oxford University Press.

Silveira, M. (2005). Anticipatory Breach Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *Nordic Journal of Commercial Law*. 2. 1–51.

Strub, M. G. (1989). The Convention on the International Sale of Goods: Anticipatory Repudiation Provisions and Developing Countries. *International and Comparative Law Quarterly*. 38(3). 475–501.

Ziegler, A. (2006). The Right of Suspension and Stoppage in Transit (and Notification Thereof). *Journal of Law and Commerce*. 25. 353–374.

Вилус, Ј. (1981). *Коментар Конвенције Организације Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе (Бечка конвенција из 1980.)*. Загреб: Информатор.

Вилус, Ј. Царић, С. Шогоров, С. Ђурђевић, Д. Дивљак, Д. (2008). *Међународно привредно право*. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

Вукадиновић, Р. (2012). *Међународно пословно право*. Крагујевац: Центар за право Европске уније.

Драшкић, М. Станивуковић, М. (2005). *Уговорно право међународне трговине*. Београд: Службени лист СЦГ.

Ђирић, А. (2018). *Међународно трговинско право – Посебни део*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Нишу.

*Uroš Zdravković, LL.D.,
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš,
Republic of Serbia*

THE RIGHT TO SUSPEND PERFORMANCE IN CASE OF ANTICIPATORY BREACH OF CONTRACT ON INTERNATIONAL SALE OF GOODS

Summary

In this paper, the author analyzes the provisions of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) which regulate the legal remedies available to contracting parties in case of anticipatory breach of contract. Anticipatory or presumed breach of contract implies a situation when one contracting party, on the basis of objective indicators, assumes that the other party will not perform its obligation. In this regard, the CISG provides for two legal remedies available to the contractual party that anticipates the breach of contract: a) to suspend the performance of its obligation, and b) to terminate the contract. This paper specifically analyzes the provisions of Article 71 of the CISG, which governs the right of a contracting party to suspend the performance of its obligation.

Article 71 CISG authorizes a seller or a buyer to suspend performance of its obligations under the sales contract if a party is unlikely to receive a substantial part of the counter-performance promised by the other party. The suspending party does not breach the contract if the suspension is rightful. However, if the suspension is not authorized by Article 71 CISG, the suspending party will breach the contract when it fails to perform its obligations. A party may suspend the performance of its obligations if, after the conclusion of the contract, it becomes apparent that the other party will not perform a substantial part of its obligations as a result of a

serious deficiency in the party's ability to perform, or the party's creditworthiness, or the party's conduct in preparing to perform or in performing the contract.

The right to suspend performance under Article 71 CISG is to be distinguished from the right to avoid the contract. Unlike the contract avoidance, which terminates the obligations of the parties, the suspension of contractual obligations recognizes that the contract continues and encourages mutual reassurance that both parties will perform. If the seller has already dispatched the goods, he may prevent the handing over of the goods to the buyer even though the buyer holds a document which entitles him to obtain the goods. This relates only to the rights in the goods as between the buyer and the seller. A party suspending performance, either before or after dispatching the goods, must immediately give notice of suspension to the other party, and must continue with performance if the other party provides adequate assurance of his performance.

Keywords: *CISG, law on international sale of goods, anticipatory breach of contract, suspension of performance.*

Др Марија Вујовић,*

Ванредни професор,

Филозофски факултет, Универзитет у Нишу

Република Србија

Др Марта Митровић,*

Доцент,

Филозофски факултет, Универзитет у Нишу

Република Србија

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

10.5937/zrpfno-45907

UDK: 17:[77:070.422

UDK: 316.774

Рад примљен: 09.08.2023.

Рад прихваћен: 08.11.2023.

ЕТИЧКИ СТАНДАРДИ И ФОТОГРАФИЈА У ШТАМПАНИМ МЕДИЈИМА**

Апстракт: Новинска фотографија је веома заступљен медијски садржај у српској штампи. Једини пропис који регулише етичке стандарде новинских фотографија је Кодекс новинара Србије, који није правно обавезујућ за уређивачке политике медија. За кршење његових одредаба, независно, саморегулаторно тело, Савет за штампу, изриче јавне опомене. Предмет истраживања у раду је етичност фотографија у озбиљним информативним новинама Политика, полутаблоидној новини Блиц и таблоидној новини Курир. Квантитативно-квалитативном анализом садржаја обухваћене су све објављене фотографије, осим рекламних, у периоду од 1. до 7. априла 2023. године. Анализа је обухватила 1915 објављених фотографија. Етичност фотографије ауторке су процењивале у односу на одредбе Кодекса новинара Србије, а које су могле бити детектоване увидом у штампана издања новина. Резултати истраживања показују да се етички стандарди у анализираним новинама не поштују у потпуности, да је више етичких прекршаја у полутаблоидној и таблоидној штампи и да је најчешће реч о ненавођењу извора или ауторства фотографије и о ненаглашавању илустративне улоге фотографија.

Кључне речи: новинска фотографија, штампани медији, етика, Кодекс новинара Србије, професионални стандарди.

* marija.vujovic@filfak.ni.ac.rs

* marta.mitrovic@filfak.ni.ac.rs

** Рад је, под истим насловом, изложен на међународној научној конференцији Право и друштвене вредности, одржаној на Правном факултету у Нишу, 21. априла 2023. године.

1. Увод

Теоретичари медија указују на све већи значај визуелне комуникације у савременом друштву. Људи су, пре свега, визуелна бића. Миленијумима су реаговали само на визуелне информације пре него што су развили способност да читају текст. Већина процеса комуникације одвија се невербалним путем. Већина осећања и ставова долази од израза лица и начина на који су речи изговорене. „Није само реч о значењу поруке која се преноси. Сlike, више од текста, граде поверење и кредибилитет“ (Walter, Gioglio, 2020: 16). Због тога модерној, брзој комуникацији, карактеристично по обиљу информација, погодује визуелна комуникација. „У том смислу, изгледа да не би било претерано говорити о доминацији визуелног, што је посебно карактеристично за тренутну етапу друштвеног развоја, јер смо данас сасвим сигурно више него било када раније изложени и окружени сликама“ (Звијер, 2012: 1701). О тренду визуелизације савремених медија пишу и ауторке Вујовић и Митровић истичући да је „реално очекивати да ће у будућности визуелно бити све доминантније и да ће штампани медији морати да прате тај тренд, нудећи визуелни доживљај науштрб наративног текста, било да је реч о реклами или новинском чланку“ (Vuјović, Mitrović, 2017: 307).

Новинска фотографија, као вид визуелне комуникације, веома је заступљена у медијима. На то је указала француска новина *Libération*, када је 14. новембра 2013. године објавила своје издање без фотографија. Уредници су своју одлуку објаснили на насловној страни речима: „*Libération* дугује вечну захвалност фотографији, без обзира да ли она долази од фото-новинара, модних фотографа, портретиста или концептуалних уметника. Наша страст према фотографији никада није била доведена у питање – не због тога што се она користи да улепша, шокира или илуструје, већ зато што фотографија мери пулс нашег света... Ово није опело, овиме не сахрањујемо фотографију, ми јој одајемо омаж који заслужује“¹.

У време када је француска новина објавила издање без фотографија, посао фото-новинара је био угрожен. „Због широко доступне технологије, мобилних телефона, интернета и једноставности њиховог коришћења, готово свако може да направи и јавно објави фотографију и то за мање од једног минута. Притом, није потребно бити професионални фотограф или фото-новинар, свако може да буде грађански фото-новинар“ (Vuјović, 2021:

1 Greenslade, R. French paper published without photographs, *The Guardian*, 15. 11. 2013. Преузето 26. 7. 2023. <https://www.theguardian.com/media/greenslade/2013/nov/15/news-photography-france>

9). Ипак, ова чињеница не ослобађа одговорности медије који објављују фотографије, без обзира на ауторство фотографије.

Због значаја визуелне комуникације, кодекси новинара широм света уређују коришћење новинских фотографија у медијима. Њихово поштовање углавном је добровољно, али веома важно. „Кодекси омогућавају да се успостави поверење између професионалаца и оних који користе њихове услуге. Заправо, прокламовањем да је усвојила кодекс и да се држи његових норми, група стручњака се ставља у ‘службу друштва’“ (Krstić, Milojević, 2015: 12). Поштовање кодекса посебно је важно у транзиционим друштвима јер без „високе моралне постављености новинарства илузорно је очекивати добро функционисање и развој демократије у једном друштву. Другачије речено, само развијено, одговорно и морално новинарство даје импулс за прогресиван раст и развој једног модерног друштва“ (Donev, Vojinović, 2022: 274).

Ретки су кодекси који се посебно баве фото-новинарством, као што је Етички кодекс Националне асоцијације фото-новинара Сједињених Америчких Држава (The National Press Photographers Association – NPPA), који истиче важност да сви грађани буду информисани о јавним догађајима и улогу коју у томе имају фото-новинари. Њихова одговорност је да документују друштво и да сачувају његову историју кроз фотографије. „Фотографије и видео-записи могу открити велике истине, разоткрити неправде и занемаривање, инспирисати наду и разумевање и повезати људе широм света језиком визуелног разумевања. Фотографије такође могу проузроковати велику штету ако су безосећајно наметљиве или се њима манипулише”². Етички кодекс асоцијације, усвојен средином 20. века, посвећен је унапређењу положаја визуелног новинарства и успостављању највиших стандарда за рад фото-новинара: визуелно извештавање мора бити тачно и разумљиво; избегавати фотографисање режираних сцена, не представљати лажно догађаје и не манипулисати фотографијама; избегавати стереотипно приказивање појединаца или група, избегавати пристрасност у раду и не утицати на људе и догађаје који се фотографишу; показати поштовање и емпатију за људе који се фотографишу, посебно према осетљивим појединцима и жртвама злочина; приказивање приватних, потресних сцена је дозвољено само ако за то постоји оправдани разлог; не поткупљивати и не награђивати изворе информација, не прихватати поклоне, услуге или накнаде од оних који желе

2 Code of Ethics. The National Press Photographers Association. Преузето 26. 7. 2023. <https://nppa.org/resources/code-ethics>

да се измени приказ догађаја; бити професионалан у раду, не саботирати рад других новинара³.

Основни принцип готово свих етичких кодекса новинара, да визуелно извештавање мора бити објективно, без режирања сцена и манипулација, различито је примењиван. Медији данас радије приказују оно што верују да публика жели да види. Такође, одређене манипулације су уредницима медија прихватљиве. Уредници нису толико стриктни када је у питању дигитално мењање фотографије уобичајеног догађаја, али јесу када се ради о фотографијама ударних вести (Fahmy, Bock, Wanta, 2014: 50). „Природа посла једног фото-новинара је таква да, било да извештава о рату, трагедији или локалној власти, мора стално ходати по танкој жици, и то брзо и агилно наочиглед свих. Можда је дигитализација умањила веру јавности у камеру, али зато не сме доћи до умањења вере у људе” (Fahmy et al., 2014: 49).

Република Србија нема кодекс професионалне етике фото-новинара, па једини пропис који регулише етичке стандарде новинских фотографија је Кодекс новинара Србије⁴. Овај Кодекс није правно обавезујућ за уређивачке политике медија, већ за кршење његових одредаба, независно, саморегулаторно тело, Савет за штампу, изриче јавне опомене. Србија има Закон о јавном информисању и медијима, али он се не бави етичким дилемама новинара и „не залази директно у поступке новинара” (Благојевић, Стојановић Прелевић, 2019: 369).

Једно од истраживања поштовања Кодекса новинарске етике, које је спроведено 2015. године и обухвата четири националне дневне новине у Србији (Блиц, Вечерње новости, Данас и Политика), укључује и новинску фотографију. Резултати показују да су одступања од упутстава и смерница Кодекса новинара Србије карактеристична за Блиц и Вечерње новости, док се Политика најстроже држи новинарских стандарда. Када је о прекршајима реч, најчешће је реч о фотографијама чији аутори нису наведени, или није назначено да нису настале на актуелном догађају, нису означене као архивске, нити је наведен извор одакле су преузете. Ауторке закључују да у многим случајевима фотографије посредно откривају идентитет жртава, а честа је и употреба фотографија са личних профила на друштвеним мрежама без дозволе аутора (Krstić, Milojević, 2015).

Ауторке Вујовић и Стојановић Прелевић истраживале су етичност фотографија у српским штампаним медијима (Политика, Блиц, Курир), у

3 Исто.

4 Кодекс новинара Србије усвојен је 2006. године од стране два највећа медијска удружења, Удружења новинара Србије и Независног удружења новинара Србије.

мају 2014. године. Резултати истраживања говоре да највећи број етичких прекршаја у фотографијама имају таблоиди и полутаблоиди. Највећи број прекршаја у све три новине је ненаглашавање илустративне улоге фотографије и ненавођење ауторства. Следи објављивање непримерених, узнемиравајућих и порнографских садржаја, непоштовање права на приватност и заштиту идентитета, као и непоштовање претпоставке невиности. Уочен је и велики број примера са вишеструким кршењем одредби Кодекса новинара Србије на једној фотографији. Ови подаци указују на лошу слику фото-новинарства у Србији, и, у крајњем, на лоше стање српског новинарства (Vuјović, Stojanović Prelević, 2014).

У раду који је за циљ имао да покаже како општеприхваћени етички стандарди изгледају из перспективе фото-извештавања, ауторка Нинковић Славнић истиче три протонорме када је реч о фото-извештавању: поштовање приватности, непристрасност и аутентичност и тачност. Закључује да је поштовање приватности регулисано одредбама које се односе на заштиту идентитета, док се дискриминација и стереотипно приказивање не разматрају у контексту фотографије. Када је реч о норми аутентичности и тачности, закључује да је питање манипулације садржајем обрађено у кодексу, манипулација сценом је потпуно изостављена, а манипулација контекстом регулисана је обавезом да се архивска фотографија јасно означи као таква (Ninković Slavnić, 2015: 175). Славнић закључује и да „постоји разлика између јавних личности и осталих грађана јер се за прве претпоставља да одређене акције, без обзира што припадају приватној сфери, дају битне податке о особи која обавља неку јавну функцију, па их као релевантне треба објавити. То је случај у ситуацијама када постоји јавни интерес, а не када су фотографије војајерске и мотивисане трком за профитом” (Ninković Slavnić, 2015: 166).

Приватност може бити нарушена и када је реч о личностима које нису јавне, када доживе личне трагедије и несреће. Тада је јасно да јавног интереса нема, али аргумент уредника медија је да објављивање таквих фотографија треба да освести јавност и спречи сличне несреће. Једна од таквих фотографија, која приказује тело утопљеног дечака Ајлана Курдија на обалама Турске, објављена је 2. септембра 2015. године у готово свим светским медијима и постала је симбол мигрантске кризе. Тело мртвог детета на насловним странама крши одредбе кодекса професионалне етике, али је одлука уредништва бројних медија била да је објаве јер „укида сваку равнодушност, директно делује на емоције и активира људску потребу да се одупре безумљу” (Јевтић, 2015: 185). Одлука да се објаве овакве фотографије је, заправо, одлука да се прикаже слика сурове стварности и пробуди успавана јавност.

У новинарској пракси дешавају се одступања од начела кодекса и када је реч о изменама фотографија, где је јасан захтев да садржај фотографије не може бити промењен без сагласности аутора и да фотомонтаже и обрађене фотографије морају јасно бити разликоване од документарне фотографије. Вујовић и Митровић дају препоруку да се измене одредбе Кодекса новинара Србије и дозволе измене које суштински не мењају садржај фотографије, као што је могућност уклањања делова који нису од важности за разумевање значења фотографије (Vujović, Mitrović, 2020: 145).

2. Методолошки оквир

Предмет истраживања у раду је етичност фотографија у штампаним медијима у Србији, у озбиљним информативним новинама Политика, полутаблоидној новини Блиц и таблоидној новини Курир. Квантитативно-квалитативном анализом садржаја обухваћене су све објављене фотографије, осим рекламних, у периоду од 1. до 7. априла 2023. године. Анализа је обухватила 1915 објављених фотографија. Етичност фотографије ауторке су процењивале у односу на одредбе Кодекса новинара Србије, а које су могле бити детектоване увидом у штампана издања новина.

У Начелу I Кодекса новинара Србије, „Истинитост извештавања“, инсистира се на обавези новинара да „тачно, објективно, потпуно и благовремено извести о догађајима од интереса за јавност, поштујући право јавности да сазна истину и држећи се основних стандарда новинарске професије“⁵. У смерницама које се директно односе на фотографију, истичу се следећа правила: „Промене садржаја фотографије недопустиве су без сагласности аутора; Мора се јасно нагласити разлика између документарне фотографије и фотомонтаже. Читаоци/гледаоци не смеју да се доводе у заблуду; Недопустиве су драстичне интервенције при дигиталној обради документарне фотографије. Дозвољене су само минималне корекције (у домену боја, контраста, оштрине, и слично) које не утичу на њен садржај“⁶.

У Начелу II, „Независност од притиска“, истиче се: „Било какве интервенције (уредника, графичког уредника, дизајнера, и других), у погледу садржаја фотографије, недопустиве су без сагласности аутора“⁷.

У Начелу IV, „Одговорност новинара“, истиче се: „Коришћење туђих информација, идеја, истраживања, и фотографија и графичких приказа без адекватног навођења извора, сматра се плагирањем, и представља једну од најтежих повреда професионалних и етичких стандарда. Плагирање

5 Начело I, члан 1 Кодекса новинара Србије. Диа-Арт 2015.

6 Начело I, члан 2 КНС

7 Начело II, члан 1 КНС

угрожава кредибилитет новинара/медијске куће, и доводи и до губитка поверења читалаца/гледалаца/слушалаца у новинарску професију”⁸. Наводи се и: „Медији су дужни да поштују право претпоставке невиности и да штите приватност и идентитет осумњиченог или починиоца, чак и у случају признања кривице”⁹. У истом Начелу наводи се још: „Заштита приватности и идентитета подразумева не само заштиту имена (означавање осумњиченог иницијалима), већ и заштиту других података који би могли да упуте на његов идентитет: фотографија, адреса, опис изгледа, брачно стање, социјални статус, припадност некој групи, имена суседа, рођака и пријатеља”¹⁰.

У Начелу VII, „Поштовање приватности”, истиче се: „Приликом извештавања о несрећама и кривичним делима, није дозвољено објављивање имена и фотографија жртава и починилаца које их јасно идентификују. Такође, није дозвољено ни објављивање било каквих података који би индиректно могли да открију идентитет било жртве, било починиоца, пре него што надлежни орган то званично саопшти”¹¹. Истиче се још: „Фотографи и сниматељи дужни су да се, приликом фотографисања жртава несрећа и злочина, опходе са обзиром и саосећањем”¹². И: „Новинар је обавезан да осигура да дете не буде угрожено или изложено ризику због објављивања његовог имена, фотографије или снимка са његовим ликом, кућом, заједницом у којој живи или препознатљивом околином”¹³.

У Начелу VIII, „Коришћење часних средстава”, истиче се: „У прикупљању информација, фотографија, докумената, звучних и видео записа новинар ће се користити само часним средствима. Новинари и уредници не смеју да објављују материјал прибављен уз помоћ скривених камера, прислушних уређаја, односно неовлашћеним прислушкивањем, изузев када се тиме штити јавни интерес (нпр. објављивање информација о угрожености живота и здравља становништва, корупцији, злоупотреби положаја и слично)”¹⁴. Истиче се још да: „Новинар не треба да настави са постављањем питања, телефонирањем, фотографисањем или снимањем приватног лица пошто је замољен да одустане”¹⁵.

8 Начело IV, члан 2 КНС

9 Начело IV, члан 3 КНС

10 Начело IV, члан 3 КНС

11 Начело VII, члан 1 КНС

12 Начело VII, члан 3 КНС

13 Начело VII, члан 4 КНС

14 Начело VIII, члан 1 КНС

15 Начело VIII, члан 2 КНС

У Начелу IX, „Поштовање ауторства”, истиче се: „Фотографије морају да буду потписане именом и презименом аутора или власника фотографије. Кршење ауторских права неовлашћеним репринтом, копирањем фотографија из штампаних медија, 'скидањем' (download) фотографија са Интернета, сматра се тешком повредом овог Кодекса. Фотографије се не могу уступати другим лицима, организацијама, институцијама и медијима без сагласности аутора“¹⁶. Истиче се и: „Новинар неће као своје потписивати текстове, цртеже, илустрације, фотографије, видео и звучне записе других аутора. Фотомонтаже и обрађене фотографије морају јасно да буду разграничене од документарне фотографије. Читаоци/гледаоци не смеју се намерно доводити у заблуду“¹⁷. Даље: „Новинар треба да одбије да потпише текст, фотографију, цртеж, илустрацију, звучни или видео запис. Новинар не би требало да се потпише ако није учествовао у припреми и изради текста, фотографије, цртежа, илустрације, звучног и видео записа. Уколико је променом надаслова, наслова и подаслова уредник променио смисао и интонацију текста, фотографије, цртежа, илустрације, звучног и видео записа, новинар је дужан да на то скрене пажњу уреднику, и да захтева измене. Уколико уредник не прихвати захтеве новинара, он има право да тражи изостављање свог потписа, односно да повуче текст, фотографију, цртеж, илустрацију, видео и звучни запис“¹⁸. Истиче се и: „Уредник је обавезан да услиши захтев новинара да га не потпише под текстом, фотографијом, цртежом, илустрацијом, звучним или видео записом уколико новинар сматра да би тиме била угрожена његова безбедност“¹⁹. И: „Фотографија уз текст/прилог која није настала на самом догађају који илуструје, мора да буде назначена као архивска. Потребно је јасно назначити сваку фотографију која није настала непосредно на догађају, а служи његовом илустровању“²⁰.

Претпоставке од којих се у раду полазило биле су да се етички стандарди у анализираним новинама не поштују у потпуности, да је више етичких прекршаја у полутаблоидној и таблоидној штампи и да је најчешће реч о ненавођењу извора или ауторства фотографије и о непоштовању претпоставке невиности и права на приватност.

16 Начело IX, члан 1 КНС

17 Начело IX, члан 2 КНС

18 Начело IX, члан 3 КНС

19 Начело IX, члан 4 КНС

20 Начело IX, члан 5 КНС

3. Резултати истраживања

У анализираном периоду, у све три дневне новине, објављено је укупно 1915 фотографија. У Политици је објављен најмањи број фотографија – 497, следи Блиц са 562, и Куир са највећим бројем – 856 објављених фотографија (Табела 1). И по самом броју објављених фотографија може да се закључује о степену таблоидности новина. По правилу, озбиљна штампа објављује мали број фотографија, за разлику од полутаблоида и таблоида, где доминирају фотографије.

У односу на укупан број објављених фотографија, највећи број етичких прекршаја имала је новина Куир – 736, следи Блиц – 451 и Политика са најмањим бројем етички проблематичних фотографија – 103. Овакав резултат анализе потврђује претпоставку од које ауторке полазе да је више етичких прекршаја у полутаблоидној и таблоидној штампи него у озбиљним новинама. Укупан број фотографија на којима је регистрован неки од етичких прекршаја је 1293, што обухвата 66% од укупног броја објављених фотографија²¹ (Табела 1).

Табела 1. Компарација анализираних медија према броју етичких прекршаја

Медиј	Број објављених фотографија у периоду анализе	Број етичких прекршаја у периоду анализе у оквиру анализираних медија	Процент прекршаја по медију у односу на укупан број прекршаја
Политика	497	103 (21%)	8%
Блиц	562	451 (80%)	35%
Куир	856	736 (86%)	57%
Укупно	1915	1293 (66%)	1293 (100%)

Када је о етичким прекршајима реч, најчешћи прекршај у све три анализираних новине било је ненавођење извора/ауторства фотографије – 944, следи ненаглашена илустративна улога фотографије – 135, непоштовање правана приватност и заштиту идентитета – 97, непоштовање претпоставке невиности – 67, ненаглашена разлика између документарне фотографије и

21 У анализи садржаја новинских фотографија било је и оних код којих су регистровани вишеструки етички прекршаји. Сваки од њих је регистрован појединачно.

фотомонтаже – 24, непримерени, узнемиравајући и порнографски садржај – 16, а најмање је било фотографија снимљених скривеном камером – 10 (Табела 2).

Табела 2. Приказ броја идентификованих етичких прекршаја

Етички прекршаји	Број
Ненавођење извора/ауторства фотографије	944
Ненаглашена илустративна улога фотографије	135
Непоштовање права на приватност и заштиту идентитета	97
Непоштовање претпоставке невиности	67
Ненаглашена разлика између документарне фотографије и фотомонтаже	24
Непримерени, узнемиравајући и порнографски садржај	16
Фотографије снимљене скривеном камером	10
Укупно	1293

Када је о етичким прекршајима реч, највећи број, у сва три анализирана листа, односи се на ненавођење извора/ауторства фотографије. У посматраном периоду, у Куриру је таквих фотографија објављено 532, у Блицу 352, а у Политици 60. Овакав резултат оправдава сумњу да је пракса преузимања фотографија са интернета честа, посебно у таблоидима и полутаблоидима. Овај резултат сведочи и о лошем положају фото-новинара у српском новинарству.

Следећи најчешћи етички прекршај у Куриру и Политици је ненаглашавање илустративне улоге фотографије, на којима не може јасно да се уочи да су настале непосредно на месту догађаја или немају директну везу са пратећим текстом. У посматраном периоду, у Политици је објављено 39 таквих фотографија, а у Куриру 70. У новини Блиц, ово је трећи етички прекршај по учесталости, објављено је 26 таквих фотографија у посматраном периоду (Табела 2). Овакви резултати указују на праксу новина да користе фотографије из архиве.

Други по учесталости етички прекршај у новини Блиц, а трећи у Куриру и Политици је непоштовање права на приватност и заштиту идентитета: Блиц – 38, Курир – 57 и Политика – 2. У Политици је у истом броју случајева забележен још један етички прекршај, непоштовање претпоставке

невиности – 2, док је тај прекршај у таблоидним и полутаблоидним новинама учесталији: Курир – 39 и Блиц – 26. У Куриру су забележени и следећи етички прекршаји: ненаглашена разлика између документарне фотографије и фотомонтаже – 24, непримерени, узнемиравајући и порнографски садржај – 8 и фотографије снимљене скривеном камером – 6, а у Блицу: непримерени, узнемиравајући и порнографски садржај – 8 и фотографије снимљене скривеном камером – 4 (Табела 3).

Табела 3. Компаративни приказ броја етичких прекршаја у анализираним новинама

Медији и етички прекршаји	Број етичких прекршаја
Курир	736
Ненавођење извора/ауторства фотографије	532
Ненаглашена илустративна улога фотографије	70
Непоштовање права на приватност и заштиту идентитета	57
Непоштовање претпоставке невиности	39
Ненаглашена разлика између документарне фотографије и фотомонтаже	24
Непримерени, узнемиравајући и порнографски садржај	8
Фотографије снимљене скривеном камером	6
Блиц	454
Ненавођење извора/ауторства фотографије	352
Непоштовање права на приватност и заштиту идентитета	38
Ненаглашена илустративна улога фотографије	26
Непоштовање претпоставке невиности	26
Непримерени, узнемиравајући и порнографски садржај	8
Фотографије снимљене скривеном камером	4
Политика	103
Ненавођење извора/ауторства фотографије	60
Ненаглашена илустративна улога фотографије	39
Непоштовање права на приватност и заштиту идентитета	2
Непоштовање претпоставке невиности	2
Укупно	1293

4. Дискусија и закључак

Претпоставке од којих се у раду полазило делимично су потврђене. Резултати истраживања показују да се етички стандарди у анализираним новинама углавном не поштују када је реч о новинским фотографијама. Укупан број фотографија на којима је регистрован неки од етичких прекршаја је 1293, што обухвата 66% од укупног броја објављених фотографија. Највећи број етичких прекршаја имала је новина Куир – 57%, затим Блиц – 35% и Политика са најмањим бројем етички проблематичних фотографија – 8%, посматрано у односу на укупан број етичких прекршаја. Овакав резултат анализе потврдио је претпоставку од које су ауторке пошле: да је више етичких прекршаја у полутаблоидној и таблоидној штампи него у озбиљним новинама. Потврђена је и претпоставка да је најчешћи етички прекршај ненавођење извора или ауторства фотографије. У посматраном периоду, објављено је 73% таквих фотографија у укупном броју етички проблематичних фотографија. У Куриру је таквих фотографија објављено 532, у Блицу 352, а у Политици 60. Овакав резултат оправдава сумњу да је пракса преузимања фотографија са интернета честа, посебно у таблоидима и полутаблоидима. Овај резултат сведочи и о лошем положају фотонинара у српском новинарству. Резултати истраживања показују да прекршаји непоштовање претпоставке невиности и права на приватност нису међу најчесталијима. Чешће није наглашавана илустративна улога фотографије, у 11% случајева у односу на укупан број етичких прекршаја у све три дневне новине. Изузетак је новина Блиц, код које је непоштовање права на приватност и заштиту идентитета други прекршај по учесталости. Када посматрамо резултате обједињено за све три новине, ово је трећи прекршај по учесталости, у 7% случајева у односу на укупан број етичких прекршаја. Следи непоштовање претпоставке невиности, у 5% случајева у односу на укупан број етичких прекршаја. Најмање је било фотографија снимљених скривеном камером, мање од 1% од укупног броја етички проблематичних фотографија. Треба истаћи да је новина Куир кршила етичке норме у свим посматраним категоријама, када је реч о новинским фотографијама. С друге стране, новина Политика није кршила све норме, као што је непримерени, узнемиравајући и порнографски садржај и фотографије снимљене скривеном камером.

Када се резултати овог истраживања упореде са резултатима претходно спроведених анализа садржаја српских медија, јасно је да су одступања од упутстава и смерница Кодекса новинара Србије карактеристична за таблоиде и полутаблоиде. Када је о врстама прекршаја реч, најчешће је реч о фотографијама чији аутори нису наведени и ненаглашавању илустративне

улоге фотографије (Vuјović, Stojanović Prelević, 2014; Krstić, Milojević, 2015). Резултати овог истраживања потврђују тај тренд.

Због тога би било важно додатно уредити објављивање новинских фотографија у српским медијима. У недостатку специјализованог кодекса који се односи искључиво на фото-извештавање, препорука би могла бити да медијске куће усвоје интерне кодексе о објављивању фотографија, који ће садржати детаљна упутства за професионалност у извештавању у свим потенцијално проблематичним ситуацијама.

Литература и извори

Благојевић, А. и Стојановић Прелевић, И. (2019). Правни и етички аспекти новинарства у Србији: компаративна анализа Закона о јавном информисању и медијима и Кодекса новинара Србије. Зборник радова Правног факултета у Нишу. 85. 353–370.

Звијер, Н. (2012). Социологија визуелног – могући правци будућег развоја социологије у Србији. Социолошки преглед: часопис Српског социолошког друштва. XLVI (3–4). 1070–1090.

Donev, D. i Vojinović, M. (2022). O nespornom značaju етичких кодекса u novinarstvu. *CM: Communication and Media*, 17 (2). 273–286.

Fahmy, S. Bock, M. A. & Wanta, W. (2014). *Visual communication theory and research: A mass communication perspective*. Palgrave Macmillan.

Greenslade, R. French paper published without photographs, *The Guardian*, 15. 11. 2013. Преузето 26. 7. 2023. <https://www.theguardian.com/media/greenslade/2013/nov/15/news-photography-france>

Jevtić, M. (2015). Novinarska етика u izveštavanju o osetljivim temama: (zlo) upotreba fotografije tokom migrantske krize 2015. U Veljanovski, R. (Prir.). *Indikatori profesionalnog/neprofesionalnog ponašanja novinara i medija*. Beograd: Fakultet političkih nauka. 179–191. Кодекс новинара Србије. Преузето 26. 7. 2023. <https://www.uns.org.rs/kodeks-novinara-srbije.html>

Krstić, A. Milojević, A. (2015). Етички и професионални аспекти извештавања дневне штампе у Србији. U Veljanovski, R. (Prir.). *Indikatori profesionalnog/neprofesionalnog ponašanja novinara i medija*. Beograd: Fakultet političkih nauka. 11–37.

Ninković Slavnić, D. (2015). Етика фото-извештавања. U Veljanovski, R. (Prir.). *Indikatori profesionalnog/neprofesionalnog ponašanja novinara i medija*. Beograd: Fakultet političkih nauka. 163–178. Code of Ethics. *The National Press*

Photographers Association. Преузето 26. 7. 2023. <https://nppa.org/resources/code-ethics>

Vujović M. i Mitrović M. (2017). Vizuelizacija savremenih medija. Nauka i stvarnost: zbornik radova sa naučnog skupa. Pale: Filozofski fakultet. 295–309.

Vujović, M. (2021). Fotografija u medijima. Niš: Filozofski fakultet Univerziteta u Nišu.

Vujović, M. i Mitrović, M. (2020). Interpretation of Newspaper Photography: A Case Study of NIN Magazine. AM Journal of Art and Media Studies. 22. 134–146.

Vujović, M. i Stojanović Prelević, I. (2014). Ethich of Newspaper Photography. Facta universitatis – Series Philosophy, Sociology, Psychology and History. 13 (3). 123–135

Walter, E. Gioglio, J. (2020). The power of visual storytelling: how to use visuals, videos, and social media to market your brand. McGraw-Hill Education.

Marija Vujović, PhD
Associate Professor,
Communicology and Journalism Department,
Faculty of Philosophy, University of Niš

Marta Mitrović, PhD
Assistant Professor,
Communicology and Journalism Department,
Faculty of Philosophy, University of Niš,
Republic of Serbia

ETHICAL STANDARDS AND PHOTOGRAPHY IN NEWSPAPERS

Summary

Newspaper photography is a very common and important media content that initially attracts the readers' attention and thus influences their opinions about the depicted events. The study of visual content in the media is increasingly important in media theory. Visual content is becoming more dominant because it can efficiently convey a lot of information due to the absence of language barriers. Thus, adherence to professional standards in the publication of newspaper photographs is very important. In Serbia, the only document that regulates the ethical standards of newspaper photography is the Journalists' Code of Ethics, but it is not legally binding

on the editorial policy of the media. The consequences of violating its provisions are public warnings issued by the Press Council, an independent self-regulatory body. The results of a quantitative and qualitative analysis of newspaper photographs published in three daily newspapers (the serious broadsheet daily Politika, the semi-tabloid Blic, and the tabloid Kurir) have shown to what extent the ethical standards are respected in practice. The research was conducted in the first week of April 2023. The analysis included all photos published during this period, except advertising photos.

The analysis of newspaper photos included the following criteria defined in the Journalists' Code of Ethics: whether there is a clear distinction between a documentary photograph and a photo-shopped image; whether the illustrative role of a photo is emphasized when it is not taken directly at the scene of the event; whether the source/authorship of the photo is indicated; whether the principle of presumption of innocence has been applied and whether the privacy and identity of the victim or the suspected offender have been respected (e.g. by not publishing photos) even if the offender has pleaded guilty, until the moment of rendering the final court judgment; whether the published photos were taken with hidden cameras; and whether the photos contain inappropriate, disturbing and pornographic content. The article is based on the hypotheses that ethical standards are not fully met in the newspapers under consideration, that there are more violations of ethical standards in the semi-tabloid and tabloid newspapers, and that the most common violations entail the failure to credit the source or authorship of the photo and disregard for the presumption of innocence and the right to privacy.

Keywords: newspaper photography, newspaper, ethics, Serbian Journalists' Code of Ethics, professional standards.

Др Александар Антић,*
Доцент,
Правни факултет, Универзитет у Крагујевцу,
Република Србија

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-45620

UDK: 331.108.3:351.82]:342.4
Раd примљен: 21.07.2023.
Раd прихваћен: 04.11.2023.

ПИТАЊЕ УСТАВНОСТИ ОГРАНИЧЕЊА ЗАПОШЉАВАЊА У ЈАВНОМ СЕКТОРУ**

Апстракт: Ограничење запошљавања у јавном сектору подразумева позитивноправно уређено одсуство аутономије послодаваца у јавном сектору приликом заснивања радног односа на одређено и неодређено време, односно приликом радног ангажовања лица у рад ван радног односа. Послодавци у јавном сектору, осим у изузетним ситуацијама, заснивање радног односа на одређено и неодређено време, односно ангажовање лица у рад ван радног односа, могу спровести тек након сагласности Комисије Владе Републике Србије за давање сагласности за ново запошљавање и додатно радно ангажовање код корисника јавних средстава. Аутор у раду анализира уставност одредби које уређују ограничење запошљавања у јавном сектору. Поставља се питање да ли су норме које се односе на уређивање ограничења запошљавања у јавном сектору у супротности са правом на рад, односно забраном дискриминације које прописује Устав Републике Србије.

Кључне речи: ограничење запошљавања у јавном сектору, право на рад, заснивање радног односа на неодређено време, Устав Републике Србије, забрана дискриминације.

* anticaleksandar89@gmail.com

** Раd је саопштен на научном скупу „Одговорност у правном и друштвеном контексту“, одржаном на Правном факултету Универзитета у Нишу маја 2022 године.

Увод

Слобода рада је право које подразумева овлашћења запосленог да самостално одлучи да ли жели да заснује радни однос, односно да ли и када жели да прекине радни однос. Међутим, насупротив праву запосленог, стоји и право послодавца да одлучи да ли жели са неким запосленим да заснује радни однос, односно да ли жели да запослени код њега обавља послове у оквиру рада у радном односу на одређено или неодређено време.

Слобода рада запосленог је готово неограничена, док је слобода послодавца ограничена посебно код престанка радног односа, имајући у виду да је послодавац фактички јача страна у радном односу насупротив запосленом, а уз испуњење одређених услова и приликом избора врсте рада у радном односу, с обзиром на то да у одређеним ситуацијама послодавац са запосленим мора засновати радни однос на неодређено време (на пример у случају фактичког рада).

Ограничења која постоје на страни послодавца уведена су како би се заштитио запослени. Међутим, ограничење или забрана запошљавања у јавном сектору постоји како би се смањила буџетска потрошња, односно како би се заштитила буџетска средства.

Ради се о ограничењу аутономије послодавца приликом заснивања радног односа са запосленим, које је карактеристично за јавни сектор. Ову врсту ограничења правна теорија не препознаје.

Ограничење запошљавања у јавном сектору је реалност која егзистира у нашем правном систему готово читаву деценију. Поред мноштва негативних последица, о којима ће бити речи у наставку рада, произвело је једну позитивну. Наиме, заиста је довело до смањења буџетске потрошње. Међутим, питање је да ли је овај циљ био вредан последица које је произвело и које и даље производи.

Поред негативних друштвених утицаја, према мишљењу аутора, ограничење запошљавања, односно прописи који га уређују су, имајући у виду одредбе Устава Републике Србије¹, противуставни. О конкретним разлозима који говоре у прилог неуставности забране, односно ограничења запошљавања биће указано у наставку рада.

Општи осврт на ограничење запошљавања у јавном сектору

„Ограничење запошљавања“, или како се још колоквијално означава, „забрана запошљавања“, појава је која код нас није појмовно нити правно

1 Устав Републике Србије. *Сл. гласник РС*. 98/2006.

одређена под овим називом. Ради се о појму који не препознаје ни правна теорија, већ га је изнедрила пракса. У нашем правном систему егзистира већ више година.

Ограничење или забрана запошљавања у јавном сектору подразумева скуп одредби којима се послодавцима у јавном сектору ограничава, односно искључује право на заснивање радног односа на неодређено и одређено време. Правила која уређују овај институт у великој мери ограничавају аутономију послодаваца у јавном сектору у погледу заснивања радног односа.

Забрана запошљавања у јавном сектору уведена је под утицајем Међународног монетарног фонда. Наиме, ова финансијска организација забрану запошљавања у јавном сектору и смањење зарада, односно ограничење њиховог раста запосленима у јавном сектору препоручује као средства за консолидацију буџета, односно смањење буџетске потрошње (International Monetary Fund, 2016).

Циљ примене мера фискалне консолидације је повећање бруто домаћег производа. Међутим, упркос порасту додате вредности по сектору, као у случају информационих технологија, финансија, осигурања и стручних делатности, допринос ових сектора по питању отварања нових радних места је био ограничен. Значајан део радне снаге у Републици Србији заглављен је у нископродуктивним пословима у производњи, грађевинарству, малопродаји и угоститељству, где су зараде у просеку 10 до 30 посто ниже од просека на националном нивоу (International Labour Organization, 2020).

Забрана запошљавања у јавном сектору уведена је крајем 2013. године. Наиме, у члану 1 Закона о изменама и допунама Закона о буџетском систему, који је објављен у „Службеном гласнику РС“, бр. 108/2013 од 6. 12. 2013. године, а ступио је на снагу 7. 12. 2013, предвиђено је да корисници јавних средстава не могу заснивати радни однос са новим лицима ради попуњавања слободних, односно упражњених радних места до 31. децембра 2015. године. Изузетно, радни однос са новим лицима могао се засновати уз сагласност тела Владе, на предлог надлежног министарства, односно другог надлежног органа, уз претходно прибављено мишљење Министарства.

Укупан број запослених на одређено време због повећаног обима посла, лица ангажованих по уговору о делу, уговору о привременим и повременим пословима, преко омладинске и студентске задруге и лица ангажованих по другим основама код корисника јавних средстава не може бити већи од 10% укупног броја запослених.

Изузетно, број запослених на одређено време због повећаног обима посла, лица ангажованих по уговору о делу, уговору о привременим и повременим пословима, преко омладинске и студентске задруге и лица ангажованих по другим основама, код корисника јавних средстава, може бити већи од 10% укупног броја запослених уз сагласност тела Владе, на предлог надлежног министарства, односно другог надлежног органа, уз претходно прибављено мишљење Министарства.

Наведена одредба је почела да се примењује 1. јануара 2014. године. Од тада важи ограничење или забрана запошљавања у јавном сектору. Ради се о временском периоду од девет година.

Као што ће бити наведено у наредном делу овога рада, забрана запошљавања је у одређеном степену ублажена 1. јануара 2021. године. Међутим, њена суштина, која се огледа у забрани потпуно аутономног одлучивања послодаваца из јавног сектора приликом заснивања радног односа, није се мењала.

Сама забрана запошљавања уведена је прописом који не уређује материју радних односа, већ начин пословања и планирање финансијских средстава неопходних за рад буџетских корисника. Такође, забрана је предвиђена са неколико ставова једног члана који је поприлично непрегледан (с обзиром да има неколико десетина ставова) и који се изворно односи на фискална правила. Уједно, терминологија која се користи приликом одређивања правила у погледу забране запошљавања је често неодговарајућа, јер се на пример као лице у радном односу на одређено време означава радно ангажовано лице по уговору о привременим и повременим пословима или уговору о делу.

Током трајања забране запошљавања један од највећих проблема огледао се у њеној линеарној примени, посебно почетних година, када се сагласност за заснивање радног односа на неодређено време добијала јако ретко. Наиме, забрана запошљавања се примењивала на све послодавце у јавном сектору уз одређене ретке изузетке. То је довело до поремећаја у погледу броја запослених посебно у здравственом сектору. Због немогућности заснивања радног односа на неодређено време, као и често неплаћеног волонтерског рада, велики број здравствених радника је напустио Србију и засновао је радни однос у иностранству.²

2 Само кроз један пројекат Експертска миграција, који спроводи немачка агенција за запошљавање DEKRA, Републику Србију је напустило 600 медицинских радника, док је још 700 у поступку припреме за заснивање радног односа у Немачкој. <https://www.ekspertskamigracija.com/o-projektu-ekspertska-migracija/>, преузето 18. 7. 2023. године.

У 2017. години је број лекара смањен за око 600 у односу на 2014. годину, односно за око 1.000 у односу на 2011. годину. Укупан број лекара у периоду од 2011. године до 2017. године је дакле смањен за око 5% (Петовар, 2021: 9).

Есенцију забране запошљавања чини став доносиоца одлука да су запослени у јавном сектору трошак по буџетска средства и да се не ради о појединцима који имају позитиван утицај на економију. Међутим, често се пренебрегава чињеница у оваквим размишљањима и изјавима да се ради о појединцима који се баве пружањем услуга од општег интереса, као и да су запослени у јавном сектору демографски прилично различити од својих колега у приватном сектору. У јавном сектору је запослено знатно више жена него у приватном сектору и више старијих и образованијих запослених у односу на приватни сектор (Gindling, Hasnain, Newhouse, Shi, 2019: 8).

Јасне линије раздвајања не постоје увек између управљања људским ресурсима и буџетирања у јавној управи. Међутим ова средства за остваривање мисије и визије јавне администрације треба формирати тако да буду међусобно усклађена, а да једно или друго не спречавају остваривање циљева ради којих постоји конкретна организација из јавног сектора (Rosenbloom, 2015: 6).

Смањено запошљавање у јавном сектору свакако доводи и до других негативних последица, попут повећања незапослености. Ово је посебно истакнуто у неразвијеним подручјима државе где нема много великих приватних послодаваца, с обзиром на то да сва лица која не могу засновати радни однос у јавном сектору не могу засновати радни однос у приватном сектору, јер је он недовољно развијен (Сапон, 2017: 3).

Напоменули бисмо да је формално посматрано дошло до смањења незапослености у Републици Србији у претходним годинама и чак остваривања стратешких циљева у погледу незапослености (Огњеновић, Павловић, Кузманов, 2021: 91). Међутим, до смањења незапослености је дошло због промене методологије на основу које се евидентирају незапослена лица на евиденцији Националне службе за запошљавање³, исељавања становништва и до запошљавања незапослених лица али углавном у већим градовима.

3 Сходно члану 88 Закона о запошљавању и осигурању за случај незапослености. *Сл. гласник РС*. 36/2009, 88/2010, 38/2015, 113/2017, 113/2017 – др. закон и 49/2021, нпр. евиденција о незапосленом престаје да се води и ако незапослени започне осигурање по другом основу у складу са законом (закључи уговор о раду ван радног односа).

Позитивноправно регулисање ограничења запошљавања

У тренутку писања овога рада правни основ за ограничење запошљавања чине члан 27к Закона о буџетском систему⁴ и Уредба о поступку за прибављање сагласности за ново запошљавање и додатно радно ангажовање код корисника јавних средстава⁵.

Чланом 27к Закона о буџетском систему прописано је да је у периоду од 1. јануара 2021. године до 31. децембра 2023. године корисницима јавних средстава дозвољено да без посебних дозвола и сагласности у текућој календарској години приме у радни однос на неодређено време и радни однос на одређено време у својству приправника до 70% укупног броја лица којима је престао радни однос на неодређено време по било ком основу у претходној календарској години (умањен за број новозапослених на неодређено време и одређено време у својству приправника у тој календарској години), док о пријему новозапослених на неодређено време и одређено време у својству приправника изнад тог процента одлучује Комисија Владе Републике Србије за давање сагласности за ново запошљавање и додатно радно ангажовање код корисника јавних средстава, на предлог надлежног органа, уз претходно прибављено мишљење Министарства.

Изузетно, Комисија Владе може једним актом дати сагласност новооснованом кориснику јавних средстава на број лица који тај корисник може примити у радни однос на неодређено време и одређено време у својству приправника у календарској години у којој је основан.

Запошљавање на основу члана 27к Закона о буџетском систему може се реализовати уколико корисник јавних средстава има обезбеђена средства за плате, односно зараде, са припадајућим порезом и доприносима за новозапослене, као и под условима и у складу са процедурама предвиђеним посебним прописима.

Такође, почев од 1. јануара 2021. године укупан број запослених на одређено време (изузев у својству приправника), лица ангажованих по уговору о делу, уговору о привременим и повременим пословима, преко омладинске и студентске задруге, као и посредством агенције за привремено запошљавање и лица ангажованих по другим основама, код корисника јавних средстава не може бити већи од 10% укупног броја запослених на

4 Закон о буџетском систему. *Сл. гласник РС*. 54/2009, 73/2010, 101/2010, 101/2011, 93/2012, 62/2013, 63/2013 – испр., 108/2013, 142/2014, 68/2015 – др. закон, 103/2015, 99/2016, 113/2017, 95/2018, 31/2019, 72/2019, 149/2020 и 118/2021.

5 Уредба о поступку за прибављање сагласности за ново запошљавање и додатно радно ангажовање код корисника јавних средстава. *Сл. гласник РС*. 159/2020.

неодређено време, осим изузетно, уз сагласност тела Владе, на предлог надлежног органа, уз претходно прибављено мишљење Министарства.

У наведено ограничење не убрајају се лица у радном односу на одређено време ради замене одсутног запосленог до његовог повратка, лица радно ангажована посредством Националне службе за запошљавање у циљу спровођења мера активне политике запошљавања у складу са прописима који уређују област запошљавања (јавни радови и додатно образовање и обуке), лица ангажована ради реализације пројеката који се финансирају средствима Европске уније или средствима донација, уколико се накнаде за њихов рад, са припадајућим порезима и доприносима, финансирају из ових извора, као и лица ангажована од стране корисника програма обуке, акредитованих реализатора обуке који су уписани у Сталну листу предавача и других реализатора обука коју води Национална академија за јавну управу. Изузетно, корисник јавних средстава који има мање од 50 запослених на неодређено време може да има највише до седам запослених, односно ангажованих лица.⁶

Чланом 27к Закона о буџетском систему, у одређеном степену ублажена је забрана запошљавања у односу на раније важећи члан 27е, штавише у одређеним случајевима дозвољено је заснивање радног односа на неодређено време без сагласности Владине комисије, наравно уколико су испуњени услови о којима је већ било речи. Стога, је према нашем мишљењу исправније од 1. јануара 2021. године користити појам ограничење

6 Одредбе ст. 1 и 2 овог члана не односе се на судије, јавне тужиоце и заменике јавних тужилаца, наставно особље високошколске установе и научно и истраживачко особље научноистраживачке организације акредитоване у складу са законом, на изабрана, постављена и именована лица у државним органима и органима јединица територијалне аутономије и локалне самоуправе, као и на директоре јавних предузећа, друштва капитала, установа и јавних агенција чији су оснивачи Република Србија или јединице територијалне аутономије, односно локалне самоуправе, као и на особе са инвалидитетом у складу са прописима који уређују област професионалне рехабилитације и запошљавања особа са инвалидитетом.

О заснивању радног односа на неодређено време и радног односа на одређено време у својству приправника изнад процента из става 1 овог члана у службама Народне скупштине, Заштитника грађана, Повереника за заштиту равноправности, Државне ревизорске институције, Повереника за информације од јавног значаја и заштиту података о личности, Агенције за спречавање корупције, Комисије за контролу државне помоћи, Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки, Комисије за заштиту конкуренције, Комисије за хартије од вредности, Фискалног савета, Регулаторног тела за електронске медије и Агенције за енергетику Републике Србије, као и о томе да укупан број запослених, односно радно ангажованих из става 4 овог члана код тих корисника буде већи од процента, односно броја из ст. 4 и 6 овог члана одлучује одбор Народне скупштине надлежан за административно-буџетска питања.

запошљавања, него забрана запошљавања, с обзиром на то да запошљавање од тог тренутка није у потпуности забрањено, без сагласности Комисије Владе Републике Србије за давање сагласности за ново запошљавање и додатно радно ангажовање код корисника јавних средстава.

Чланом 105 Закона о буџетском систему нормирано је да ако су одредбе других закона, односно прописа, у супротности са овим законом, примењују се одредбе овог закона.

Уредбом о поступку за прибављање сагласности за ново запошљавање и додатно радно ангажовање код корисника јавних средстава ближе се уређује поступак за прибављање сагласности за ново запошљавање и додатно радно ангажовање код корисника јавних средстава и за лица утврђена чланом 27к Закона о буџетском систему.

Молбу за ново запошљавање и за одобравање додатног радног ангажовања, у смислу члана 27к Закона о буџетском систему, корисник јавних средстава подноси надлежном министарству, односно другом надлежном органу. Чланом 4 Уредбе о поступку за прибављање сагласности за ново запошљавање и додатно радно ангажовање код корисника јавних средстава одређено је надлежно министарство, односно други надлежни орган, коме корисници јавних средстава, односно надлежни органи јединица локалне самоуправе, подносе молбе и који Комисији подноси предлог акта о давању сагласности за попуњавање слободних, односно упражњених радних места.

Молба се подноси на Обрасцу ПРМ – Ново запошљавање и додатно радно ангажовање код корисника јавних средстава, који је одштампан уз ову уредбу и чини њен саставни део. Изузетно, корисници јавних средстава који су корисници средстава буџета јединице локалне самоуправе, односно чији је оснивач јединица локалне самоуправе, молбе благовремено достављају надлежном органу јединице локалне самоуправе.⁷

⁷ Чланом 6 Уредбе о поступку за прибављање сагласности за ново запошљавање и додатно радно ангажовање код корисника јавних средстава, одређено је да при одлучивању о молбама Комисија, поред мишљења Министарства финансија, узима у обзир и надлежности и обим послова корисника јавних средстава, динамику запошљавања у текућој календарској години, проценат попуњености радних места предвиђених актом о систематизацији, број и структуру запослених и ангажованих лица, укупну масу средстава обезбеђених за плате, односно зараде, односно накнаде, образложење корисника јавних средстава, као и образложење надлежног органа. Приликом одлучивања о давању сагласности Комисија је дужна да води рачуна о томе да укупан број новозапослених лица на неодређено време и одређено време у својству приправника у текућој години на нивоу појединачног корисника јавних средстава не

Сагласности Комисије добијене у текућој календарској години могу се реализовати у наредној календарској години, уколико од дана давања сагласности до дана покретања поступка за пријем новозапослених у складу са законом није протекло више од 90 дана. Број лица за која је добијена сагласност Комисије за пријем у радни однос на неодређено време, односно у радни однос на одређено време у својству приправника у претходној календарској години рачуна се у ограничење од 70%, у смислу члана 27к став 1 Закона о буџетском систему, у текућој календарској години.

Корисник јавних средстава је у обавези да податке о броју запослених и радно ангажованих лица учини јавно доступним, истицањем на својој интернет презентацији или на други одговарајући начин.

Планирање и запошљавање људских ресурса је процес у ком се као сврха поставља припрема за остваривање циљева организације у блиској будућности (Лазовић, 2019: 91). Из изложеног се да закључити да су ове активности код послодаваца у јавном сектору у великој мери ограничене позитивноправним прописима који уређују материју ограничења запошљавања.

У чему се огледа несагласност одредби које уређују ограничење запошљавања са Уставом Републике Србије

Чланом 60, ставом 4 Устава Републике Србије прописано је да свако има право на слободан избор рада. Свима су, под једнаким условима, доступна сва радна места. Свако има право на поштовање достојанства своје личности на раду, безбедне и здраве услове рада, потребну заштиту на раду, ограничено радно време, дневни и недељни одмор, плаћени годишњи

буде већи од укупног броја лица којима је у претходној календарској години код тог корисника престао радни однос на неодређено време по било ком основу.

Изузетно, Комисија може дати сагласност одређеном кориснику јавних средстава и за пријем већег броја извршилаца у случају потреба насталих у области евроинтеграција, одбране и безбедности земље, здравствене заштите, социјалне заштите, као и другим оправданим случајевима, с тим да укупан проценат повећања запослених на неодређено време у средњорочном фискалном периоду, од 2021. до 2023. године, код свих корисника јавних средстава не прелази 1% од укупног броја запослених на неодређено време код корисника јавних средстава евидентираних на дан 31. децембар 2020. године.

Податке о одливу кадрова по појединачном кориснику јавних средстава Комисија прибавља од Министарства финансија, на основу података из Регистра запослених, изабраних, именованих, постављених и ангажованих лица код корисника јавних средстава, узимајући у обзир и податке које је корисник јавних средстава навео у молби.

одмор, правичну накнаду за рад и на правну заштиту за случај престанка радног односа. Нико се тих права не може одрећи.

Дакле, једно од Уставом загарантованих права је и право на једнаку доступност свих радних места.

Чланом 27к Закона о буџетском систему, ограничен је приступ радним местима у јавном сектору. Наиме, као што се да закључити из одредбе која је наведена у претходном делу овог рада, произилази да до заснивања радног односа на неодређено време може доћи готово искључиво уз сагласност тела Владе Републике Србије, које се зове Комисија за давање сагласности за ново запошљавање и додатно радно ангажовање код корисника јавних средстава. Међутим, под одређеним условима то не мора бити услов.

Произилази да за два лица која раде код истог послодавца нису под истим условима доступна радна места, односно једно може засновати радни однос на неодређено време, без сагласности претходно наведеног тела Владе Републике Србије, док ће другом за заснивање радног односа на неодређено време бити потребна сагласност.

Чланом 37 Закона о раду прописано је да уговор о раду може да се закључи на одређено време, за заснивање радног односа чије је трајање унапред одређено објективним разлозима који су оправдани роком или извршењем одређеног посла или наступањем одређеног догађаја, за време трајања тих потреба.

Заснивање радног односа је сложен правни поступак који је могуће спровести уколико постоји потреба за радом запосленог код послодавца и ако је послодавац обезбедио економске услове неопходне за финансирање рада запосленог. Одлуку о заснивању радног односа доноси послодавац (Брковић, Урдаревић, 2023: 106).

Послодавац може закључити један или више уговора о раду из става 1 овог члана на основу којих се радни однос са истим запосленим заснива за период који са прекидима или без прекида не може бити дужи од 24 месеца. Прекид краћи од 30 дана не сматра се прекидом периода из става 2 овог члана.

Изузетно од става 2 овог члана, уговор о раду на одређено време може да се закључи:

- 1) ако је то потребно због замене привремено одсутног запосленог, до његовог повратка;
- 2) за рад на пројекту чије је време унапред одређено, најдуже до завршетка пројекта;

3) са страним држављанином, на основу дозволе за рад у складу са законом, најдуже до истека рока на који је издата дозвола;

4) за рад на пословима код новооснованог послодавца чији упис у регистар код надлежног органа у моменту закључења уговора о раду није старији од једне године, на време чије укупно трајање није дуже од 36 месеци;

5) са незапосленим коме до испуњења једног од услова за остваривање права на старосну пензију недостаје до пет година, најдуже до испуњења услова, у складу са прописима о пензијском и инвалидском осигурању.

Послодавац може са истим запосленим да закључи нови уговор о раду на одређено време по истеку рока из става 4, тач. 1–3) овог члана по истом, односно другом правном основу, у складу са овим чланом.

Ако је уговор о раду на одређено време закључен супротно одредбама овог закона или ако запослени остане да ради код послодавца најмање пет радних дана по истеку времена за које је уговор закључен, сматра се да је радни однос заснован на неодређено време.

Имајући у виду наведену одредбу Закона о раду под одређеним условима постоји могућност за преображај радног односа из одређеног у неодређено време.

Поред уобичајених разлога који се огледају у раду код послодавца без закљученог уговора о раду (рад на црно) и „због повећаног обима посла“ дуже од 24 месеца, постоје и уколико се фингира постојање неког од основа за закључење уговора о раду на одређено време, који су изузетак од правила да он може трајати дуже од 24 месеца.

Сви претходно наведени разлози су основ за преображај радног односа из одређеног у неодређено време за запослене на које се примењују одредбе Закона о раду, међутим код запослених из јавног сектора на које се поред Закона о раду примењује и Закон о буџетском систему то није случај, имајући у виду да члан 27к Закона о буџетском систему прописује да се по правилу радни однос заснива уз сагласност тела Владе Републике Србије, односно заснивање радног односа у јавном сектору, на који се примењује Закон о буџетском систему, није могуће уколико нису испуњени услови из члана 27к Закона о буџетском систему. Имајући у виду то да је члан 27к Закона о буџетском систему супротан члану 37 Закона о раду, с обзиром на члан 105 Закона о буџетском систему примењује се члан 27к Закона о буџетском систему.

Имајући у виду наведено, а на основу одредби Закона о буџетском систему, долазимо до закључка да је преображај радног односа из одређеног у

неодређено време могућ у приватном а није у јавном сектору, иако се на већину запослених у јавном сектору примењује Закон о раду, као и на запослене у приватном сектору, јер и наведена лица раде у општем режиму радних односа.

Оваква правна ситуација супротна је члану 21 Устава Републике Србије. Чланом 21, прописано је да је забрањена свака дискриминација, непосредна или посредна, по било ком основу, а нарочито по основу расе, пола, националне припадности, друштвеног порекла, рођења, вероисповести, политичког или другог уверења, имовног стања, културе, језика, старости и психичког или физичког инвалидитета. Из свега претходно реченог, произилази да су запослени у јавном сектору дискриминисани у погледу заснивања радног односа и преображаја радног односа из одређеног у неодређено време у односу на запослене у приватном сектору.

Такође, члан 105 Закона о буџетском систему је у супротности и са чланом 194 Устава Републике Србије, с обзиром на то да произилази да је Закон о буџетском систему пропис који има најјачу правну снагу у односу на све остале правне прописе, јер дерогира њихове одредбе уколико су у супротности са њим, а што је у супротности са хијерархијом правних аката прописаних овим чланом. Иако претходно наведени закон не уређује материју радних односа, већ финансијски аспект рада буџетских корисника, он дерогира одредбе Закона о раду, који је у односу на њега посебан пропис који уређује материју радних односа.

Из наведених разлога сматрамо да одредбе члана 27к и 105 Закона о буџетском систему нису у сагласности са Уставом Републике Србије.

Закључак

Ограничење запошљавања у јавном сектору је појава која због свога трајања и утицаја на послодавце и запослене свакако заслужује подробније проучавање теорије и праксе радног права. Овај нови радноправни институт утиче већ дужи низ година на начине заснивања радног односа у јавном сектору.

Прописи који уређују ограничење запошљавања су толико сложени и често неразумљиви, да је приликом њиховог тумачења потребно велико правничко искуство и знање. Уједно, њихова разноврсност ствара услове за формирање једне уже области у оквиру гране радног права.

Ограничење запошљавања у јавном сектору јесто довело до смањења трошења буџетских средстава на зараде запослених и друге новчане обавезе које су повезане са њима, али је цена која је за остваривање овога

циља плаћена, према мишљењу аутора овога рада, вишеструко већа од оствареног циља. Између осталог, послодавци у јавном сектору су били принуђени да крше и злоупотребљавају одредбе везане за запошљавање у јавном сектору како би могли у радном односу да задрже лица чијим су радом били задовољни.

Поред свега наведеног у раду, што је било везано за ограничење запошљавања, као посебно негативно бисмо издвојили начин на који ограничење запошљавања егзистира у нашем правном систему. Наиме, оно почива на Закону о буџетском систему, пропису који није предвиђен за уређење материје повезане са радним односима, већ за нормирање правила повезаних са трошењем буџетских средстава.

Неуставност одредби које уређују ограничење запошљавања обесмишљава постојање овог института. Аутор је свестан да неуставност утврђује Уставни суд, али је става да ова неуставност постоји. Уколико неуставност буде утврђена од стране надлежног органа, мишљења смо да би се у свет рада у Републици Србији вратио нарушени ред, а уједно убудуће отклониле бројне негативне друштвене и правне последице ограничења запошљавања.

Литература

International Monetary Fund.(2016). Managing Government Compensation and Employment-Institutions, Policies, and Reform Challenges.

Gindling, T.H. Hasnain, Z. Newhouse, D. Shi, R (2020). Are Public Sector Workers in Developing Countries Overpaid? Evidence from a New Global Data Set. *World Development*. Vol. 126.1–26.

Caponi, V. (2017). The effects of public sector employment on the economy. *IZA World of Labor 2017*. January. 1–10.

Petovar K. (2021). *Zabrana zapošljavanja u javnom sektoru – posledice u sektoru zdravstvena zaštita građana*. Beograd: Fondacija Centar za demokratiju.

International Labour Organization. (2020). *COVID-19 i svet rada Brza procena uticaja na zapošljavanje i mera politike*.

Ognjenović K. Pavlović D. Kuzmanov L. (2021). Ostvareni rezultati i osvrt na novi ciklus politika zapošljavanja u Srbiji. U Zec, M. Arsić, M. i Radonjić, O. (Redaktori). *Ekonomska politika u Srbiji i svetu u 2021: u susret globalnim šokovima i rastućoj neizvesnosti*. Beograd: Ekonomski fakultet u Beogradu. 89–110.

Rosenbloom D. (2015). Public administration differs substantially from private-sector work. It must balance executive, legislative, and judicial demands; embrace federalism; honor constitutional obligations; and advance policy arenas. In Guy, M. and Rubin, M. (Ed.). *Public Administration Evolving From Foundations to the Future*. New York: Routledge. 1–18.

Брковић, Р. Урдаревић, Б. (2023). *Радно право са елементима социјалног права*. Београд: ЈП Службени гласник.

Лазовић, И. (2019). *Државна управа и управљање људским ресурсима*. Београд: Медија центар „Одбрана“.

<https://www.ekspertskamigracija.com/o-projektu-ekspertska-migracija/>, преузето 18. 7. 2023. године.

Устав Републике Србије. *Сл. гласник РС*. бр. 98/2006.

Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености. *Сл. гласник РС*. Бр. 36/2009, 88/2010, 38/2015, 113/2017, 113/2017 – др. закон и 49/2021.

Закон о буџетском систему. *Сл. гласник РС*. Бр. 54/2009, 73/2010, 101/2010, 101/2011, 93/2012, 62/2013, 63/2013 – испр., 108/2013, 142/2014, 68/2015 – др. закон, 103/2015, 99/2016, 113/2017, 95/2018, 31/2019, 72/2019, 149/2020 и 118/2021.

Уредба о поступку за прибављање сагласности за ново запошљавање и додатно радно ангажовање код корисника јавних средстава. *Сл. гласник РС*. Бр. 159/2020.

Aleksandar Antić, LL.D.,
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Kragujevac,
Republic of Serbia

THE CONSTITUTIONALITY OF RESTRICTIONS ON EMPLOYMENT IN THE PUBLIC SECTOR

Summary

In positive law, restriction of employment in the public sector implies the absence of autonomy of employers in the public sector when establishing a fixed-term and indefinite employment relationship, or when hiring a person to perform temporary or part-time work outside the employment relationship. Save for exceptional situations, employers in the public sector can establish an employment relationship for a definite and indefinite period of time, or hire persons on a temporary basis outside the employment relationship, only after obtaining the approval of the Commission of the Government of the Republic of Serbia which is entitled to give consent for new employment and additional employment in institutions which are users of public funds. The author analyzes the constitutionality of provisions that regulate the restriction of employment in the public sector. The question is whether the norms related to the regulation of employment restrictions in the public sector are in conflict with the right to work and the prohibition of discrimination prescribed in the Constitution of the Republic of Serbia.

Keywords: *restriction of employment in the public sector, right to work, employment for an indefinite period, Constitution of the Republic of Serbia, prohibition of discrimination.*

Др Борис Тучић,*

Доцент,

Факултет безбједносних наука Универзитета у Бањој Луци,

Република Српска

Мр Радмила Драгишић,*

Докторанд,

Правни факултет Универзитета у Бањој Луци,

Република Српска

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

10.5937/zrpfno-45518

UDK: 339.923:061.1](4)EU

UDK: 341.018(4-67EU)

Рад примљен: 15.07.2023.

Рад прихваћен: 27.09.2023.

ИНСТИТУТ УНАПРИЈЕЂЕНЕ САРАДЊЕ У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ – ОЧЕКИВАЊА И ПОСТИГНУТИ РЕЗУЛТАТИ –

Апстракт: У овом раду се примјеном аналитичких и синтетичких метода, при чему у оквиру њих средишње мјесто заузимају анализа садржаја и историјско-компаративна анализа, истражује институт унапријеђене сарадње, као облик диференциране интеграције. Посебан акценат ставља се на његово уређење посредством одредаба оснивачких уговора Европске уније. Након анализе уговорних одредби и кратког прегледа извора права, донесених у оквиру унапријеђене сарадње у одређеним областима међународног приватног права и ради формирања Канцеларије европског тужиоца, доноси се закључак о томе да ли је институт унапријеђене сарадње оправдао своју уговорно одређену улогу те да ли он може представљати изазов по јединствен и логички повезан правни поредак европске организације.

Кључне ријечи: Европска унија, диференцирана интеграција, унапријеђена сарадња, правни поредак, међународно приватно право, Канцеларија европског тужиоца.

* boris.tucic@fbn.unibl.org

* r.dragisic@rsz.vladars.net, strbacr73@gmail.com

1. Увод

Флексибилна је она интеграција у којој учествују само неки а не и сви чланови ширег интегративног оквира, при чему се издваја неколико њених различитих модалитета, као што су нова, алтернативна, нередовна, те диференцирана интеграција. Нова интеграција се реализује изван институционалне структуре Уније и у областима изван њене надлежности; алтернативна интеграција садржи области из надлежности Уније и реализује се изван њене институционалне структуре; нередовна интеграција се реализује уз помоћ институција европске организације али у областима које јој уговорно не припадају у надлежност; диференцирана интеграција се реализује у оквиру неке од политика Уније уз употребу њене институционалне структуре (Groenendijk, 2011: 2–3).

Базу флексибилне интеграције представљао је концепт „Европе у двије или више брзина“, „европског језгра и периферије“, „Европе цикличних кругова“ или „Европе *à la carte*“ (Stahl, 2021). Наиме, флексибилна интеграција је била у служби реализације интеграције у сфери тачно одређених питања око којих државе чланице нису заузимале исте ставове (изузеће од учешћа појединих држава чланица у сарадњи у области правосуђа и унутрашњих послова, изузеће од примјене Европске социјалне повеље, асиметрично учешће у монетарној унији итд.) (Böttner, 2021: 257–278).

Најпроминентнији примјер диференциране интеграције представља институт унапријеђене сарадње (*enhanced cooperation*), као резултат њемачко-француске иницијативе оличене у настојању да се створи шири оквир за реализацију интеграционог процеса. Институт је до сада кориштен за доношење дијела прописа из области међународног приватног права те прописа којим је формирана Канцеларија европског јавног тужиоца. Тренутно су то једини примјери у кориштењу унапријеђене сарадње. Наиме, постоји иницијатива да се и област заједничког система пореза на финансијске трансакције (ФТТ) уреди доношењем прописа уз употребу унапријеђене сарадње о чему се афирмативно изјаснио и Суд правде у случају *United Kingdom v Council*¹, одбивши тужбене захтјеве Уједињеног краљевства Велике Британије и Сјеверне Ирске које је, између осталог, указивало на повреду обичајног међународног права због наводног одобравања ФТТ са екстериторијалним дејствима (Vella & Yevgenyeva, 2013: 111–260; Schmidt, 2020). Поједини аутори су сматрали да би се унапријеђена сарадња могла користити и за доношење прописа у домену рјешавања избјегличке кризе, иако су свјесни да спорост у реализацији те сарадње ипак не погодује њеној употреби у ту сврху (Kreiling & Pariser, 2015).

¹ Court of Justice of the European Union. Case C-209/13 *United Kingdom v Council*. ECLI:EU:C:2014:283.

У наставку анализирамо и упоређујемо одредбе оснивачких уговора и дајемо преглед извора права донесених у оквиру унапријеђене сарадње у одређеним областима међународног приватног права и ради формирања Канцеларије европског тужиоца, након чега доносимо закључна разматрања о оправданости уговорно одређене улоге института унапријеђене сарадње, као о томе да ли овај институт представља изазов по јединствен и логички повезан правни поредак европске организације.

2. Уговор из Амстердама

Правна основа института ближе сарадње била је садржана у новом Наслову VII амстердамског Уговора о Европској унији, док су се одређена рјешења могла идентификовати и у неким другим његовим одредбама, те одредбама Уговора о Европској заједници. Уговор о Европској унији је, кроз чл. 43 до 45, утврдио опште услове употребе ближе сарадње од стране држава чланица. Чланом 43 Уговора, државама чланицама које се определијеле да успоставе ближу сарадњу о одређеном питању дата је могућност да у том правцу користе органе и процедуре предвиђене Уговором о Европској унији, односно Уговором о Европској заједници, уз изричито поштивање одређених захтјева и принципа. Ближа сарадња је морала бити у складу са циљевима Уније, утврђена је обавеза поштивања јединственог институционалног оквира Уније при њеној реализацији те је наглашена обавеза стриктног вођења рачуна о поштивању основних начела етаблираних у уговорима. Државе чланице су институт ближе сарадње могле користити искључиво као крајње средство (*last resort*), а што значи само уколико уговорни циљеви не могу бити остварени примјеном процедура које су уговорним одредбама предвиђене. За реализацију ближе сарадње било је неопходно учешће бар половине држава чланица, те она није могла задрати у правне тековине организације или заједничке мјере усвојене у циљу имплементације уговорâ. Такође, ни на који начин није могла утицати на надлежности и интересе оних чланица које не учествују у конкретној ближој сарадњи. У складу са принципом отворености, свим чланицама је морала бити остављена могућност накнадног укључења у текућу ближу сарадњу, уз услов уважавања рјешења из почетне одлуке којом је сарадња започета и свих мјера које су на основу ње донесене. У области полицијске и правосудне сарадње, зависно од тога да ли је било ријечи о питањима грађанског или кривично-правног карактера, ближа сарадња морала је уважавати специфична рјешења из члана 11 Уговора о Европској заједници, односно члана 40 Уговора о Европској унији, те ју је морао одобрити Савјет. Амстердамском ревизијом уговорâ грађанско-

правна област је, како се до Лисабона говорило, „комунитаризована“², односно премјештена из Уговора о Европској унији у Уговор о Европској заједници (из трећег у први „стуб“), чиме су ова питања, уз уважавање дефинисаног транзиционог периода, подведена под специфичан, комунитарни режим интеграције и сарадње какав се примјењивао у оквиру Заједнице. С друге стране, полицијска и правосудна сарадња у кривичним стварима задржана је у Уговору о Европској унији, односно и даље је била доминантно утемељена на принципима и механизмима међувладине сарадње.

Средишња легислативна улога је припадала Савјету, који је на приједлог Комисије одлуке о ближој сарадњи доносио по принципу једногласности или квалификованом већином, зависно од конкретних уговорних рјешења везаних за питање на које се та сарадња односила. Једногласност у Савјету се захтијевала искључиво од држава чланица на које се одлука о ближој сарадњи односи, док је одлучивање квалификованом већином подразумијевало примјену тада важеће дистрибуције одређеног броја пондерисаних гласова по државама чланицама. Тај принцип пондерације је укинут измјенама и допунама оснивачких аката у Лисабону. Све државе чланице су могле учествовати у расправи у Савјету, али су одлуку о ближој сарадњи, као и за њу везане мјере, доносиле искључиво државе које су у ближој сарадњи учествовале. Оне чланице које нису учествовале у ближој сарадњи, требало је да се суздрже од дјеловања којим би се ближа сарадња могла омести.

Члан 40 Уговора о Европској унији и члан 11 Уговора о Европској заједници заслуживали су нарочиту пажњу. Чланом 40 Уговора о Европској унији омогућена је и дефинисани су услови примјене ближе сарадње у оквиру измијењеног Наслова VI Уговора, односно у области Полицијске и правосудне сарадње у кривичним стварима. Уз обавезну функционалну поставку да треба да се допринесе успостављању Европске уније као простора „Слободе, безбједности и правде“, примјена института ближе сарадње према наведеном члану Уговора о Европској унији захтијевала је, прије свега, заштиту уговорно дефинисаних надлежности Европске заједнице. То значи да је Уговор о Европској заједници, условно речено, третиран као *lex specialis* у односу на Уговор о Европској унији.

Важно је указати на моменат који се тиче надлежности Суда правде Европске уније. Било је предвиђено да одредбе Уговора о Европској заједници којима је била детерминисана надлежност Суда важе и по

2 Употребна вриједност термина “комунитаризација” се временом изгубила и његов је садржински супстрат лисабонским уговорним рјешењима преузео термин “европеизација”.

питању примјене института ближе сарадње у области Полицијске и правосудне сарадње у кривичним стварима, али искључиво у корелацији са тачкама 1, 2 и 3 члана 40 Уговора о Европској унији. То значи да је задатак Суда правде био искључиво процесно-правног карактера, односно да брине о поштивању процедуре дефинисане наведеним тачкама члана 40 Уговора. У складу са тачком 5 наведеног члана, тековине Шенгена, које су у Амстердаму такође инкорпорисане у оснивачки акт, биле су изузете из досега института ближе сарадње.

Чланом 11 Уговора о Европској заједници, примјена ближе сарадње била је искључена из домена питања која су спадала у искључиву надлежност Заједнице, као и из материје грађанства Европске уније, етаблираном у правном поретку европске организације у Мастрихту. Према том члану, примјена ближе сарадње није смјела имати за посљедицу задирање у основе заједничких политика Европске заједнице нити у активности и програме који се заједнички проводе и није смјела производити било какво дискриминирајуће дејство, укључујући и оно на основу држављанства, нити стварати дискриминацију или ограничење трговине између држава чланица или нарушавати услове конкуренције између њих. Одлуку о успостављању ближе сарадње доносио је Савјет квалификованом већином, на приједлог Европске комисије, те уз консултовање Европског парламента. Остале одредбе процесног карактера биле су идентичне онима из члана 40 Уговора о Европској унији.

3. Уговор из Нице

Ревизијом оснивачких аката у Ници учињене су значајне измјене у домену института ближе сарадње, што и није представљало велико изненађење, узимајући у обзир да након ступања Уговора из Амстердама на снагу, прије свега због ригидне процедуре која је била предвиђена за њену активацију, није био забиљежан нити један случај њене практичне примјене. Поред тога, у процесу институционалне припреме организације за пријем у чланство земаља Средње и Источне Европе и Медитерана, те одређених бојазни од импликација тог проширења по интеграциони процес које су испољавале неке од „старих“ држава чланица, одговарајућа модификација института ближе сарадње била је сасвим очекивана и природна. Као средство очувања интегративне динамике, ближа сарадња се могла користити искључиво као крајње средство (*last resort*) (Lamping, 2013; Smit, 2015), односно, уколико уговорни циљеви не могу бити остварени примјеном одговарајућих процедура које су уговорним одредбама предвиђене.

Прва и вјероватно најмање значајна измјена коју доноси Уговор из Нице била је номиналног карактера, у смислу да је амстердамска ближа сарадња (*closer cooperation*) новим уговорним рјешењима прерасла у „унапријеђену сарадњу“ (*enhanced cooperation*) и то име је задржала до данас. Далеко значајније су биле измјене по питању предвиђених услова и процедуре за њену активацију и примјену, која је у Ници, бар формално, учињена нешто флексибилнијом. Значајан новитет је представљало и проширење оквира примјене института унапријеђене сарадње и на питања из домена Заједничке спољне и безбједносне политике (*Common Foreign and Security Policy – CFSP*).

Измјењеним и нешто садржајно обогаченијим чланом 43 Уговора о Европској унији у оквиру Поглавља VII, као општим правним основом примјене института унапријеђене сарадње, истакнуто је да примјена унапријеђене сарадње мора бити усмјерена ка унапређењу циљева Уније, али и Заједнице, те у функцији очувања њених интереса и јачања интеграционог процеса.

Примјена унапријеђене сарадње мора у потпуности уважавати уговорна рјешења и јединствени институционални оквир Европске уније. За разлику од амстердамске терминологије, по којој примјена унапријеђене сарадње није смјела „задирати“ у *acquis communautaire*, у Ници је кориштена нешто блажа формулација, те је одређено да унапријеђена сарадња мора „поштовати“ *acquis*, као и мјере које се доносе на основу других уговорних одредби. И овдје је истакнуто да се унапријеђена сарадња спроводи искључиво у оквиру уговорно дефинисаних надлежности Уније или Европске заједнице, изузимајући питања која спадају у искључиву надлежност Заједнице. То је значило да се институт унапријеђене сарадње није могао користити у правцу проширења надлежности европске организације.

Приликом примјене унапријеђене сарадње морало се водити рачуна о њеним евентуално негативним импликацијама по унутрашње тржиште Европске уније, али и, што је представљало садржински новитет, њену економску и социјалну кохезију. Како је било истакнуто и у амстердамској верзији, додуше у Уговору о Европској заједници, примјеном овог института нису се смјеле стварати баријере или дискриминација у трговини између држава чланица, као ни нарушавати конкуренција међу њима. Умјесто амстердамским рјешењима предвиђене половине држава чланица као учесница у унапријеђеној сарадњи, у Ници је тај број сведен на осам, што је, у перспективи очекиваног проширења Уније, отприлике одговарало једној трећини њених чланица. С друге стране, државе које учествују у

унапријеђеној сарадњи морале су уважавати права чланица које су се определили да у конкретной унапријеђеној сарадњи не учествују. И овдје је била предвиђена изузетост примјене института унапријеђене сарадње у односу на одредбе Протокола о укључивању тзв. шенгенског *acquis*-а у оквиру Европске уније, те, у складу са принципом отворености, могућност свих заинтересованих држава чланица да се у ту започету унапријеђену сарадњу накнадно укључе. И не само то, новим ставом б) члана 43 Уговора, државе које се придруже унапријеђеној сарадњи и Европска комисија обавезују се да што већи број држава „охрабре“ да се придруже текућој примјени тог института. Новим ставом а) истог члана евентуална примјена института квалификована је као „последње средство“ (*last resort*). Такође, измијењеним чланом 44 Уговора о Европској унији елиминисана је могућност да држава чланица, позивајући се на битне националне политике, како је то било одређено у Уговору из Амстердама, блокира доношење одлуке о покретању унапријеђене сарадње.

Савјет и Комисија обавезани су да воде рачуна о конзистентности активности које се предузимају у оквиру примјене института унапријеђене сарадње, као и о њиховој усаглашености са политикама Уније и Заједнице. Финансијске трошкове примјене унапријеђене сарадње, изузев оних административне природе, као и у амстердамској верзији, сносиле су државе које у конкретной унапријеђеној сарадњи учествују, сем у случају да Савјет једногласно не одлучи другачије. Новитет је представљало то што је Савјет у овом случају био обавезан и да консултује Европски парламент.

У складу са наведеним измјенама опште основе за примјену института из Наслова VII Уговора о Европској унији, и друге уговорне одредбе, у којима су се могле идентификовати спецификованије основе за његову примјену, претрпјеле су одређене модификације. У оквиру Полицијске и правосудне сарадње у кривичним стварима, вјероватно најзначајнија измјена у правцу стварања флексибилнијег оквира примјене овог института односила се на чињеницу да право предлагања одлуке о унапријеђеној сарадњи није више, како је то било предвиђено Уговором из Амстердама, представљало дискреционо право Европске комисије, већ је оно било дато и државама чланицама.

Према измијењеном и допуњеном члану 40 из Наслова VI Уговора, државе које желе успоставити унапријеђену сарадњу по неком од питања из ове области обраћале су се Европској комисији, која се потом, у форми званичног приједлога, обраћала Савјету. У случају да Европска комисија из одређеног разлога одбије да према Савјету упути формални приједлог за покретање унапријеђене сарадње, о томе је морала обавијестити

заинтересоване државе чланице, којима је, потом, остављена могућност да се самостално обрате Савјету са одговарајућом иницијативом да им се предвиђена унапријеђена сарадња и одобри. Савјет је одлуку о одобравању унапријеђене сарадње, било на приједлог Комисије, било на иницијативу најмање осам држава чланица, те након консултовања Европског парламента, доносио квалификованом већином.

За разлику од нових рјешења из члана 43 Уговора, овдје је остављена могућност да нека од држава чланица затражи да се поступак одлучивања пренесе на Европски савјет, који би засједао у форми Савјета на нивоу шефова држава и влада, те одлуку такође доносио квалификованом већином односно пондерацијом гласова, а не више једногласно, како је било предвиђено Уговором из Амстердама. Остале одредбе из Наслова VI Уговора о Европској унији из Нице, у којима се упућивало на примјену института унапријеђене сарадње, углавном су остале непромијењене у односу на рјешења из Амстердама.

Када је ријеч о члану 11 Уговора о Европској заједници, најзначајнији новитет који је донијела ревизија уговорâ у Ници односила се, у складу са тадашњим трендовима, на јачање позиције Европског парламента. Наиме, уколико је предмет потенцијалне унапријеђене сарадње било питање по којем је Савјет, у складу са уговорним рјешењима, одлучивао по процедури из тадашњег члана 251 Уговора о Европској заједници (тзв. поступак саодлучивања), био је дужан да обезбиједи сагласност Европског парламента. У осталим случајевима, та обавеза се завршавала на нивоу консултовања тог јединог непосредно изабраног тијела Европске уније.

Могућност употребе института унапријеђене сарадње измјенама и допунама оснивачких аката у Ници проширена је и на област *CFSP* (Наслов V Уговора о Европској унији). Према новом члану 27 Уговора о Европској унији, унапријеђена сарадња у овој области морала је служити очувању вриједности и интереса Уније у цјелини на међународној сцени, те уважавати принципе, циљеве, опште смјернице, конзистентност *CFSP* и одлуке које су донијете у оквиру ње. Поред тога, она је морала уважавати спољна овлаштења којима је располагала Европска заједница, те водити рачуна о јединству свих спољних политика и активности Уније на међународном плану. Ограничавајући моменат у примјени унапријеђене сарадње у овој области био је дефинисан и чланом 27б), којим је било предвиђено да се овај институт могао употријебити искључиво у правцу провођења усвојених заједничких акција или заједничких ставова, као врсте правних инструмената који су усвајани у оквиру овог наслова Уговора о Европској унији, с тим што су изван домета примјене института

остала питања војног или одбрамбеног карактера. Државе чланице које су жељеле покренути унапријеђену сарадњу о томе су обавјештавале Савјет, који је захтјев просљеђивао Европској комисији, те о томе упознавао и Европски парламент. Након што би запримио мишљење Европске комисије о усклађености предложене унапријеђене сарадње са политикама Уније, Савјет би одлуку доносио у складу са чланом 23(2) Уговора о Европској унији, водећи при томе рачуна и о рјешењима садржаним у чл. 43, 44 и 45 истог уговорног акта. Генерални секретар Савјета, који је од Амстердама до Лисабона вршио функцију Високог представника за спољну политику и безбједност, уважавајући надлежност предсједавајућег Савјета, односно Европске комисије, био је дужан да Европски парламент и све чланице у оквиру Савјета редовно извјештава о провођењу унапријеђене сарадње у области ЦФСП. Поступак накнадног укључивања у постојећу унапријеђену сарадњу подразумијевао је подношење захтјева Савјету, те обавјештавање Европске комисије. На основу мишљења Европске комисије, којег је ова била дужна доставити у року од четири мјесеца, Савјет је доносио одлуку о прихватању захтјева или пак о посебним аранжманима унапријеђене сарадње, уколико је то било неопходно. У случају да квалификованом већином одбије захтјев заинтересоване државе, Савјет је био у обавези да своју одлуку детаљно образложи, те да дефинише рок у којем би захтјев могао бити поново разматран. У складу са његовом тада минорном улогом у области ЦФСП, функција Европског парламента у поступку одобравања унапријеђене сарадње у овом домену била је готово непостојећа, изузимајући поменуту обавезу Генералног секретара Савјета, у функцији Високог представника, да Европски парламент редовно информисе о реализацији унапријеђене сарадње.

4. Уговор из Лисабона

Уговор из Лисабона³ донио је значајне измјене у правној и институционалној организацији Европске уније, међу којима је свакако најзначајнија она која се односи на престанак самосталне егзистенције Европске заједнице и њено „утапање“ у реформисану „депиларизовану“ Унију. Уклањањем стубовне структуре Уније, нестала је и диференцираност полицијске и правосудне сарадње на грађански и кривично-правни дио, те њихова релативно самостална егзистенција у засебним уговорним актима (Piris, 2010).

3 Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union [2010] OJ C 83/01.

Примјена института унапријеђене сарадње је у Уговору из Лисабона уређена у Глави IV, односно члану 20 Уговора о Европској унији (УЕУ). Спецификованије одредбе посвећене институту смјештене су у Главу III, односно чл. 326 до 334 Уговора о функционисању Европске уније (УФЕУ). Релевантним одредбама Уговора из Лисабона примјена института унапријеђене сарадње учињена је још флексибилнијом, мада су бројни услови предвиђени уговорима из Амстердама и Нице, додуше донекле преформулисани, и даље присутни. Тако је у члану 20 УЕУ задржана одредба о томе да она треба да допринесе јачању циљева Уније, штити њене интересе, те доприноси јачању европског интеграционог процеса. У члану 326 УФЕУ задржана је формулација о унапријеђеној сарадњи као крајњем средству, као и јасно упозорење да се њом ни на који начин не смије подривати унутрашње тржиште, економска, социјална и територијална кохезија организације, те нарушавати конкуренција између држава чланица. Због још увијек присутних прилично комплексних услова за примјену унапријеђене сарадње, тај институт су поједини аутори називали „Пепељугом“ диференциране интеграције (Peers, 2017: 76–91).

И према лисабонским рјешењима унапријеђена сарадња мора бити реализована у складу са политикама Уније и њеним правним поретком, мада одлуке које се усвајају у оквиру започете унапријеђене сарадње не представљају саставни дио *acquis*-а ЕУ. Државе учеснице у унапријеђеној сарадњи уредбе које су у оквиру ње донесене не транспонују у национална права, већ се те уредбе непосредно примјењују и непосредно дјелују у тим државама чланицама. Када је ријеч о државама које се налазе у процесу приступања Унији, оне нису обавезане да у тој фази изврше правну транспозицију предметних правних аката у свој правни систем, већ тек након евентуалног укључивања у конкретну унапријеђену сарадњу након реализације чланства.

Као и у ранијим уговорним рјешењима, и овдје је предвиђено да се унапријеђена сарадња не може проводити у областима које су у искључивој надлежности Уније, с тим што је Уговор из Лисабона понудио јаснију и систематизованију класификацију и енумерацију надлежности којима Унија располаже у појединим областима заједничког дјеловања (Craig, 2010: 437–443). Унапријеђеном сарадњом не могу се производити негативне посљедице по овлаштења, права и обавезе држава чланица које у унапријеђеној сарадњи не учествују, као што су и одлуке и мјере које се доносе у оквиру процеса обавезујуће искључиво за државе које у њему учествују.

Што се формулације којом је утврђен минималан број држава чланица који је неопходан за примјену унапријеђене сарадње тиче, за разлику од рјешења из Нице од минимално осам држава чланица, према лисабонском рјешењу тај број је помјерен на девет.

Уговор из Лисабона је пратио општи тренд јачања позиције Европског парламента. Тако је према рјешењима члана 20 важећег Уговора о Европској уније као опште правило предвиђено да Савјет одлуку о покретању унапријеђене сарадње не може донијети без сагласности Парламента, у складу са редовном процедуром одлучивања. Наравно, и Уговор из Лисабона инсистира на принципу отворености унапријеђене сарадње за све државе чланице које у овакав ангажман желе да се укључе, о чему одлуку доноси Савјет на основу мишљења Европске комисије. У случају да Комисија да негативно мишљење о захтјеву за укључивање у постојећу унапријеђену сарадњу, односно уколико сматра да за укључивање конкретне државе нису створени услови, она дефинише конкретне мјере које морају бити реализоване како би захтијевани услови били испуњени, као и рок за њихову реализацију. Истеком предвиђеног рока, Комисија је дужна да захтјев за укључивањем у унапријеђену сарадњу поново размотри, а уколико оцијени да и даље не постоје услови за проширење унапријеђене сарадње, држави апликанту је омогућено да захтјев директно достави Савјету, који потом о захтјеву одлучује, укључујући и усвајање прелазних мјера и аранжмана.

По правилу, Савјет, на приједлог Европске комисије, одлуку о унапријеђеној сарадњи, у већини случајева, доноси квалификованом већином, која се по рјешењима Уговора из Лисабона базира на дуалном критеријуму захтјеваног броја држава чланица и одговарајућег броја становника, односно грађана Уније који је рефлектован кроз дате државе. Међутим, у циљу олакшавања реализације унапријеђене сарадње, предвиђена је и могућност кориштења тзв. пасарела, односно преинаке предвиђеног начина одлучивања од стране Савјета. На примјер, када се ради о питањима која од Савјета траже једногласност при одлучивању, Савјет једногласно може донијети процесну одлуку да мериторну одлуку у оквиру унапријеђене сарадње донесе квалификованом већином. Иначе, као и код ранијих уговорних рјешења, остављена је могућност свим чланицама у оквиру Савјета да учествују у расправи, али одлуку о унапријеђеној сарадњи доносе искључиво државе које су предметном одлуком и обухваћене.

У области *CFSP*, институт унапријеђене сарадње је проширен на све њене компоненте, укључујући и војно-безбједносна питања. Позиција Европског парламента је, и поред генералног јачања његових надлежности

на нивоу Уније у цјелини, у овом домену и даље секундарног карактера. Централно мишљење о усклађености предложене унапријеђене сарадње са *CFSP* даје Високи представник за спољну политику, чија је позиција у институционалном систему рјешењима Уговора из Лисабона такође ојачана. Европска комисија даје мишљење о усклађености приједлога са осталим политикама Уније, а примарно са њеним другим спољним активностима, које не спадају у домен *CFSP*. Европском парламенту се захтјев за покретањем унапријеђене сарадње само доставља на знање, али он нема формалну улогу у процедури њеног одобравања. Битно је нагласити да и према рјешењима Уговора из Лисабона, Савјет одлуку о унапријеђеној сарадњи у области *CFSP* по правилу доноси једногласно, с тим што је и овдје остављена могућност кориштења тзв. пасарела, изузев по питањима војног и одбрамбеног карактера. У случају захтјева одређене државе за укључивање у постојећу сарадњу у овој области, кључно мишљење даје Високи представник за спољну политику, а Савјет, односно државе које већ учествују у предметној унапријеђеној сарадњи, по правилу одлуку доносе једногласно (Böttner, 2021: 306–329).

5. „Европеизација“ норми међународног приватног права примјеном института унапријеђене сарадње

Под утицајем економских, социјалних, мигрантских и других фактора, државе чланице су релативно рано прилично велики број питања из домена међународног приватног права заједнички регулисале на равни Европске уније, попут стечајног поступка; надлежности, признања и извршења пресуда у грађанским и трговачким стварима; сарадње између судова у прибављању доказа у грађанским и трговачким стварима; надлежности, признања и извршења пресуда у брачним стварима и стварима родитељске одговорности; стварања Европског извршног налога за неоспорене захтјеве; мјеродавног права за вануговорне обавезе; установљења европског поступка у споровима мале вриједности; достављања судских и вансудских докумената у грађанским и трговачким стварима; мјеродавног права за уговорне обавезе или пак надлежности, мјеродавног права, признања и извршења пресуда и сарадње у материји која се односи на обавезе издржавања.

Прва фаза заједничког регулисања питања из домена међународног приватног права на равни организације била је конвенцијског карактера да би, након стварања неопходних уговорних предуслова, ослањајући се на рјешења из општих уговорних одредаба у области „Слободе, безбједности и правде“, односно, конкренције, „Полицијске и правосудне сарадње у

грађанским стварима“, регулација ових питања била реализована у комунитарном правном режиму и уз помоћ специфичних правних инструмената. Наравно, одређене су државе чланице (Уједињено Краљевство, Ирска, Данска, на примјер) исказале суздржаност у процесима израде и усвајања секундарних извора права којима су регулисана наведена питања међународно приватно правног карактера, одбијајући да учествују у сарадњи која се реализовала на основу некадашњег Наслова ИВ амстердамске верзије Уговора о Европској заједници. Истовјетан су став манифестовале и након ступања Уговора из Лисабона на снагу. У одсуству општег одређења да се поједина питања из области међународног приватног права регулишу на нивоу Уније на јединствен начин, државе чланице које су тежиле вишем степену интеграције излаз су проназиле у институту унапријеђене сарадње, који су од краја 2010. године користиле за доношење неколико секундарних извора права.

Први случај успешне имплементације института унапријеђене сарадње који је реализован годину дана од ступања на снагу Уговора из Лисабона представља *Уредба Савјета (ЕУ) 1259/2010* од 20. децембра 2010. године о спровођењу унапријеђене сарадње у подручју права мјеродавног за развод брака и законску раставу⁴ (Van Calster, 2016: 208). До њеног ступања на снагу 20 држава чланица европске организације одређивало је своје мјеродавно право за то питање према повезници држављанства или редовног боравишта, док је седам држава чланица примјењивало право суда односно домаће право. Због те различитости, али и због сложености развода (и растава) бракова са међународним елементом и већих финансијских средстава која се изискују у односу на развод брака без тог елемента, Комисија је подржала опцију да се кроз уједначавање колизионих правила пронађе заједничко рјешење које би примарно омогућило избор мјеродавног права. Без обзира на позитиван став Комисије, није постојала сагласност свих држава чланица да се то учини у оквирима редовних институционалних и правних процедура. За уређивање предметне материје на европској равни иницијално се залагало десет држава чланица, а данас се *Уредба* примјењује у 17 држава чланица⁵ (Malíř, 2019:104).

4 Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, OJ L 343, 29. 12. 2010, 10–16.

5 Белгији, Бугарској, Естонији, Њемачкој, Грчкој, Шпанији, Француској, Италији, Летонији, Литванији, Луксембургу, Мађарској, Малти, Аустрији, Португалу, Румунији и Словенији.

Други случај имплементације института улиједио је готово шест година након доношења Уредбе Савјета (ЕУ) 1259/2010. Наиме, 24. јуна 2016. године донесена је *Уредба Савјета (ЕУ) 2016/1103* о спровођењу унапријеђене сарадње у подручју надлежности, мјеродавног права, те признавања и извршења одлука у стварима брачноимовинских режима и у примјени је од 29. јануара 2019. године⁶. Примјењује се на све грађанскоправне аспекте брачноимовинских режима, како свакодневно управљање брачном имовином, тако и њену ликвидацију, у случају развода или смрти једног брачног партнера. Овај извор права чини повезницу са двије уредбе које су на равни Уније донесене у претходном периоду у оквиру редовног поступка. Ријеч је о *Уредби (ЕУ) 650/2012 Европског парламента и Савјета о надлежности, мјеродавном праву, признавању и извршењу одлука и прихватању и извршавању јавних исправа у насљедним стварима и о успостављању Европске потврде о насљеђивању*⁷ и *Уредби (ЕЗ) 2201/2003 о надлежности, признавању и извршењу судских одлука у брачним споровима и у стварима повезаним са родитељском одговорношћу, којом се ставља ван снаге Уредба (ЕЗ) 1347/2000*⁸. На тај начин се употребом института унапријеђене сарадње дјелује у правцу очувања јединствености правног поретка Уније кроз остваривање комплементарности правних извора.

Повећана мобилност парова из различитих држава чланица који живе изван своје матичне државе или имају имовину у више од једне државе чланице определијиле су државе учеснице унапријеђене сарадње на доношење и *Уредбе Савјета (ЕУ) 2016/1104* од 24. јуна 2016. године о спровођењу унапријеђене сарадње у подручју надлежности, мјеродавног права те признавања и извршења одлука у стварима имовинских посљедица регистрованих партнерстава⁹, која је такође у примјени од 29. јануара 2019. године. Донесена је како би се отклониле правне потешкоће до којих долази при свакодневном управљању имовином парова који живе

6 Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, OJ L 183, 8. 7. 2016, 1–29.

7 Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, OJ L 201, 27. 7. 2012, 107–134.

8 Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, OJ L 338, 23. 12. 2003, 1–29.

9 Council Regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships, OJ L 183, 8. 7. 2016, 30–56.

у регистрованој заједници, као и у вези са њеном подјелом уколико се парови раздвоје или један од њих умре. Ова уредба и *Уредба Савјета (ЕУ) 2016/1103* данас се примјењују у 18 држава чланица Европске уније.¹⁰

У сврху стварања јединствене патентне заштите на равни Уније, 17. децембра 2012. године донесена је *Уредба (ЕУ) 1257/2012* Европског парламента и Савјета¹¹. Томе је погодовала околност да је одређенију правну основу за стварање европског права интелектуалне својине представио Уговор из Лисабона јер је у члану 118(1) УФЕУ прописано да мјере за креирање европског права интелектуалне својине треба да установе Европски парламент и Савјет, у складу са редовном законодавном процедуром. У Уредби (ЕУ) 1257/2012 је, између осталог, утврђена и потреба за формирањем Јединственог суда за патенте надлежног да поступа у предметима који се односе на европски патент са јединственим дејством те капацитетом да представља спону у осигурању правилне заштите патента и стуб конзистентности судске праксе у том смислу (Tilmann & Plassmann, 2018). У овој унапријеђеној сарадњи учествује 25 држава чланица Уније (Teran & Vinti, 2022).¹² У функцији суплемента Уредби (ЕУ) 1257/2012, у посебној законодавној процедури са сврхом да се омогући да поступци превођења буду што једноставнији и исплативији, да су у служби правне сигурности и да стимулишу иновације те буду од користи малим и средњим предузећима донесена је и *Уредба Савјета (ЕУ) 1260/2012* о спровођењу унапријеђене сарадње у подручју стварања јединствене патентне заштите у погледу примјењивих аранжмана превођења¹³, у којој учествује једнак број држава чланица као и код Уредбе (ЕУ) 1257/2012.

10 Аустрији, Белгији, Бугарској, Хрватској, Кипру, Чешкој, Финској, Француској, Њемачкој, Грчкој, Италији, Луксембургу, Малти, Холандији, Португалу, Словенији, Шпанији и Шведској.

11 Regulation (EU) No 1257/2012 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2012 implementing enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection, OJ L 361 of 31 December 2012.

12 Белгија, Бугарска, Чешка, Данска, Њемачка, Естонија, Ирска, Италија, Грчка, Француска, Кипар, Летонија, Литванија, Луксембург, Мађарска, Малта, Холандија, Аустрија, Пољска, Португал, Румунија, Словенија, Словачка, Финска и Шведска.

13 Council Regulation (EU) No 1260/2012 of 17 December 2012 implementing enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection with regard to the applicable translation arrangements, OJ L 361, 31. 12. 2012, 89–92.

6. Формирање Канцеларије европског јавног тужиоца примјеном института унапријеђене сарадње

Институт унапријеђене сарадње 22 државе чланице су употријебиле ради формирања независног тијела ЕУ одговорног за истраге, кривични прогон и подизање оптужница за кривична дјела којима се наноси штета финансијским интересима Европске уније. Наиме, 12. октобра 2017. године донесена је Уредба Савјета (ЕУ) 2017/1939 о провођењу унапријеђене сарадње у вези са оснивањем Канцеларије европског јавног тужиоца (ЕРПО)¹⁴, у којој учествује 20 држава чланица¹⁵.

Овим извором права предвиђа се систем подијељене надлежности између ЕРПО-а и националних тијела у сузбијању кривичних дјела која утичу на финансијске интересе Уније (Herrnfeld, 2019: 123–131). ЕРПО дјелује као недјељиво тијело Уније чији се централни ниво састоји се од главног европског тужиоца, који руководи ЕРПО-ом као цјелином и колегијумом европских тужилаца, сталних савјета и европских тужилаца. Децентрализовани ниво састоји се од делегираних европских тужилаца са сједиштем у државама чланицама.

У члану 120 ЕРПО Уредбе одређено је да она ступа на снагу двадесетог дана од дана објављивања у Службеном гласнику Европске уније (20. новембра 2017. године) и да ЕРПО извршава надлежност за сва кривична дјела у оквиру његове надлежности почињена након тог датума. Истражне радње и радње кривичног прогона на које је овлаштен наведеном регулативом, ЕРПО предузима на датум који, на приједлог главног европског тужиоца, одређује Комисија и који не може бити ранији од три године након датума ступања на снагу Уредбе (20. новембар 2020. године).

У Мишљењу од 22. јуна 2023. године, у предмету *G. K. and Others (Parquet européen)*, у којем је од Суда правде Европске уније први пут затражено да тумачи Уредбу којом је основан ЕРПО, општи правобранилац Тапета оцијенила је да је оснивање ЕРПО “права новост и важно постигнуће у процесу европске интеграције” и “да је ријеч о јединственом и, упркос његовој децентрализованој структури, недјељивом тијелу Европске уније које има овлаштења истраге и прогона казних дјела која утичу на финансијске интересе Уније”.¹⁶

14 Council Regulation (EU) 2017/1939 of 12 October 2017 implementing enhanced cooperation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office ('the EPPO'), OJ L 283, 31.10.2017, 1–71.

15 Аустрија, Белгија, Бугарска, Хрватска, Кипар, Чешка, Њемачка, Естонија, Финска, Француска, Грчка, Италија, Летонија, Литванија, Луксембург, Португал, Румунија, Словачка, Словенија и Шпанија.

16 AG Opinion of 22 June 2023, *G. K. and Others (Parquet européen)*, C-281/22, ECLI:EU:C:2023:510, p. 17.

7. Закључак

Институт унапријеђене сарадње је своју уговорну основу добио у Амстердаму, док је флексибилнијим и оперативнијим учињен тек у Лисабону. Његова основна сврха је била да се превазиђу блокаде у правностваралачком процесу, као и да се продуби интеграција у корпусу питања за државе чланице које су то жељеле. Кроз анализу и број правних аката који су у оквиру института усвојени, можемо рећи да је он само дјелимично оправдао своју уговорно одређену улогу. Посматрајући из перспективе правног поретка Уније у цјелини, партикуларност примјене института, која за крајњи исход има различита рјешења у државама чланицама по појединим питањима од нарочитог значаја за правна и физичка лица на простору Уније, захтијева нарочиту пажњу. Јер, колико год могућности институт унапријеђене сарадње пружа државама чланицама у смислу реализације или продубљења њихове међусобне сарадње у појединим питањима, његова примјена, уколико не представља само фазу на путу утврђивања генералних, заједничких правила за све државе чланице, може представљати противрјечје и озбиљан изазов по неке од базичних правних начела на којима почива Европска унија а која је Суд правде Европске уније континуирано јачао и проширивао. Ту, прије свега, мислимо на начело јединствености њеног правног поретка, начело забране дискриминације на основу држављанства и начело правне сигурности.

Литература и извори

Böttner, R. (2021). Judicial Review in Enhanced Cooperation. U: The Constitutional Framework for Enhanced Cooperation in EU Law, *Nijhoff Studies in European Union Law*, 257–278. Leiden | Boston: Brill Nijhoff. doi.org/10.1163/9789004459151

Craig, P. (2010). *The Lisbon Treaty: Law, Politics and Treaty Reform*. Oxford University Press.

Groenendijk, N. (2011). *Enhanced Cooperation Under the Lisbon Treaty*, Paper presented at the research meeting on European & International Affairs, Aalborg University. Retrieved 28 January 2023, from https://www.researchgate.net/profile/Nico-Groenendijk/publication/299337552_Enhanced_cooperation_under_the_Lisbon_Treaty/links/56f1101a08ae0dcdafd6dded/Enhanced-cooperation-under-the-Lisbon-Treaty.pdf

Herrnfeld, H.-H. (2019). *Hibridna struktura i pravni okvir ureda europskog javnog tužitelja (EPPO) problemi...* Hrvatski Ljetopis za kaznene znanosti i praksu, vol. 27, broj 1/2020, 123–131, Zagreb. Preuzeto 17. 2. 2022. sa: <https://hrcak.srce.hr/file/355827>.

Kreilinger, V. & Pariser, P. (2015). *A Proposal to use Enhanced Cooperation in the Refugee Crisis*, Jacques Delors Institut – Berlin.

Lamping, M. (2013). *Enhanced Cooperation in the Area of Unitary Patent Protection - Testing the Boundaries of the Rule of Law*, 20 Maastricht J. Eur. Comp. L., Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper 589.

Malíř J. (2019). *Enhanced Cooperation in the EU: Its Evolution and Position of the Czech Republic*, Studia Europejskie – Studies in European Affairs, 1/2019, 89–112, DOI: 10.33067/SE.1.2019.05.

Peers, S. (2017). *Enhanced cooperation: the Cinderella of differentiated integration*. In Bruno De Witte, Andrea Ott and Ellen Vos – *Between Flexibility and Disintegration: The Trajectory of Differentiation in EU Law*, Edward Elgar Publishing Limited, 76–91.

Piris, J. C. (2010). *The Lisbon Treaty: a legal and political analysis*, First Ed. 1-426, University Press Cambridge.

Schmidt, V. (2022). *The Future of Differentiated Integration*. EUIDEA Op-Ed (9) 2. Retrieved 3 February 2023, from <https://euidea.eu/wp-content/uploads/2021/01/Euidea-oped-09.pdf>.

Smit, E. (2015). *Enhanced Cooperation as a form of differentiated integration in the European Union: a case study of the Rome III and Unitary Patent Regulation*. Master Thesis European Governance, University of Utrecht. Retrieved 1 February 2023, from https://is.muni.cz/th/420457/fss_m/Emma_Smit_thesis.pdf.

Stahl, A. (2021). *Public Opinion on an Ever More Differentiated EU - EUIDEA – EU Integration and Differentiation form Effectiveness and Accountability*, Policy Papers No. 15. Retrieved 28 January 2023, from https://euidea.eu/wp-content/uploads/2021/09/euidea_pp_15.pdf.

Teran, A. & Vinti, B. (2022). *Preparing for Europe's Unified Patent Court*, Proskauer. Retrieved 15 February 2023, from <https://www.proskauerinlifesciences.com/2022/02/preparing-for-europes-unified-patent-court/>

Tilmann, W. & Plassmann, C. (2018). *Unified Patent Protection in Europe*, Oxford University Press

Van Calster, G. (2016). *European Private International Law* (2nd ed). Hart Publishing, 208.

Vella, Joachim, E., J. & Yevgenyeva, A. (2013). *The financial transaction tax proposal under the enhanced cooperation procedure: legal and practical considerations*, British Tax Review (2), 111–260.

Consolidated versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union [2010] OJ C 83/01.

Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000, OJ L 338, 23. 12. 2003, 1–29.

Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, OJ L 343, 29. 12. 2010, 10–16.

Council Regulation (EU) No 1260/2012 of 17 December 2012 implementing enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection with regard to the applicable translation arrangements, OJ L 361, 31. 12. 2012, 89–92.

Council Regulation (EU) 2016/1103 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes, OJ L 183, 8. 7. 2016, 1–29.

Council Regulation (EU) 2016/1104 of 24 June 2016 implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships, OJ L 183, 8. 7. 2016, 30–56.

Council Regulation (EU) 2017/1939 of 12 October 2017 implementing enhanced cooperation on the establishment of the European Public Prosecutor's Office ('the EPPO'), OJ L 283, 31. 10. 2017, 1–71.

Regulation (EU) No 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession, OJ L 201, 27. 7. 2012, 107–134.

Regulation (EU) No 1257/2012 of the European Parliament and of the Council of 17 December 2012 implementing enhanced cooperation in the area of the creation of unitary patent protection, OJ L 361 of 31. December 2012.

Court of Justice of the European Union. Case C-209/13 *United Kingdom v Council*. ECLI:EU:C:2014:283.

AG Opinion of 22 June 2023, *G. K. and Others (Parquet européen)*, C-281/22, ECLI:EU:C:2023:510, p. 17.

*Boris Tučić, PhD,
Assistant Professor,
Faculty of Security Studies, University of Banja Luka,
Republika Srpska*

*Radmila Dragišić, LL.M.,
PhD Student,
Faculty of Law, University of Banja Luka,
Republika Srpska*

THE INSTITUTE OF ENHANCED COOPERATION IN EUROPEAN UNION LAW: EXPECTATIONS AND ACHIEVED RESULTS

Summary

The Institute of Enhanced Cooperation (EnC) was introduced by the Treaty of Amsterdam (1997) but it was made more flexible and operational by the Treaty of Lisbon (2007). Its main objective was to overcome the blockages in the law-making process, as well as to strengthen the cooperation among EU member states and deepen the integration process in specific areas. In this paper, the authors examine the institute of enhanced cooperation as a form of flexible and differentiated integration. The authors first present a brief historical overview of the legal regulation of this institute in the provisions of the founding treaties of the EU. Then, they provide an overview of the sources of law adopted within the framework of enhanced cooperation in certain areas of Private International Law, and particularly for the purpose of establishing the European Public Prosecutor's Office. Based on the analysis of a number of legal acts adopted within this institute, the authors draw a conclusion that the institute of enhanced cooperation has only partially justified its contractually defined role. Viewed from the perspective of the legal order of the European Union as a whole, this institute requires special attention due to the particularities of its application, which ultimately entails different solutions in the EU member states on certain issues of particular importance for legal and natural persons in the Union. There is no doubt that this institute provides many opportunities to the EU member states in terms of realizing or deepening their cooperation in certain issues, particularly if it is perceived as a stage on the way to establishing general, common rules for all member states. However, its application may challenge the unity and the integral structure of the EU legal order. It may also be inconsistent with some of the basic EU legal principles which have been continuously strengthened and expanded by the Court of Justice of the EU. Above all, it refers to the principle of unity of the legal order, the principle of prohibition of discrimination on the basis of citizenship, and the principle of legal certainty.

Keywords: *European Union, enhanced cooperation, differentiated integration, legal order, International Private Law, European Public Prosecutor's Office.*

II РАДОВИ СТУДЕНАТА ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА

Бојана Арсенијевић,*
Асистент,
Правни факултет, Универзитет у Нишу,
Република Србија

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-46014

UDK: 347.426.4

Рад примљен: 16.08.2023.

Рад прихваћен: 03.10.2023.

НЕМАТЕРИЈАЛНА ШТЕТА КАО ИЗРАЗ ЗАШТИТЕ ДРУШТВЕНИХ ВРЕДНОСТИ**

Апстракт: У раду ауторка посвећује пажњу развоју института нематеријалне штете и прихваћеним концептима појма нематеријалне штете. У колизији субјективне и објективне концепције нематеријалне штете, законодавци следе један од приступа. Поједини аутори предлажу примену средњег решења, у виду мешовитог концепта. На концу, прихватање одређеног концепта условљено је друштвеним вредностима које правни систем настоји да заштити кроз облик нематеријалне штете. Тиме институт нематеријалне штете представља призму кроз коју су видљиве вредности које друштво штити правним нормама. Рад нуди анализу законодавних решења и судске праксе у домаћем праву, током ширег историјског периода, заокружујући приказ вредности које нематеријална штета баштини у српском праву.

Кључне речи: субјективна концепција, објективна концепција, *iniuria*, средњовековно право, социјалистичко право.

* a.bojana@prafak.ni.ac.rs

** Рад је настао као резултат финансирања од стране Министарства науке, технолошког развоја и иновација РС, према уговору евиденциони број 451-03-47/2023-1/200120 од 3. 2. 2023. године.

1. Увод

Није тешко разумети да *homo sapiens* одвајкада није праштао напад на своје тело или личност једнако као ни напад на своју имовину. Психологија објашњава рани развој ега човека и са њим повезану природну потребу за заштитом личних вредности. Уређивање те заштите резултат је развоја друштвене заједнице у баштињењу одређених вредности. Начини остваривања заштите нематеријалних интереса човека одређени су степеном развоја цивилизације.

У правно неуређеним друштвима, која памте само најстарија времена, повреда неког интереса човека повлачила је одмазду самог оштећеног, или његове породице. Неконтролисани опсеци одмазде временом су сведени принципом талиона на пропорционалну меру – око за око, зуб за зуб. Даљи развој заштите нематеријалних интереса човека пратимо у правним системима, који су настојали да овлашћење за кажњавање и одмазду пренесу на друштвену заједницу, тј. на суд као представника власти. Испрва је заштита коју је друштвена заједница пружала имала доминантне карактеристике кривичноправне заштите, да би тек касније, постепеним развојем, добила изразиту грађанскоправну природу.

Један од основних института заштите повређених нематеријалних интереса у приватном праву јесте накнада штете, чији су се облик, сврха и начин остваривања, такође, развијали кроз време. У римском праву накнада је имала облик новчане казне и њена висина била је одређена њеном сврхом – кажњавање штетника и на тај начин пружања задовољења оштећеном. У савременом праву накнада штете може имати натурални и новчани облик, али њена сврха није кажњавање штетника, но пружање сатисфакције (задовољења) оштећеном.

Који нематеријални интереси су предмет заштите зависило је од схватања друштвене заједнице. Стога сагледавање нематеријалне штете, њеног облика, сврхе накнаде и интереса којима је пружана заштита, омогућава упознавање са вредностима које је друштвена заједница уважавала у датом историјском тренутку и кроз нормативну моћ права настојала да заштити. Другим речима, нематеријална штета представља једну од призма кроз коју је могуће сагледати вредности које човек у праву штити.

Посматрајући дискурс правника, иза нас, као превазиђене, остале су расправе да ли повреда неимовинског добра¹ представља штету у правном смислу, да ли таква штета заслужује накнаду, а нарочито да ли та накнада сме бити новчаног карактера. Још једна превазиђена расправа тицала се

1 Појмове неимовинска добра и нематеријална добра у раду користим као синониме.

нужности истовременог постојања материјалне штете, да би се остварила накнада нематеријалне (Караникић Мирић, 2016: 185). Извор актуелних дискурса у домаћем праву је питање одређивања појма нематеријалне штете, у субјективној или објективној концепцији. Субјективна концепција нематеријалне штете одређује је као трпљење у емотивној, душевној, интимној сфери човека, тј. као болове и страх. Објективна концепција одређује нематеријалну штету као повреду личног добра, објекта неимовинског права, неимовинског права или правом заштићеног интереса (Караникић Мирић, 2015: 488–491).

Рад представља анализу развоја института нематеријалне штете у домаћим правним оквирима.² У првом делу рада представићемо историјски развој облика и случајева нематеријалне штете у римском праву и историјским етапама развоја српског права. У другом делу рада представићемо законодавна решења и примере из судске праксе у савременом српском праву. Напошетку, у трећем делу сагледаћемо нематеријалну штету *de lege ferenda* у српском праву. На тај начин биће заокружен приказ вредности које нематеријална штета баштини у српском праву.

2. Нематеријална штета у различитим историјским епохама

Сагледаћемо развој облика и случајева нематеријалне штете у српском праву, у три препознатљива историјска периода: у средњем веку, пре и након Другог светског рата. С обзиром на то да је српско средњовековно право било утемељено на римско-византијској традицији, те да је римско право рецепцијом ушло у поре грађанских законика деветнаестог века, укључујући и српско право (Аврамовић, 2014: 28–30), на почетку ћемо представити облик и случајеве нематеријалне штете у римском праву. У наставку рада обухватићемо и анализирати примере из римског права, права средњовековне Србије, Кнежевине Србије (и потоњих њених државних облика), социјалистичког и постсоцијалистичког права у Србији.

2.1. Нематеријална штета у римском праву

У римском праву, појам *iniuria* изражавао је напад на туђу личност, физичку или духовну, реалним актима или вербалним.³ Овакво генеричко значење достигнуто је постепено. У старом римском праву била је забрањена

2 Појам домаће државе мења свој географски опсег кроз декаде, стога говоримо о домаћим правним оквирима, сагледано кроз историјски дурбин.

3 Према мишљењу појединих аутора, *iniuria* представља праделикт римског права, из којег су се развили сви остали облици приватних и јавних деликата. Када су се из појма *iniuria* издвојили крађа (*furtum*) и противправно оштећење имовине (*damnum*)

само реална *iniuria*, као телесни напад на туђ физички интегритет.⁴ Тек у каснијем римском праву развила се и вербална *iniuria*, као морална повреда туђе личности (Boras, Margetić, 1980: 179).⁵

Вербална *iniuria* развијена је кроз преторско право. Преторски едикти забрањивали су јавно срамоћење погрдним песмама пред кућом оштећеног, тзв. мачије серенаде, и друге видове напада на достојанство и част. Било је забрањено раздвајати жену од њеног пратиоца (*matronae abducitur*), без којег се она према тадашњим обичајима није смела појављивати у јавности, а који чин је вређао њено достојанство. Чињење непристојних понуда, добацавање или слеђење у јавности (*pudicitia adtemptatur*) представљали су повреду части.⁶ Забрањени су били и оговарање и клеветање који урушавају углед другог (*ne quid infamandi causa fiat*) (Eisner, Horvat, 1948: 460). Временом, основни преторов едикт (*edictum generale*) тумачењима је проширен тако да *iniuria* обухвати свако чињење и нечињење којима се намерно вређа, потцењује или омаловажава други (Eisner, Horvat, 1948: 460). Тежину деликта *iniuria* одређивао је начин на који је извршен, присуство јавности (нпр. у позоришту) или разлика у друштвеном статусу оштећеног и штетника (нпр. када увреду магистрату или сенатору учини лице нижег друштвеног ранга) (Гај: 281, бр. 225).

Оштећено лице није био само појединац чија је личност повређена. *Iniuria* се могла извршити и против детета или жене коју је појединац имао под својом влашћу (*manus*), али и против роба, уколико се то чинило на свиреп

iniuria datum), у пољу њеног обухвата остао је „само” напад на интегритет човека. Бујуклић, 2012: 382.

4 Закон XII таблица разликовао је три облика. *Membrum ruptum* (оштећење или уништење уда), који се кажњавао талионом или добровољном нагодбом. *Os fractum* (прелом кости), који се кажњавао талионом или откупнином од 300 аса за слободна човека или 150 аса за роба. Трећи облик је био *iniuria* у ужем смислу и обухватао је сваку другу повреду тела која није остављала трајне последице, а која се кажњавала новчаном казном од 25 аса. Eisner, Horvat, 1948: 458–459. Бујуклић, 2012: 381–382.

5 Иако је и Закон XII таблица познавао два случаја нетелесних повреда (*malum carmen incantare* и *occentare*, који се изједначавају са увредљивом песмом и јавним срамоћењем), ови деликти припадали су јавном праву, за које је предвиђена казна била смрт. Стога не улазе под појам *iniuria* као деликта приватног права. Иако деликти јавног права, наведени случајеви нетелесних повреда које је регулисао Закон XII таблица указују на степен пажње која се посвећивала заштити личности (претпоставка, носилаца друштвених функција). С обзиром на тежину казне, претпоставља се да су се ове нетелесне повреде тицале „призивања злих сила” коришћењем магичних формула. Eisner, Horvat, 1948: 459. Бујуклић, 2012: 382. Имајући у виду развијени политеизам римског друштва, оваква претпоставка није неубичајена.

6 Упор. Eisner, Horvat, 1948: 460. Boras, Margetić, 1980: 180. Гај: 279, бр. 220. Бујуклић, 2012: 383.

начин и са отвореном намером срамоћења господара (Гај: 279–281, бр. 221 и 222). Заштиту оштећеном обезбеђивала је тужба *actio iniuriarum aestimatoria*, досуђивањем новчане казне (*poena*). Сврха новчане казне била је кажњавање штетника и пружање задовољења на тај начин оштећеном (Eisner, Horvat, 1948: 346–347, 355, 449). Њена сврха нарочито је видљива у самој висини казне, некада и вишеструко већој од саме настале штете. Новчану казну одређивале су судије (*recuperatores*), узимајући у обзир све околности појединачног случаја и водећи се праведношћу (*aequum et bonum concepta*) (Eisner, Horvat, 1948: 460).

2.2. Средњовековно српско право

У средњовековној Србији пружана је заштита части и достојанству лица кроз инкриминацију псовања и чупања браде (лична и телесна увреда). У реченом налазимо сличност са римским правом, које такође разликује вербални и телесни напад, као и поједине вербалне повреде које су део јавног права.⁷

Брада мушкарца као специфичан симбол достојанства, карактеристичан за средњовековно друштво, уживао је посебну заштиту. Правила се разлика између међусобног чупања у тучи (мехоскубина) и једностраног чупања, као веће увреде. Душанов законик у потоњем случају користи формулацију (у преводу) „ко ишчупа браду властелину или добром човеку”, упућујући на углед оштећеног (Кршљанин, 2012: 63–64). Псовање и чупање браде било је кажњиво новчаним и телесним казнама (бичевање, осмуђивање, сакаћење). Приметни су кривичноправни елементи ове заштите, стога овде није реч о нематеријалној штети као институту грађанског права.

Сталешко устројство средњовековног српског друштва утицало је на различито одмеравање казне спрам статуса оштећеног лица (Кршљанин, 2012: 60–63). Уколико припадник вишег сталежа увреди припадника нижег сталежа, следила је новчана казна; у супротној ситуацији, новчану казну пратило је и телесно кажњавање.⁸ Ове санкције карактеристично су имале сврху кажњавања учиниоца дела, остварујући истовремено индивидуалну и генералну превенцију, видљиву кроз суровост телесних казни.

На судијама је била одлука о тежини телесне казне (број удараца бичем, сакаћење одсецањем ког уда). С друге стране, висина новчане казне била је законом одређена и иста за све случајеве псовања,⁹ без обзира на разлике

7 Вид. ф. 5.

8 Упор. чл. 50, 55, 95, 97 и 98 Законика Стефана Душана.

9 Износила је 100 перпера, средњовековна новчана јединица.

у сталешкој припадности. Рангирање новчане казне у овом случају не би водило закључку о различитој „вредности“ части припадника одређеног сталежа, но би омогућила уважавање разлика у финансијској моћи. Стога, казна за припаднике нижег сталежа била је умного суровија, и у погледу обавезе плаћања новчане казне и у погледу издржавања телесне казне.

2.3. Нематеријална штета у српском праву до Другог светског рата

Српски грађански законик регулисао је штету на правима и личности човека,¹⁰ посебно истичући право на накнаду претрпљених болова у случају телесне повреде, штету услед раскида веридбе, повреде слободе, части или поштења (Станковић, 1956: 484).¹¹ Аустријски грађански законик који је био у примени на појединим територијама Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца одређивао је појам штете као „сваки квар учињен било коме у његовој имовини, правима или личности“.¹² Као старији брат српског законика, Аустријски грађански законик садржао је одговарајуће изворнике наведених одредби о праву на накнаду претрпљених болова у случају телесне повреде, као и о штети услед повреде слободе, части или поштења (Hrvić, 2014: 63–68).¹³ Непрецизност законских текстова водила је бројним расправама о облику нематеријалне штете, како у српском тако и у аустријском законнику (Марковић, 1921: 88–92). Ставу да је усвојена објективна концепција (штета на личности) супротстављана је одредба о праву на накнаду претрпљених болова у случају телесне повреде, која одговара субјективној концепцији (Караникић Мирић, 2016: 186–188).

Општи имовински законик за Књажевство Црне Горе није прописивао право на накнаду нематеријалне штете у случају повреде части и угледа, но искључиво накнаду материјалне штете.¹⁴ Када је реч о штети услед телесне повреде, поред наглашавања права на накнаду трошкова боловања, лечења и дангубе, истакнуто је и право на накнаду особите штете ако је „повређеник остао сакат, за вазда болан, или тако нагрђен да нема више наде да ће његово стање боље постати“.¹⁵ У потоњем случају није била препозната нематеријална штета, која би превазилазила смањене могућности привређивања, и огледала се у трпљењу болова и унакажености, односно повреди телесног интегритета.

10 Вид. пара. 800 Српског грађанског законика.

11 Вид. пара. 82, 820 и 822 Српског грађанског законика.

12 Вид. пара. 1293 Аустријског грађанског законика.

13 Упор. пара. 1323, 1325–1330 Аустријског грађанског законика.

14 Вид. чл. 581 Општег имовинског законика за Књажевство Црну Гору.

15 Вид. чл. 580 Општег имовинског законика за Књажевство Црну Гору.

Према судској пракси, накнаду нематеријалне штете дуговало је оно лице које без овлашћења повреди другог живот, тело, личну слободу или част (женска част, добро име трговца, клевета, лажна оптужба пред судом) (Пишкулић, Ђерђ, 1924: 208, 209). Накнада нематеријалне штете је дугована само уколико је законом била изричито прописана. На пример, кривичним закоником било је прописано да у случају неоснованог лишења слободе, судија је на основу захтева оштећеног досуђивао накнаду нематеријалне штете, према броју дана трајања лишења. Посебним законом о штампи било је прописано право на накнаду нематеријалне штете уколико то према околностима случаја одговара осећају правичности (Пишкулић, Ђерђ, 1924: 211).

Право на накнаду штете признавало се у случају очигледног унакажења, које је нарочито шкодило женама, „јер је то препрека њиховој будућој срећи и успеху у животу”, као и у случају обешчашћења поштене девојке, које шкоди на тај начин „што ће теже добити мужа, а тиме породично издржавање” (Пишкулић, Ђерђ, 1924: 211).¹⁶ У потоњем случају штетник треба да накнадом штете обезбеди мираз оштећеној девојци. Интересантно је да се наведени случајеви у литератури одређују као материјална штета (Марковић, 1921а: 269–273), а повређено добро су поштење и част жене. Другим речима, штета се не огледа у повреди материјалних добара (нпр. трошкови лечења), но у повреди нематеријалних добара (углед и част). Притом, штета се није процењивала *in concreto*, спрам заиста изгубљених могућности „добре” удаје, но без доказа основаности очекивања висине материјалног обезбеђења кроз „добру” удају. Стога ови аргументи говоре у прилог да је у наведеним случајевима реч о нематеријалној штети, схваћеној објективно. Овај случај накнаде штете ушао је у германске правне прописе из црквеног права, по коме у случају дефлорације девојке штетник мора или да је узме за жену или да плати накнаду њеном оцу, односно њој (Марковић, 1921: 82–84).

2.4. Нематеријална штета у српском праву у другој половини XX века

Специфичност социјалистичке мисли утицала је и на институт нематеријалне штете. У совјетској правној науци био је заступљен став да новчана накнада нематеријалне штете води деградацији личних добара човека јер „таксирајући своје осећаје новцем, човек издиже новац изнад себе и губи поштовање према себи самоме”, због чега је таква накнада неморална (Петровић, 1996: 16). Нарочито је истицано да је новчана

16 Вид. чл. 580 Општег имовинског законика за Књажевство Црну Гору.

накнада нематеријалне штете у супротности са социјалистичким моралом (Станковић, 1978: 289), који је неспојив са новчаном накнадом као основним принципом регулисања грађанско-правних односа у капиталистичком друштву (Петровић, 1996: 16). Неоправданост новчане накнаде нематеријалне штете посматрана је и са пиједастала индивидуалног морала – истицано је да „човек који држи до свог достојанства ће одбити понуду да му новцем буде плаћен бол који трпи”, а ако би неко тврдио да би му бол био ублажен досуђивањем новчане суме, „онда је допуштено сумњати у искреност таквог бола” (Станковић, 1978: 289). Морално јаком човеку таква идеја новчане накнаде за његову бол била би понижавајућа, а дискусија у судници о „најузвишенијим осећањима и о најсветијим боловима” унизила би и човека и његова осећања (Петровић, 1996: 18).

Под утицајем совјетске правне науке, судска пракса у легислативно неизграђеној новој Југославији била је против признања права на накнаду нематеријалне штете. Тако је Врховни суд Хрватске у својим пресудама истицао да „болнина не може бити извор никаквих прихода” у друштвеној заједници вођеној радом као идејом водиљом. Наглашавано је да према „схватању живота и животних друштвених односа међу људима” нематеријални интереси немају једнаку вредност као материјални интереси, који су „средства за живот и опстанак у друштвеној заједници”.¹⁷

Према судској пракси у првим годинама живота нове Југославије, у случају телесне повреде, накнада је обухватала трошкове лечења и изгубљену зараду, али не и претрпљене болове као нематеријалну штету; због унакажења могла се остварити накнада трошкова ради ублажавања унакаженог изгледа, не и због физичких или душевних болова; физички болови правно су били релевантни само уколико су утицали на смањивање или губитак радне способности (изгубљена зарада); услед неоснованог лишења слободе или повреде части, накнада штете обухвата изгубљену зараду, губитак пословног кредита или трошкове ослобођења (Јакшић, 1953: 296–298). Посебно је критиковано право које је раније признавано женском лицу за умањене изгледе за удају услед повреде тела, здравља или полног интегритета јер је то израз „раније неравноправности жене и њене зависности о удаји” (Јакшић, 1953: 302). Заштита нематеријалних интереса, истицано је, „остварује се и у социјалистичкој демократији”, коју карактерише „највећа могућа брига за човека и заштита његових права и његове личности”, али путем средстава као што су: објављивање опозива или исправке неистинитих изјава, судско утврђивање чињеница, судске забране и сл. (Јакшић, 1953: 283–284, 301–302).

17 Пресуда Врховног суда НР Хрватске ИГ бр. 946/47 од 20. 5. 1947. године.

Ипак, вредности уважаване у друштвеној заједници пре заодевања у социјалистичко рухо, видљиве и у одредбама других европских грађанских законика, изнедриле су признање накнаде нематеријалне штете у Нацрту закона о одговорности за штету.¹⁸ Уследило је слабљење, па напуштање наведених ставова у судској пракси. Прво је Врховни суд НР Словеније заузео став да признање накнаде нематеријалне штете није *per se* у супротности са социјалистичким правним поретком, те да оправданост њеног досуђивања треба мерити у сваком појединачном случају.¹⁹ Потом је и Врховни суд Југославије установио да лична добра човека не могу остати незаштићена на подручју цивилне одговорности и да целокупни друштвени развитак Југославије следи правац што шире заштите личних добара.²⁰

Следећи примери показују у којим случајевима и у ком облику је било признато право на накнаду нематеријалне штете у судској пракси: због телесних болова услед дефлорације или током порођаја који су последица кривичног дела; због душевних болова услед силовања; због душевних болова услед побачаја изазваног наношењем телесних повреда; због душевних болова услед унакажености која изазива осећај нелагоде или сажалења, лични и од стране друштва; због душевних болова услед повреде части и угледа путем штампе, објављивањем голе фотографије тужитељке незамаскираног лица у научној медицинској књизи, изношењем тврдњи у вези обављања адвокатске професије или у вези породичних односа оштећених; због душевних болова услед неиспуњених обећања за закључење брака и услед упуштања у полне односе са туженим који је прикрио да је ожењен; због душевних болова услед смрти брата или сестре, са којима су тужиоци живели у заједничком домаћинству; због душевних болова услед замене детета за туђе; због душевних болова услед принудног исељења у стан без одговарајућих услова за живот (Станковић, 1978: 303–316).

18 Нацрт закона о одговорности за штету из 1951. године прописивао је право објављивања пресуде суда и исправака на трошак штетника и право на новчану накнаду у случају повреде личних добара. Примери заштићених личних добара били су: уколико је женско лице лукавством наведено на ванбрачну обљубу или ако је према њој извршено кривично дело против достојанства личности и морала, уколико је претрпљен физички бол, страх, брига, туга, жалост и други душевни болови, а нарочито душевни болови услед смрти члана уже породице. Опширније о томе, Jakšič, 1953: 284. Karanikić Mirić, 2018: 403–404.

19 Пресуда Врховног суда НР Словеније Гжж 5/1950 од 2. 2. 1950. године.

20 Одлука Врховног суда Југославије Рев 277/66.

Домаћа правна наука развијала се, такође, у смеру признања новчане накнаде нематеријалне штете (Караникић Мирић, 2016: 189–192). Истицано је да право представља „инструмент организације друштвеног реда и прогреса, чији је врховни циљ пуна афирмација човекове духовне и физичке личности”, те у случају нарушења психичке равнотеже треба наћи средства која ће је ублажити (Станковић, 1998: 43). Објављивање пресуде или исправке пак мање су ефективна средства задовољења услед директне зависности од спремности јавности да „њену садржину интелектуално обради, тако да опозив већ дате изјаве која вређа нечија лична права може представљати бумеранг за повређено лице” (Стојановић, 1980: 599).

Закон о облигационим односима уредио је право на накнаду нематеријалне штете и одступања на снагу 1978. године до данас није претрпео нормативне измене у овом делу. Сврха накнаде нематеријалне штете је сатисфакција оштећеног. Нематеријална штета је одређена као наносење другоме физичког или психичког бола или страха (субјективна концепција).²¹ Правична новчана накнада досуђује се за претрпљене физичке болове, претрпљене душевне болове поводом конкретних повреда, укључујући и повреду права личности, и за претрпљени страх.²² Међутим, повреда права личности посебно је истакнута у два наврата: код захтева за престанак повреде права личности и код накнаде у виду објављивања пресуде или исправке.²³ Стога поједини аутори истичу да ЗОО познаје субјективно-објективни појам нематеријалне штете, при чему је њен објективни облик исказан као повреда права личности (Вукотић, 2020: 79–81).

Након усвајања ЗОО, судови су се изјашњавали да унук нема право на сатисфакцију за претрпљене душевне болове иза смрти баке, осим уколико му је она замењивала родитеље; да нема основа за досуђивање накнаде нематеријалне штете због губитка животних радости, немогућности коришћења аутомобила или годишњег одмора; да смањење изгледа за добру удају не представља самостални вид нематеријалне штете; да нема право на накнаду нематеријалне штете због претрпљених душевних болова лице којем су, услед повреде, уништени мождани центри, те више није свесно свог стања, ни болова, ни мука; да узраст детета није од значаја за остваривање права на накнаду штете због смрти родитеља, те да ово право има и нерођено дете; да родитељи немају право на накнаду штете

21 Вид. чл. 155 Закона о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, 29/1978, 39/1985, 45/1989 – одлука УСЈ и 57/1989, *Сл. лист СРЈ*, 31/1993, *Сл. лист СЦГ*, 1/2003 – Уставна повеља и *Сл. гласник РС*, 18/2020. У наставку раду, за овај законски текст биће коришћена скраћеница ЗОО.

22 Вид. чл. 200 ЗОО.

23 Вид. чл. 157 и 199 ЗОО.

због претрпљених душевних болова услед неизвесности у лечењу њихове деце; да развој психичког поремећаја услед претрпљеног страха није услов за досуђивање накнаде нематеријалне штете (Тороман, 1983: 748–757). Највиша судска инстанца у изолованим случајевима изјашњавала се о праву жене на накнаду нематеријалне штете због претрпљених душевних болова услед смрти зетке, и о праву мушкарца на накнаду нематеријалне штете због претрпљених душевних болова услед повреде части и угледа када га је његова супруга обманула да је трудна (Андрејевић, Милутиновић, Петровић, 2009: 277).

Историјски догађаји деведесетих година прошлог века видљиви су и кроз судску праксу о нематеријалној штети. Припадницима оружаних снага Југословенске народне армије било је признато право на правичну новчану накнаду нематеријалне штете коју су претрпели у оружаним сукобима током 1991. и 1992. године, односно до повлачења последњих војних јединица на територију Савезне републике Југославије.²⁴ Исто право било је признато и породицама погинулих у оружаним акцијама после 17. 8. 1990. године,²⁵ а складу са одредбама ЗОО о праву на накнаду нематеријалне штете у случају смрти блиског лица. Објективну одговорност у оба случаја сносила је СРЈ, као наследница субјективитета СФРЈ, а на основу одредби ЗОО о одговорности за опасне делатности и одговарајућих одредби Закона о служби у оружаним снагама.

3. Савремени оквири нематеријалне штете у српском праву

Три су вида нематеријалне штете: (1) претрпљени физички болови, (2) претрпљени душевни болови због умањења животне активности, наружености, смрти блиског лица, повреде части, угледа, слободе или права личности, и (3) претрпљени страх.²⁶ Поред ЗОО, бројни *legis specialis* регулишу право на накнаду нематеријалне штете. У случају повређених интереса, право на накнаду нематеријалне штете има носилац ауторског или сродних права²⁷ и носилац жига.²⁸ Трговац и пружалац услуга

24 Саветовање Савезног суда, врховних судова Републике Србије и Републике Црне Горе, Врховног војног суда и Вишег привредног суда у Београду од 4. 12. 1996. године. Глосаријум, 3 (март)/1997, Београд.

25 Одлука Врховног суда Србије Рев 2325/95 од 5. 6. 1995. године.

26 Вид. чл. 200 ЗОО.

27 Вид. чл. 205 и 206 Закона о ауторском и сродним правима, *Сл. гласник РС*, 104/2009, 99/2011, 119/2012, 29/2016 – одлука УС и 66/2019. Треба приметити да законодавац, не пратећи терминологију Закона о облигационим односима, користи изразе имовинска и неимовинска штете.

28 Вид. чл. 92 Закона о жиговима, *Сл. гласник РС*, 6/2020.

(конкуренти) имају право на накнаду нематеријалне штете због повреде пословног угледа, у случају нелојалне тржишне утакмице.²⁹ Странке у судском поступку, којима је повређено право на суђење у разумном року, имају право на правично задовољење, које укључује и новчано обештећење за претрпљену нематеријалну штету.³⁰ Лице неосновано лишено слободе или неосновано осуђено има право на накнаду нематеријалне штете.³¹ Право на накнаду нематеријалне штете има и особа која претрпи дискриминацију,³² односно злостављање на раду.³³ Један од видова заштите узбуњивача управо је прописивање права на накнаду нематеријалне штете коју је претрпео услед и у вези узбуњивања.³⁴ Листа посебних закона наведеним се не исцрпљује – признато је право на накнаду нематеријалне штете у случају лекарске грешке, због незаконитог отказа са рада и због повреда услед говора мржње (Андрејевић, Милутиновић, Петровић, 2009а: 263–270). Овако признато право на накнаду нематеријалне штете остварује се у складу са одредбама 300 (*lex generalis*), који прописује видове нематеријалне штете и услове за досуђивање правичне новчане накнаде.

Субјективне доживљаје (бол и страх) може имати само физичко лице, те према 300 правна лица немају права на накнаду нематеријалне штете. Раније колебање судова по овом правном питању коначно је разрешио највиши суд, усвајањем правног става на седници грађанског одељења (Савчић, 2022: 772–773). Ово је једна од идентификованих слабости субјективне концепције нематеријалне штете (Karanićkić Mirić, 2016а: 33–34).

Слобода изражавања у средстима јавног оглашавања сведена је границама повреде части и угледа и повреде права на поштовање приватног живота. Закон о јавном информисању и медијима посебно уређује право на накнаду нематеријалне штете и одговорност новинара, уредника и издавача, у вези

29 Вид. чл. 41 Закона о трговини, *Сл. гласник РС*, 52/2019.

30 Вид. чл. 23 Закона о заштити права на суђење у разумном року, *Сл. гласник РС*, 40/2015. Иако законодавац говори о новчаном обештећењу за неимовинску штету због повреде права на суђење у разумном року, Врховни касациони суд је заузео став да је реч о накнади *sui generis*. Савчић, 2022: 776.

31 Вид. чл. 18, 583–593. Законика о кривичном поступку, *Сл. гласник РС*, 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 – одлука УС и 62/2021 – одлука УС.

32 Вид. чл. 43 Закона о забрани дискриминације, *Сл. гласник РС*, 22/2009 и 52/2021. Чл. 43 Закона о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом, *Сл. гласник РС*, 33/2006 и 13/2016.

33 Вид. чл. 40 Закона о спречавању злостављања на раду, *Сл. гласник РС*, 36/2010.

34 Вид. чл. 22 и 26 Закона о заштити узбуњивача, *Сл. гласник РС*, 128/2014.

са (не)објављивањем информација.³⁵ Супротно, судови су се изјашњавали да нема повреде части и угледа, а тиме ни основа за признање накнаде нематеријалне штете, у случају критиковања јавног рада политичара, чак и након његовог повлачења са политичке сцене.³⁶ Такође, повреде нема ни у случају оглашавања о непријатностима доживљеним приликом издавања стана особи, означеној именом и презименом, уколико нема намере омаловажавања.³⁷ Судови су нашли да нема повреде права на поштовање приватног живота, а тиме ни основа за признање накнаде нематеријалне штете, у случају објављивања фотографија насталих приликом „уласка“ лица у ријалити.³⁸

Судови су признали накнаду нематеријалне штете због претрпљених душевних болова због повреде слободе неосновано осуђеном лицу, које је казну затвора издржавало у кућним условима уз електронско праћење.³⁹ Право на накнаду нематеријалне штете признато је и лицу које је, услед изрицања јединствене казне затвора у поступку спајања казни, провело у затвору дужи временски период од изречене јединствене казне.⁴⁰ Није било признато право на накнаду лицима којима је притвор одређен јер су, без обавештавања суда, променили адресу пребивалишта⁴¹ и отишли у иностранство⁴² или прикупљали документацију за добијање визе.⁴³

Социјални тренд суживота човека и његових љубимаца, и развој емотивне заједнице између њих, одразио се и на нематеријалну штету. Судови су признали право на накнаду нематеријалне штете због претрпљеног страха тужиоцу чији је пас нападнут на улици и том приликом усмрћен.

35 Вид. чл. 112–118 Закона о јавном информисању и медијима, *Сл. гласник РС*, 83/2014, 58/2015 и 12/2016 – аутентично тумачење.

36 Решење Апелационог суда у Београду Гж 5806/2017 од 15. 3. 2018. године.

37 Пресуда Апелационог суда у Београду Гж 64/2011 од 19. 1. 2011. године.

38 Пресуда Апелационог суда у Београду Гж 77/18 од 29. 3. 2018.

39 Пресуда Апелационог суда у Нишу Гж 4892/2018 од 30. 8. 2018. године. Наведени пример заслужује опширнију анализу, да ли је накнада заиста „правична“ у датим околностима издржавања казне и основа неоснованости осуде (наступила је застарелост извршења кривичне санкције пре правноснажног окончања судског поступка), а која анализа превазилази оквире овог рада. На овом месту кратко ћемо указати да је суд, ценећи све околности случаја, а нарочито породичну атмосферу и погодности издржавања казне у кућним условима, сматрао да правична накнада за 36 дана проведених у кућном „затвору“ износи 70.000,00 динара.

40 Пресуда Вишег суда у Чачку Гж 146/20 од 7. 10. 2020.

41 Пресуда Апелационог суда у Нишу Гж 2470/18 од 15. 5. 2018.

42 Пресуда Апелационог суда у Нишу Гж 5288/17 од 12. 6. 2018.

43 Пресуда Апелационог суда у Нишу Гж 6037/17 од 30. 8. 2018.

Приликом одлучивања, суд је посебно ценио чињеницу да је тужилац био везан за свог пса.⁴⁴ Према преовлађујућем ставу, животиње су објекти права (Јотановић, 2014: 103–104, 113–115), односно ствари у правном смислу. Судови не признају право на накнаду нематеријалне штете због претрпљених душевних болова у случају оштећења или уништења ствари, које су за власника имале посебан значај.⁴⁵ На другој страни, бројни су захтеви за накнаду нематеријалне штете, сва три вида, у случају угриза паса, власничких и напуштених.⁴⁶ Речено је индикатор недовољне пажње власника паса и недовољне активности надлежних органа јединица локалне самоуправе у старању о зоохигијени.

Промена политичких околности које су важиле у другој половини двадесетог века у нашој држави добила је епилог усвајањем Закона о рехабилитацији. Покушај је новог доба да кроз накнаду нематеријалне штете (рехабилитационо обештећење) истакне неслагање са ранијим системом друштвених вредности.⁴⁷ Уважавајући протек времена и животни век људи, регулисано је право *деце* рехабилитованог лица на накнаду нематеријалне штете за душевне болове *због лишења слободе њиховог родитеља*. Ово право признато је детету које је рођено у установама за извршење санкција према његовом родитељу, или је у тим установама провело одређени временски период, или је за време трајања извршења санкција живело без родитељског старања једног, другог или оба родитеља.⁴⁸ Тиме је створен нови вид нематеријалне штете у савременом српском праву (нематеријална штета због душевних болова услед лишења слободе родитеља који је рехабилитован). До тада, душевни болови због повреда које није претрпео оштећени, већ друго лице, уважавани су само у случају смрти или тешког инвалидитета блиског лица.⁴⁹ Судска пракса покушала је да ублажи овај искорак. Околности које су цењене приликом одлучивања о накнади нематеријалне штете биле су трајање лишења слободе рехабилитованог лица, године старости детета (тужиоца) у време извршења санкције, однос средине према тужиоцу и његовој породици.⁵⁰ Право на остваривање накнаде нематеријалне штете орочено је на пет година од ступања на снагу овог закона.⁵¹

44 Пресуда Вишег суда у Пожаревцу Гж 75/2015 од 26. 1. 2015. године.

45 Пресуда Округног суда у Ваљеву Гж 1119/05 од 21. 7. 2005. године.

46 Пресуда Вишег суда у Пожаревцу Гж 132/2013 од 16. 12. 2013. године.

47 Вид. чл. 26 Закона о рехабилитацији, *Сл. гласник РС*, 92/2011.

48 Вид. чл. 7, ст. 5 Закона о рехабилитацији, *Сл. гласник РС*, 92/2011.

49 Вид. чл. 201 300.

50 Пресуда Врховног касационог суда Рев 4449/18 од 2. 10. 2019.

51 Вид. чл. 9 Закона о рехабилитацији, *Сл. гласник РС*, 92/2011.

У домаћем друштву током периода 1970–1990. године „бујао” је проблем нестанка беба из породилишта. Реч је о случајевима када је родитељима у болницама и породилиштима речено да је њихова беба преминула, али су бројност ових случајева и свеукупне околности створиле сумњу да су њихова деца одузета од њих. Тражена судска заштита није водила ефикаснијем решавању овог проблема. Епилог поступка вођеног пред Европским судом за људска права поводом једног таквог случаја⁵² био је усвајање Закона о утврђивању чињеница о статусу новорођене деце за коју се сумња да су нестала из породилишта у Републици Србији.⁵³ Резултат законских одредби је досуђивање правичне новчане накнаде због повреде права на породични живот, након (не)утврђивања статуса несталог новорођеног детета, а на захтев предлагача.⁵⁴ Треба забележити да је највиши домаћи суд исказао став да није могуће признати право на накнаду нематеријалне штете због душевних болова услед повређеног права на породични живот као права личности, у условима када није утврђено шта се догодило са бебом која је „нестала” из здравствене установе, уколико је захтев за накнаду ове штете истакнут уз позивање на

52 Јовановић против Србије, представка бр. 21794/08, пресуда од 26. 3. 2013. године. Подносиатељка представке родила је 1983. године сина, којег је редовно виђала у болници неколико дана. На дан отпуштања лекар ју је обавестио да је дете умрло, али да не може да добије његово тело, због потребе обављања обдукције у другом граду. Током 2001. и 2002. године медији су почели да извештавају о бројним сличним случајевима, због чега се подносиатељка обратила болници и добила информацију да је узрок смрти детета непознат и да никаква документација о томе није доступна јер је архив болнице уништен у поплави. Надлежна општина обавестила је подносиатељку да је чињеница рођења њеног детета регистрована, али не и његова смрт. Кривична пријава коју је супруг подносиатељке поднео 2003. општинском јавном тужиоцу је одбачена јер „постоје докази да је син [подносиатељке] умро 31. октобра 1983. године“. Анкетни одбор Скупштине, образован услед бројности грађана који су се обратили Скупштини поводом овог питања, утврдио је да су у релевантно време постојали озбиљни недостаци у важећем законодавству и у поступањима државних органа и здравствених установа, да су оправдане сумње родитеља, али да се због застарелости више не могу покренути кривични поступци. Подносиатељка се у наредним годинама обратила Европском суду за људска права због повреде њеног права на породичан живот из чл. 8 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Суд је утврдио постојање повреде позитивне обавезе државе из чл. 8 Конвенције јер држава није предузела потребне мере да пружи информације подносиатељки о судбини њеног сина. Поред досуђене накнаде штете, Суд је обавезао Србију да предузме потребне легислативне мере ради успостављања механизма обештећења свих родитеља који су се налазили у сличној ситуацији као подносиатељка (обавештење о судбини њихове деце и одговарајућа накнада када је то потребно).

53 *Сл. гласник РС*, 18/2020. У наставку рада користим уврежени назив Закон о несталим бебама.

54 Вид. чл. 24 Закона о несталим бебама.

одредбе 300. Истом приликом, највиши домаћи суд упутио је на поменути посебни закон.⁵⁵ Према посебном закону, нематеријална штета се досуђује и када је донето решење којим се констатује да *не може* да се утврди статус несталог новорођеног детета.⁵⁶ То отвара питање у чему се огледа узрочна веза (Цветковић, 2020: 8–9), која води одговорности државе, а не здравствене установе где се дете последњи пут налазило. Разлог томе назиремо у претходно истакнутим недостацима у важећем законодавству и контроли рада здравствених установа.⁵⁷ И овај експериментални вид нематеријалне штете имао је орочено трајање – захтев за утврђивање статуса и досуђивање накнаде могао је бити истакнут у року од шест месеци од ступања закона на снагу.⁵⁸

Нов вид нематеријалне штете уређен је и Законом о превенцији и дијагностици генетичких болести, генетички условљених аномалија и ретких болести. Реч је о душевним боловима које *родитељи трпе услед дететове онеспособљености*, генетички условљене болести и аномалије, коју нису очекивали и на коју због изосталих лабораторијских претрага и генетичких информација нису били упозорени.⁵⁹ У литератури овај вид штете је познат као штета услед нежељеног рођења (Караникић Мирић, 2016б: 109–111, 119). Иако се може рећи да је повређено право родитеља на слободно одлучивање о рађању деце, овај вид нематеријалне штете се ипак не уклапа у оквир повреда према 300. Ограничења су бројна: штета се огледа у душевним боловима које родитељ трпи, не јер је дете рођено, но јер дете има трајну и озбиљну генетичку аномалију за коју они нису знали (Караникић Мирић, 2016б: 124–126). Не односи се на свако нежељено рођење. Не односи се на нежељено рођење здравог детета. Не односи се на нежељено рођење детета са генетском аномалијом која није озбиљна и трајна. Не односи се на нежељено рођење детета са озбиљном и трајном генетском аномалијом која је родитељима као ризик била предочена док је прекид трудноће био могућ. Реч је о штети због пропуштања, која има трајни карактер.

55 Решење Врховног касационог суда Рев 2895/20 од 10. 2. 2021. године.

56 Вид. чл. 24, ст. 2 Закона о несталим бебама.

57 Вид. ф. 52.

58 Вид. чл. 17 Закона о несталим бебама.

59 Вид. чл. 34 Закона о превенцији и дијагностици генетичких болести, генетички условљених аномалија и ретких болести, *Сл. гласник РС*, 8/2015.

4. Нематеријална штета у српском праву *de lege ferenda*

Од бивших југословенских република, које су наставиле традицију савезног ЗОО из 1978. године и усвојиле субјективну концепцију нематеријалне штете, Црна Гора и Хрватска извршиле су одређене промене у скорашњој нормативној историји. Црногорски законодавац одредио је нематеријалну штету као повреду права личности, уз задржавање претрпљених душевних болова као вид нематеријалне штете у посебним случајевима, стварајући један мешовити концепт.⁶⁰ Хрватски законодавац усвојио је објективну концепцију, одређујући нематеријалну штету као повреду права личности, уз истицање појединих случајева нематеријалне штете.⁶¹ У условима таквих измена на регионалном нивоу посматрамо и покрет реформе домаћег грађанског права.

Преднацрт грађанског законика Републике Србије појмом неимовинске или моралне штете одређује повреду права личности, као што су право на живот, здравље и телесни интегритет, право на људско достојанство, слободу, част и углед, стид, лични и породични мир и друга права личности предвиђена овим закоником, као и доношење другог физичког или душевног бола.⁶² Ова формулација исказује предлог усвајања мешовитог концепта нематеријалне, односно неимовинске или моралне штете.⁶³ Приликом уређивања накнаде штете, ова допуњујућа норма разликује сатисфакцију (новчану накнаду) у случају повреде права личности и сатисфакцију у случају доношења бола.⁶⁴ У потоњем случају, Преднацрт

60 У случају повреде афекција (смрт или нарочито тешки инвалидитет блиског лица, губитак зачетог а нерођеног детета) или извршења кажњиве обљубе, оштећени има право на правичну новчану накнаду за претрпљене душевне болове (ист. аут.). Вид. чл. 149, 210б и 210в Закона о облигационим односима Црне Горе, *Сл. лист ЦГ*, 47/2008, 4/2011 – др. закон и 22/2017.

61 Посебно су истакнути случајеви нематеријалне штете у вези повреде афекција (смрт или нарочито тешки инвалидитет блиског лица, губитак зачетог а нерођеног детета) или у вези кажњиве обљубе. Вид. чл. 1046, 1101 и 1102 *Zakona o obveznim odnosima Hrvatske, Narodne novine*, 35/2005, 41/2008, 125/2011, 78/2015, 29/2018, 126/2021, 114/2022, 156/2022. У наставку рада, ZOO RH. О искуствима у примени новог концепта нематеријалне штете, вид. Вukovac Рuваџа, 2015: 161-163, 170-175.

62 Чл. 287, ст. 2 Преднацрта Грађанског законика Републике Србије, 28. 5. 2019. Исту формулацију предвиђао је и чл. 296 Нацрта Грађанског законика РС из 2015. године, вид. Влада РС, Комисија за израду грађанског законика, *Грађански законик Републике Србије*, 2015, стр. 139.

63 Појмове нематеријална, неимовинска и морална штета поједини аутори користе као синониме, док други истичу семантичке разлике. Детаљније о овој расправи, Karanikić Mirić, 2018: 395-396.

64 Чл. 344 и 345 Преднацрта Грађанског законика Републике Србије, 28. 5. 2019.

усваја видове нематеријалне штете према Скици за законик о облигацијама и уговорима проф. др Михајла Константиновића из шездесетих година прошлог века: претрпљени физички болови, страх, брига, туга и други душевни болови.⁶⁵ Оваквом формулацијом, Преднацрт страх категорише као душевни бол, што је видљиво и кроз изостанак навођења страха као посебног вида штете приликом одређивања појма неимовинске или моралне штете.

У односу на постојећа решења садржана у 300, предложено је да се круг лица која имају право на новчану накнаду у случају смрти блиске особе прошири на деде, бабе и унукe, који су су умрлим делили заједницу живота. Предложено је уређивање права родитеља на новчану накнаду у случају губитка зачетог, а нерођеног детета.⁶⁶ Предложено је и уређивање права правних лица на правичну новчану накнаду неимовинске штете због повреде права личности својствених њиховој правној природи.⁶⁷

На европском нивоу приметно је, такође, предлагање мешовитих концепта нематеријалне штете. Принципи европског одштетног права (PETL) одређују штету као материјалну или нематеријалну повреду правно заштићеног интереса.⁶⁸ Нематеријална штета састоји се у повреди права личности и процењује се према свим околностима случаја. У случају телесне повреде, посебно је истакнуто, она одговара боловима које лице претрпи и оштећењу његовог физичког или менталног здравља.⁶⁹ Закључујемо да су PETL усвојили објективну концепцију нематеријалне штете (повреда правно заштићеног интереса), уз додатак субјективног концепта нематеријалне штете у случају телесне повреде (болови).

65 Занимљиво је истаћи да је Нацрт Грађанског законика Републике Србије из 2015. године нудио два решења за уређивање правичне новчане накнаде. Једно од решења подразумевало је задржавање видова нематеријалне штете према важећем 300. Друго од решења усвојило је идеју професора Константиновића, које решење је и Преднацрт из 2019. године прихватио. Влада РС, Комисија за израду грађанског законика, *Грађански законик Републике Србије*, 2015, стр. 153, чл. 359 и 360.

66 Чл. 347 Преднацрта Грађанског законика Републике Србије, 28. 5. 2019. Иста решења садржао је чл. 362 Нацрта Грађанског законика РС из 2015. године, вид. Влада РС, Комисија за израду грађанског законика, *Грађански законик Републике Србије*, 2015, стр. 154.

67 Чл. 346 Преднацрта Грађанског законика Републике Србије, 28. 5. 2019. Иста решења садржао је чл. 361 Нацрта Грађанског законика РС из 2015. године, вид. Влада РС, Комисија за израду грађанског законика, *Грађански законик Републике Србије*, 2015, стр. 154.

68 Вид. Art. 2:101, European Group for Tort Law, *The Principles of European Tort Law*. У наставку рада, PETL.

69 Вид. Art. 10:301 PETL.

С друге стране, у Нацрту заједничког референтног оквира за европско приватно право (DCFR) штета се дефинише као економски и неекономски губитак и повреда интереса заштићених Нацртом, законом или интереса вредних заштите.⁷⁰ Некономски губитак огледа се у болу, патњи и погоршању квалитета живота.⁷¹ Међутим, одређене повреде посебно су дефинисане. Повреда менталног здравља представља штету само уколико је довела до одређеног медицинског стања (оболења).⁷² Повреда права на поштовање достојанства као таква представља штету.⁷³ Закључујемо да је DCFR усвојио мешовиту концепцију нематеријалне штете. Субјективни концепт некономског губитка (који може пратити најразличитије повреде: давање погрешних информација, уздање у погрешне савете, повреда поверења, повреда права својине и др.)⁷⁴ допуњен је објективним концептом нематеријалне штете услед повреде права на поштовање достојанства, као оквира осталих права личности.

С правом се у литератури указује на нужност опреза у спровођењу реформи у области одштетног права. Друштвене вредности које се штите институтом грађанскоправне одговорности, иако својствене одређеној историјској епохи, суштинска су бит изградње човека и друштва какво желимо да изгледа данас и у будућности.

5. Закључак

Појам нематеријалне штете може бити одређен у субјективној или објективној концепцији. Док домаће законодавство садржи одређење појма нематеријалне штете у чистој субјективној концепцији, у погледу правичне новчане накнаде, упоредно право садржи примере комбиновања субјективне и објективне концепције, те стварање једног мешовитог појма. Преднацрт Грађанског законика, такође, прати пут избора мешовитог појма неимовинске или моралне штете. У савременим правним токовима живо се води расправа о односу субјективне и објективне концепције нематеријалне штете, као и ком се треба „приволети царству” у светлу очекиваних реформи грађанског права у Србији.

70 Вид. Chapter 2, Section 1, VI – 2:101, Study Group on a European Civil Code, Research Group on EC Private Law, Principles, Definition and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference, Munich, 2009, p. 396. У наставку рада, DCFR.

71 *Ibid.*

72 Вид. Chapter 2, Section 1, VI – 2:201, DCFR, p. 397.

73 Вид. Chapter 2, Section 1, VI – 2:203, DCFR, p. 397.

74 Вид. Chapter 2, Section 1, VI – 2:203–211, DCFR, p. 397–399.

Избор између објективне или субјективне концепције значајно утиче на појам нематеријалне штете, као услова грађанскоправне одговорности. Према објективној концепцији, наношење телесне повреде представља нематеријалну штету у виду повреде физичког интегритета личности. Повреда самог права личности (нематеријалног добра, нематеријалног интереса) представља штету. Према субјективној концепцији, нематеријална штета постоји само уколико је наношењем телесне повреде проузрокован физички или душевни бол одређеног интензитета и трајања, односно страх одређеног интензитета. Повреда самог права личности не представља штету, но претрпљени бол или страх услед повреде права личности представљају штету. Дакле, док према објективној концепцији сама повреда представља штету, према субјективној концепцији штету чине последице наношења повреде.

Зашто од римског права до данас нематеријална штета представља текуће питање друштвене заједнице? Зато што су вредности које се кроз њу преламају показатељи с једне стране угрожености права и интереса појединаца, а с друге стране друштвене реакције на ову патологију. Приватноправна заштита нематеријалним интересима пружа се упоредо са сазревањем друштва о значају конкретног интереса.

Сагледавајући анализирани историјски пут развоја нематеријалне штете, закључујемо да су част и углед увек представљали интерес који право штити: вербална *iniuria* у римском праву, псовање у средњовековном српском праву, нематеријална штета у српском праву од Српског грађанског законика до данас. Изузетак представља кратак период с почетка настанка нове Југославије у другој половини XX века. Сваки период одликовао се и специфичним интересима које је право штитило.

У римском праву сматрано је непоштењем да девојка или жена шетају у јавности без пратиоца, те су покушаји одвођења њиховог пратиоца представљали повреду части и достојанства женске особе и као такви кажњавани (*iniuria*). Новчана казна имала је сврху кажњавања штетника, и на тај начин пружања задовољења оштећеном, што је нарочито било видљиво у њеној висини.

У средњовековној Србији брада је имала посебан значај за статус мушкарца, припадника одређеног сталежа. Стога је чупање браде другоме било забрањено. Овај вид повреде достојанства другог уживао је кривичноправну заштиту, јер на овом ступњу развоја српског права, нематеријалне штета није имала развијени облик грађанскоправног института. Санкције су биле новчана казна и телесна казна. Заштита која је пружана одражавала је друштво у којем се пружа – сталешко уређење,

„рангирање” казни, задовољење осећаја освете оштећеног. Полазећи од кривичноправне заштите части и достојанства у средњовековном српском праву до грађанскоправне заштите у савременом праву видљив је развој нематеријалне штете.

У праву Кнежевине Србије (и потоњих државних облика) судови су, карактеристично, досуђивали накнаду штете због умањених изгледа за добру удају (или добру женидбу), али спорног (не)материјалног карактера штете. Правни партикуларизам у српској држави после Првог светског рата водио је различитим могућностима остваривања права на нематеријалну штету.

У социјалистичкој Југославији нематеријална штета испрва је негирана, па прихваћена. Од усвајања ЗОО до данас, одредбе о нематеријалној штети нису претрпеле нормативне измене. Специфични случајеви нематеријалне штете регулисани су посебним законима: због повреде права на суђење у разумном року, због неоснованог лишења слободе и осуђења због објављивања информација забрањених у смислу Закона о јавном информисању и медијима, због дискриминације и злостављања на раду, због нелојалне тржишне утакмице, због повреде права жига, у случају узбуњивања, и др.

Тешки историјски догађаји правно су видљиви кроз судску праксу о нематеријалној штети. После ратова деведесетих година, досуђивана је нематеријална штета због претрпљених душевних болова на ратишту или због претрпљених душевих болова услед смрти синова и кћери на ратиштима. Политичко осуђивање лица у социјалистичком миљеу у двадесет првом веку „исправљено” је рехабилитацијом и досуђивањем нематеријалне штете због претрпљених душевних болова услед лишења слободе. Неизбрисива мрља интегритета српске државе и здравствених радника, оличена у случајевима „несталих” беба из породилишта, добила је епилог у виду досуђивања накнаде нематеријалне штете због повреде права на породични живот.

У закључку, нематеријална штета представља развијајући концепт, који послушнује пулс повређених друштвених интереса. Како ће бити одређен појам нематеријалне штете и случајеви у којима се она признаје зависи од вредности којима друштвена заједница у једном историјском тренутку посвећују пажњу.

Литература/References

Аврамовић, С. (2014). Српски грађански законик (1844) и правни транспланти – копија аустријског узора или више од тога?. У Полојац, М. Мирковић, З. Ђурђевић, М. (уред.). *Српски грађански законик – 170 година*. Правни факултет у Београду. 13–46.

Андрејевић, С. Милутиновић, Љ. Петровић, З. (2009). Промена ставова судске праксе према накнади нематеријалне штете. У Вукадиновић, Р. (прир.). *Тридесет година Закона о облигационим односима – de lege lata u de lege ferenda*. Правни факултет Универзитета у Крагујевцу. Институт за правне и друштвене науке. 273–299.

Андрејевић, С. Милутиновић, Љ. Петровић, З. (2009а). Накнада нематеријалне штете: Нове тенденције. У Вукадиновић, Р. (прир.). *Тридесет година Закона о облигационим односима – de lege lata u de lege ferenda*. Правни факултет Универзитета у Крагујевцу. Институт за правне и друштвене науке. 258–272.

Boras, M. Margetić, L. (1980). *Rimsko pravo*. Zagreb: Pravni fakultet u Zagrebu.
Бујуклић, Ж. (2012). *FORUM ROMANUM. Римска држава, право, религија и митови*. Шесто измењено издање. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Vukovac Puvača, M. (2015). Deset godina nove koncepcije neimovinske štete. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*. 1(36). 157–180.

Вукотић, М. (2020). *Наследивост права на накнаду неимовинске штете (докторска дисертација)*. Правни факултет Универзитета у Београду. Извор: <https://nardus.mpn.gov.rs/handle/123456789/17716> 30. 10. 2023.

Гај. *Институције*. Превод Станојевић, О. (2009). Београд: Завод за уџбенике.

Eisner, V. Horvat, M. (1948). *Rimsko pravo*. Zagreb: Nakladni zavod Hrvatske.

Jakšić, S. (1953). *Obligaciono pravo, opšti deo*. Sarajevo: Univerzitetsko izdavačko i knjižarsko preduzeće „Veselin Masleša” .

Јотановић, Р. (2014). Правни статус животиња у грађанском праву. *Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци*. 101–122.

Караникић Мирић, М. (2015). Објективизовање моралне штете. *Зборник Матице Српске за друштвене науке*. 3(2015). 487–503.

Караникић Мирић, М. (2016). Историја идеје о моралној штети у модерном српском грађанском праву. У Ђорђе Игњатовић (ур.). *Казнена реакција у Србији*. VI део. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. 183–194.

Karanikić Mirić, M. (2016a). Non-Pecuniary Loss in Serbian Tort Law: Time for a Change in Paradigm?. *SEE / EU Cluster of Excellence in European and International Law Series of Papers*. Vol. 2. 25–40.

Караникић Мирић, М. (2016б). Штета услед нежељеног рођења и нежељеног живота: осврт на Зојин закон. *Анали Правног факултета у Београду*. 1/LXIV. 105–131.

Karanikić Mirić, M. (2018). Subjektivna koncepcija neimovinske štete. *Zbornik radova u čast prof. dr. sc. Aldu Radolovića, LIBER AMICORUM ALDO RADOLOVIĆ*. Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci. 395–413.

Кршљанин, Н. (2012). Сталешка неједнакост у казненом праву Душановог законика. *Страни правни живот*. 3. 41–68.

Марковић, Ч. (1921). Новчана репарација моралне штете. *Архив за правне и друштвене науке*. 2/XI. 81–92.

Марковић, Ч. (1921а). Новчана репарација моралне штете. *Архив за правне и друштвене науке*. 4/XI. 257–279.

Петровић, З. (1996). *Накнада нематеријалне штете због повреде права личности*. Београд: Војна књига.

Пешић, Н. (1979). Накнада нематеријалне штете. У Петровић, М. (Уред.). *Уговорно и одштетно право по Закону о облигационим односима*. Београд: Републички секретаријат за правосуђе и општу управу СР Србије, Савез удружења правник СР Србије. 437–461.

Пишкулић, З. Берђ, И. (1924). *Основи приватног права у Војводини*. Београд: Издавачка књижевница Геце Кона.

Савчић, С. (2022). О новчаној накнади неимовинске штете правном лицу у српском праву – прилог реформи одштетног права. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 3. 767–793.

Станковић, О. (1998). *Накнада штете: Новчана накнада неимовинске штете, Накнада за појачане напоре и за умањење животне активности, Накнада имовинске штете, Накнада штете у облику ренте*. Београд: Номос.

Станковић, О. (1978). Накнада штете. У *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*. 2. том. Београд: Службени лист СФРЈ. 269–335.

Станковић, Р. (1956). О нематеријалној штети. *Анали Правног факултета у Београду*. 4/IV. 483–490.

Стојановић, Д. (1980). Чланови 199–201. У Перовић, С. Стојановић, Д. (Редак.). *Коментар Закона о облигационим односима*. Књига прва. Културни центар у Горњем Милановцу, Правни факултет у Крагујевцу. 597–605.

Тороман, М. (1983). Чланови 185–209. У Благојевић, Б. Круљ, В. (Редак.). *Коментар Закона о облигационим односима*. Друго издање. Београд: Савремена администрација. 629–757.

Hrvić, G. (2014). Pojam štete i naknade štete po odredbama Austrijskog građanskog zakonika iz 1811. godine. *Zbornik radova znanstvenog skupa „Austrijski građanski zakonik (1811–2011)“*. Pravni fakultet Univerziteta u Tuzli. Pravni fakultet Sveučilišta J. J. Strossmayera u Osijeku. 53–72.

Цветковић, М. (2020). *Узрочна веза у одштетном праву*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу.

Правни прописи:

Аустријски грађански законик. (1906). Аранђеловић, Д. (Превод). Београд: Архив за правне и друштвене науке.

Влада Републике Србије, Комисија за израду грађанског законика. (2015). *Грађански законик Републике Србије. Радни текст припремљен за јавну расправу са алтернативним предлозима*. Београд.

Грађански законик за Књажество Србију. (1873). Београд: Државна књигопечатња.

Закон о ауторском и сродним правима. *Службени гласник РС*. Бр. 104. 2009. Бр. 99. 2011. Бр. 119. 2012. Бр. 29. 2016. Бр. 66. 2019.

European Group for Tort Law. *The Principles of European Tort Law*. Извор: <http://www.egtl.org/materials.html> 21. 7. 2023.

Закон о жиговима. *Службени гласник РС*. Бр. 6. 2020.

Закон о забрани дискриминације. *Службени гласник РС*. Бр. 22. 2009. Бр. 52. 2021.

Закон о заштити права на суђење у разумном року. *Службени гласник РС*. Бр. 40. 2015.

Закон о заштити узбуњивача. *Службени гласник РС*. Бр. 128. 2014.

Закон о јавном информисању и медијима. *Службени гласник РС*. Бр. 83. 2014. Бр. 58. 2015. Бр. 12. 2016.

Закон о обвезним односима Хрватске. *Narodne novine*. Бр. 35. 2005. Бр. 41. 2008. Бр. 125. 2011. Бр. 78. 2015. Бр. 29. 2018. Бр. 126. 2021. Бр. 114. 2022. Бр. 156. 2022.

Закон о облигационим односима Црне Горе, *Службени лист ЦГ*. Бр. 47. 2008. Бр. 4. 2011. Бр. 22. 2017.

Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*. Бр. 29. 1978. Бр. 39. 1985. Бр. 45. 1989. Бр. 57. 1989. *Службени лист СРЈ*. Бр. 31. 1993. *Службени лист СЦГ*. Бр. 1. 2003. *Службени гласник РС*. Бр. 18. 2020.

Закон о превенцији и дијагностици генетичких болести, генетички условљених аномалија и ретких болести. *Службени гласник РС*. Бр. 8. 2015.

Закон о рехабилитацији. *Службени гласник РС*. Бр. 92. 2011.

Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом. *Службени гласник РС*. Бр. 33. 2006. Бр. 13. 2016.

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

Закон о трговини. *Службени гласник РС*. Бр. 52. 2019.

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

Законик о кривичном поступку. *Службени гласник РС*. Бр. 72. 2011. Бр. 101. 2011. Бр. 121. 2012. Бр. 32. 2013. Бр. 45. 2013. Бр. 55. 2014. Бр. 35. 2019. Бр. 27. 2021. Бр. 62. 2021.

Законик Стефана Душана. (1870). Новаковић, С. (Превод). Београд: Државна штампарија.

Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору. (1898). Цетиње: Државна штампарија.

Преднацрт Грађанског законика Републике Србије. (28. 5. 2019) Извор: https://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/280519-prednacrt-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html 30. 10. 2023.

Study Group on a European Civil Code, Research Group on EC Private Law. (2009). *Principles, Definition and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*. Munich.

Судске одлуке:

Одлука Врховног суда Југославије Рев 277/66. Извор: Перовић, Стојановић, 1980: 602.

Саветовање Савезног суда, врховних судова Републике Србије и Републике Црне горе, Врховног војног суда и Вишег привредног суда у Београду од 4. 12. 1996. године. Глосаријум. Бр. 3 (март). 1997. Београд.

Пресуда Врховног суда НР Хрватске ИГ бр. 946/47 од 20. 5. 1947. године. Извори: Петровић, 1996: 16, ф. 9. Пешић, 1979: 439.

Пресуда Врховног суда НР Словеније пресуди Гжж 5/1950 од 2. 2. 1950. године. Извор: Петровић, 1996: 16.

Одлука Врховног суда Србије Рев 2325/95 од 5. 6. 1995. године. Извор: Глосаријум. Бр. 5 (мај). 1996. Београд.

Пресуда Окружног суда у Ваљеву Гж 1119/05 од 21. 7. 2005. године. Извор: Станојчић, Г. (2020). Практикум за примену Закона о облигационим односима, Београд: Пословни биро. 232.

Пресуда Апелационог суда у Београду Гж 64/2011 од 19. 1. 2011. године. Извор: Станојчић, 2020: 232.

Пресуда Вишег суда у Пожаревцу Гж 132/2013 од 16. 12. 2013. године. Извор: Станојчић, 2020: 229.

Пресуда Вишег суда у Пожаревцу Гж 75/2015 од 26. 1. 2015. године. Извор: Станојчић, 2020: 228.

Решење Апелационог суда у Београду Гж 5806/2017 од 15. 3. 2018. године. Извор: Станојчић, 2020: 227.

Пресуда Апелационог суда у Београду Гж 77/18 од 29. 3. 2018. Извор: Глосаријум. Бр. 3 (март). 2020. Београд.

Пресуда Апелационог суда у Нишу Гж 2470/18 од 15. 5. 2018. Извор: Глосаријум. Бр. 3 (март). 2019. Београд.

Пресуда Апелационог суда у Нишу Гж 4892/2018 од 30. 8. 2018. године. Извор: Станојчић, 2020: 226.

Пресуда Апелационог суда у Нишу Гж 6037/17 од 30. 8. 2018. Извор: Глосаријум. Бр. 1 (јануар). 2020. Београд.

Пресуда Апелационог суда у Нишу Гж 5288/17 од 12. 6. 2018. Извор: Глосаријум. Бр. 6 (јун). 2019. Београд.

Пресуда Врховног касационог суда Рев 4449/18 од 2. 10. 2019. Извор: Глосаријум. Бр. 9–10 (септембар-октобар). 2020. Београд.

Пресуда Вишег суда у Чачку Гж 146/20 од 7. 10. 2020. Извор: Глосаријум. Бр. 4 (април). 2021. Београд.

Решење Врховног касационог суда Рев 2895/20 од 10. 2. 2021. године. Извор: <https://www.vk.sud.rs/sr/судска-пракса> 30. 5. 2023.

Јовановић против Србије, представка бр. 21794/08, пресуда од 26. 3. 2013. године. Извор: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-118276> 30. 5. 2023.

Bojana Arsenijević, LL.M.,
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Niš,
Republic of Serbia

NON-PECUNIARY DAMAGE AS AN EXPRESSION OF PROTECTION OF SOCIAL VALUES

Summary

The paper examines the development of non-pecuniary damage and the accepted concepts of non-pecuniary damage, in light of protection of social values. While the protection of material goods entails the obligation to compensate the injured party for material (pecuniary) damage, the protection of immaterial (intangible) goods has always given rise to opposed views. In the earlier stages of the development of law, the principle of talion (lex talionis) provided for observance of one's physical integrity; however, its application did not ensure the compensation of the injured party (except for the feeling of satisfaction embodied in revenge) but the punishment of the tortfeasor. On the other hand, the psychological (emotional) harm inflicted on a human being was not a protected legal interest due to the common belief that non-pecuniary damages could not compensate for this injury.

The development of legal thought provided a firm foothold for the protection of intangible interests. The next step involved determining the scope of the concept of non-pecuniary damage. In the collision of subjective and objective conceptions on non-pecuniary damage, legislators opted for one of the approaches, or a mixed concept. Ultimately, the acceptance of a specific conceptual framework sets the course in the protection of social values that the legal system seeks to uphold by instituting non-pecuniary damage.

The Serbian Civil Obligations Act defines non-pecuniary damage as inflicted physical pain, psychological pain or fear (subjective conception), arising from quantifiable injuries to one's intangible interests (harm caused to one's body, honor or reputation, loss of a loved one, etc.) (Articles 155 and 200). Article 199 of this Act also recognizes harm to personality rights (objective conception). The observed shortcomings inspired the Croatian and Montenegrin legislators to amend their civil obligations acts by introducing personality rights in the conceptual framework of non-pecuniary damage, which is in compliance with the Principles of European Tort Law (PETL). Although both the subjective and the objective conception essentially seek to embrace the same intangible interests, different approaches consequently lead to different scopes of protection. The Draft Civil Code of the Republic of Serbia contains a proposal for instituting a mixed concept, whereby non-pecuniary damage

is defined as an infliction of physical harm or psychological pain, and a violation of personality rights. The principle of legal certainty calls for a cautious approach in proposing and implementing changes in domestic tort law.

Keywords: *subjective conception, objective conception, iniuria, medieval law, SFRY tort law.*

Др Саша Кнежевић,
Редовни професор,
Правно факултет Универзитета у Нишу,
Република Србија*

UDK: 343.9:929 Konstantinović-Vilić, S.

IN MEMORIAM

Поштована породицо Вилић, уважени декане Правног факултета у Нишу, поштоване колегинице и колеге-припала ми је тешка и тужна дужност да се у име Катедре за кривичноправне науке опростим од наше дугогодишње професорке, шефа и заменика шефа Катедре, моје професорке са основних и последипломских студија-Слободанке Константиновић-Вилић.

Деликатност моје позиције не произилази само из тужног повода за ово обраћање, већ и из чињенице да проф. Вилић није била присталица крупних речи, патетике, а поготово не рефлектора јавности уперених у њен професионални и лични живот. Стога сваку своју реч сагледавам кроз призму њене хипотетичке процене валидности ових мојих речи.

Животни пут професорке Слободанке Константиновић-Вилић, за њој блиске људе-Бобе, започео је 4.11.1948. у Прокупљу. Правни факултет уписала школске 1967/68, а дипломирала јула 1971. године. Утоку студија, за показани успех студирању, вишеструко је награђивана од Факултета и Универзитета. Последипломске студије на смеру за Кривично право уписала школске 1975/76 године. Академски степен магистра правних наука-Кривично право стекла је 25. 09. 1980. године, одбранивши магистарску тезу „Делинквенција малолетница“. Научни степен доктора правних наука-Кривично право стекла је 23. 11. 1984 године одбраном докторске дисертације „Жене убице.“

Професионална каријера професорке Константиновић-Вилић започела је недуго по дипломирању, и то у правосуђу. Најпре је радила као приправник у Окружном суду у Нишу, а касније као судија Основног суда од децембра 1973 до 1976. године.

Своју професионалну судбину трајно везује за овај колектив-Правни факултет у Нишу, почев од 1976. године. Одлуком Савета Правног факултета у Нишу из фебруара те године, и решењем декана донетог у марту исте године, изабрана је за асистента приправника за предмет Криминологија са пенологијом. Првог маја 1976. године заснива радни однос на Правном

*sknez@prafak.ni.ac.rs

факултету. Након сарадничких звања, прво наставничко звање доцента стекла је 6.5 1985. године. Саобразно академским правила, стицала је и виша наставничка звања, напосе и највише звање-редовни професор. Активна професионална служба на Правном факултету у Нишу престала је одласком у пензију 25.1.2 2013. године. Радни однос јој престаје на сопствени захтев, неколико месеци пре законског рока, са прећутном поруком-њој својственом-свима нама који смо остали у овом колективу.

Научни опус проф. Слободанке Константиновић-Вилић усмерен је на изучавање тема из области Криминологије, Пенологије, Криминалне политике и напосе Виктимологије. Њен научноистраживачки рад систематизован је кроз сагледавање феномена и етиологије малолетничког преступништва, положаја жена као извршилаца-али и жртава, кривичних дела породичног криминалитета, кривичноправне димензије положаја деце и других рањивих категорија становништва. Њена докторска дисертација, која је касније и јавно публикована, настала је, не само као резултат теоријске опсервације задате теме, већ је и плод свеобухватног емпиријског истраживања свих припадница нежнијег и лепшег пола које су биле на издржавању затворске казне због почињеног убиства у свим пенитенцијарним установа тадашње, са ове дистанце посматрано, наше велике државе. Касније, током свог научноистраживачког и педагошког рада, наша професорка је млађим колегама указивала на значај емпиријског истраживања као дела свукупног научноистраживачког рада.

Професорка Слободанка Константиновић-Вилић је један од зачетника научне обраде полно (данас би се рекло родно) инспирисаног насиља. Реч је о виду криминалитета који тек ових година добија адекватно место у кривичноправној науци. Теме које је протеклих деценија, као претеча савремене криминолошке мисли, научно обрађивала професорка Константиновић-Вилић, тек у данашње доба добијају пуни научни легитимитет. Круг свог научног истраживања започела обрадом насилништва жена, а затворила сагледавањем жена као жртава насиља.

Вишедеценијски педагошки рад професорке протекао је без иједне мрље. Они, због којих смо сми ми овде у колективу-наши студенти, нису имали основа за примедбе на начин на који их је она подучавала знањима из области Криминологије и Пенологије, а поготово не за валоризацију знања приказаног на испитима.

Професорка Слободанка Константиновић-Вилић је утемељивач Виктимологије, као посебне криминолошке дисциплине. Тиме су у научној јавности широм отворени хоризонти за свеобухватно сагледавање жртве кривичних дела, као значајног субјекта у поступку остваривања кривичноправне

заштите друштвених вредности. Професорка је и и један од оснивача Виктимолошког друштва Србије.

Активности наше професорке се нису искључиво ограничавале на теоретско сагледавање феномена који су били у фокусу њених истраживања. Професорка се укључује у оснивање и рад првог СОС телефона за жене и децу жртве насиља у ширем региону југоисточне Србије. Активна је у оквиру друштвених организација формираних за пружање помоћи категоријама становништва угрожених од насилничких деликата. Њен активан рад није престао ни одласком у пензију. Коауторски истраживачки рад „Друштвени и институционални одговор на фемицид“ публикован је 2019. Године, дакле шест година након престанка радног односа. Исто тако, и монографска публикација „Насиље према женама и деци у јавном простору“, као резултат истраживања професорке Константиновић-Вилић са својим колегиницама са нашег Факултета, али и са других научноистраживачких адреса, указује на вишедценијски континуирани рад професорке као страственог прегаоца криминолошке мисли.

Своје слободно време користила је за посете културним приредбама. Била је љубитељ и познавалац рокенрола-музике њене, али и младости многих других, али и других врста музике. Њен професионални ангажман је био комплементаран са породичним обавезама. Није дозволила да јој бројне професионалне и друштвено одговорне обавезе отежају породично функционисање и несебичну посвећеност најближима-кћери Види и супругу Мићи, што није нимало лако нашим колегиницама на ветрометини усклађиваања пуног капацитета приватног и професионалног функционисања. Њена мирноћа, скромност, одсуство повишених тонова у конверзацији, љубазност и одсуство жеље за улазак и продукцију конфликта, као и учешће у конфликтима, трајно су обележили вишедценијско присуство професорке у активностима Катедре и других органа Факултета.

Кажу мудри људи да живот човека престаје кад нестане сећање на њега. Професорка Слободанка Константиновић-Вилић ће трајно остати у сећањима њених најмилих, као и у сећањима бројних колега и пријатеља. Њен научни опус садржан у библиографији кривичноправних наука остаће трајан путоказ младим истраживачима.

Породици још једном изражавам саучешће. У име Катедре за кривичноправне науке, и у своје име, захваљујем професорки на вишедценијском исписивању историје Катедре за кривичноправне науке Правног факултета у Нишу.

Слава јој!

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ (M51)

УПУТСТВО АУТОРИМА

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

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

УПУТСТВО ЗА ЦИТИРАЊЕ ЛИТЕРАТУРЕ

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

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

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

ZBORNİK RADOVA PRAVNOG FAKULTETA U NIŠU (M51)

UPUTSTVO AUTORIMA

Opšte napomene	Rukopis rada kompjuterski obraditi korišćenjem programa <i>Word</i> , u fontu <i>Times New Roman ćirilica (Serbian-Cyrillic)</i> , (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 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). Neophodno je izbrisati iz samog dokumenta bilo koju personalnu informaciju/ime koje upućuje na autora. Mogu se priloži dokumenti u ćijem opisu kao i tekstu nema personalnih informacija.
Struktura teksta	<ol style="list-style-type: none"> 1. Uvod 2. Podnaslov 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Podnaslov 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Podnaslov 3 3. Podnaslov 2 4. Zaključak <p>Naslovi i podnaslovi pišu se fontom 12 pt, bold.</p>
Literatura (References)	Piše se nakon teksta, kao posebna sekcija. Poredati sve jedinice 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, grafikone ili slike dostaviti u formatu .jpg.
Autorska prava	Autori radova potpisuju saglasnost za prenos autorskih prava. Izjavu preuzeti ovde .
Dostava radova	Radovi se predaju putem onlajn sistema za elektronsko uređivanje ASISTENT, https://asestant.ceon.rs/index.php/zrpfni/index PRILIKOM PREDAJE RUKOPISA POTREBNO JE DA AUTORI POPUNE SVE PODATKE O SEBI U RUBRICI "METAPODACI" (AFILIJACIJA, ZVANJE, STATUS, INSTITUCIJA, GRAD, DRŹAVA), KAO I KLJUĆNE REĆI ZA RUKOPIS.

* Ovi podaci unose se samo u slućaju da rad ispunjava navedene uslove (projekat ili saopštenje)



UPUTSTVO ZA CITIRANJE LITERATURE

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

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

GUIDELINES FOR AUTHORS

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

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

CITATION GUIDELINES

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

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

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